

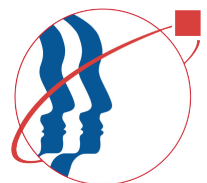
THÈSES

Contribution
à l'étude
des dispositifs
de la participation
financière

JEAN-SÉBASTIEN LIPSKI

Préface de
Bernard Teyssié

PLANETE
SOCIAL



CONTRIBUTION
À L'ÉTUDE
DES DISPOSITIFS DE
LA PARTICIPATION
FINANCIÈRE

CONTRIBUTION À L'ÉTUDE DES DISPOSITIFS DE LA PARTICIPATION FINANCIÈRE

Jean-Sébastien Lipski

Avocat, Docteur en droit





Planète Social est un fond de dotation qui a pour objet principal, d'une part, de promouvoir les bonnes pratiques sociales pour favoriser le développement économique, social et de l'emploi des entreprises industrielles de toutes tailles au niveau national et international, d'autre part, de favoriser en partenariat avec l'Université, les Grandes Ecoles et la recherche, le développement d'une culture managériale qui intègre la dimension humaine et sociale au cœur de la stratégie des entreprises.

Avertissement de l'Éditeur

Toute utilisation ou traitement automatisé, par des tiers, de données personnelles pouvant figurer dans cet ouvrage sont formellement interdits.



Le logo qui figure sur la couverture de ce livre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, tout particulièrement dans les domaines du droit, de l'économie et de la gestion, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Planète Social, 2012
34, av. Charles De Gaulle
92220 Neuilly S/Seine

Cette œuvre est protégée dans toutes ses composantes (y compris le résultat des savoirs mis en œuvre, des recherches, des analyses et des interprétations effectuées et, de manière générale, des choix de fond et de forme opérés dans le cadre de la **consolidation** des textes reproduits) par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives aux droits d'auteur. Ces droits sont la propriété exclusive de Planète Social. Toute reproduction intégrale ou partielle, par quelque moyen que ce soit, non autorisée par Planète Social ou ses ayants droit, est strictement interdite. Planète Social se réserve notamment tous droits au titre de la reproduction par reprographie destinée à réaliser des copies de la présente œuvre sous quelque forme que ce soit aux fins de vente, de location, de publicité, de promotion ou de toute autre utilisation commerciale conformément aux dispositions de l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle relatives à la gestion collective du droit de reproduction par reprographie.

*À mes parents,
À ma famille,
À Melissa.*

À ceux qui m'ont accompagné, en particulier

Le professeur Bernard Teyslié qui m'a enseigné, conseillé et guidé jusqu'à ce point de mon parcours professionnel. Il a été tour à tour mon professeur d'amphithéâtre, mon directeur de mémoire et mon directeur de thèse. Qu'il reçoive toute ma reconnaissance et toute ma gratitude pour la confiance indéfectible qu'il m'accorde depuis toutes ces années, sans laquelle rien n'aurait été possible.

Alain Sauret qui m'a pris sous son aile au sein du cabinet Capstan au cours de cette aventure et par la suite. Ses conseils, son expérience, les tâches qu'il m'a confiées et ses grandes qualités humaines ont contribué à me faire avancer tant dans le travail de recherche entrepris que professionnellement. Qu'il reçoive toute ma reconnaissance pour la confiance qu'il m'a accordée.

Tom, Krys et Brune avec qui nous avons beaucoup échangé et qui ont fait preuve d'un important soutien lors des moments difficiles. Ces rencontres m'ont beaucoup apporté, surtout des amis. Merci pour les moments que nous avons passés ensemble et pour ceux que nous partagerons encore.

Marc, pour sa compréhension et l'aventure commune partagée au sein du même cabinet. Yannick, pour nos échanges et ses conseils. Lydie, Anne-Lise et Coralie pour leur gentillesse et leurs encouragements. Vincent, qui a permis à un trio indissociable de se poursuivre sur des bases nouvelles.

L'ensemble des membres du Laboratoire de droit social de Paris II, en particulier Catherine Le Bret, pilier de l'institution, chacun et chacune contribuant à en faire un lieu de vie, de travail, d'échange, d'amitié et de solidarité, éléments essentiels pour que la thèse de doctorat laisse au doctorant bien plus que le souvenir d'un simple travail solitaire.

Lionel, Nicolas, Olga, Diane, Julien, Selim, Camille, Hakim, Jonathan et Xavier pour l'amitié qui nous unit depuis de si nombreuses années.

Liste des abréviations

Act.	Actualité
Aff.	Affaire
Al.	Alinéa
Art.	Article
BOMT	<i>Bulletin officiel du ministère du Travail</i>
BS Lefebvre	<i>Bulletin social Francis Lefebvre</i>
Bull. civ.	<i>Bulletins des arrêts de chambres civiles de la Cour de cassation</i>
Bull. civ., ass. plén	<i>Bulletin des arrêts d'assemblée plénière de la Cour de cassation</i>
Bull. crim.	<i>Bulletins des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
Bull. Joly Sociétés	<i>Bulletin Joly</i> (mensuel d'information des sociétés)
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
CAS	Centre d'analyse stratégique
Cass. 1 ^{re} , 2 ^e civ.	Cour de cassation, 1 ^{re} ou 2 ^e chambre civile
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. ch. réunies	Cour de cassation, chambres réunies
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
C. civ	Code civil
C. com	Code de commerce
CDE	<i>Cahiers de droit de l'entreprise</i>
CE	Conseil d'État
Cf.	Confer
CGI	Code général des impôts
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
C. monét. fin.	Code monétaire et financier
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Contra	Au contraire
CSS	Code de la sécurité sociale
C. trav	Code du travail
D	<i>Dalloz</i> (Recueil)
Dactyl.	Dactylographiée
DARES	Direction de l'animation, de la recherche, des études et des statistiques
Dr. ouvrier.	<i>Droit ouvrier</i>
Dr. soc.	<i>Droit social</i>
Dr. sociétés	<i>Droit des sociétés</i>
Dr. trav.	<i>Droit du travail</i>
éd.	Édition
esp.	Espèce
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	<i>Gazette du Palais</i>
ibid.	<i>ibidem</i> (au même endroit)
in	Dans
Infra	Voir plus bas

inf. rap.	Informations rapides
JCl.	<i>JurisClasseur</i>
JCP E	<i>JurisClasseur Périodique, édition Entreprise et affaires</i>
JCP G	<i>JurisClasseur Périodique, édition Générale</i>
JCP S	<i>JurisClasseur Périodique, édition Sociale</i>
JO	<i>Journal officiel de la République française</i>
JOAN CR	<i>Journal officiel de l'Assemblée nationale (débat parlementaires et réponses ministérielles à questions orales)</i>
JOCE	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i>
JO Sénat CR	<i>Journal officiel du Sénat (débat parlementaires et réponses ministérielles à questions orales)</i>
JOUE	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
JSL	<i>Jurisprudence sociale Lamy</i>
jurispr.	Jurisprudence
Liaisons soc.	<i>Liaisons sociales</i>
LPA	<i>Les Petites affiches</i>
n°	Numéro
Obs.	Observations
p.	page
préc.	précité
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
PUG	Presses Universitaires de Grenoble
Rappr.	Rapprocher
RDT	<i>Revue de Droit du travail</i>
Rec. CE	<i>Recueil des décisions du Conseil d'État (Lebon)</i>
Rép. trav. Dalloz	<i>Répertoire droit du travail Dalloz</i>
Rev. fid.	<i>Revue fiduciaire</i>
RF social	<i>Revue fiduciaire social</i>
RJS	<i>Revue de jurisprudence sociale</i>
RPDS	<i>Revue pratique de droit social</i>
RTD civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
RTD com.	<i>Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique</i>
s.	Suivants
spéc.	Spécialement
ss.	Sous
Sté	Société
Supra	Voir plus haut
t.	Tome
TA	Tribunal administratif
TASS	Tribunal des affaires de sécurité sociale
T. confl.	Tribunal des conflits
TGI	Tribunal de grande instance
TPS	<i>Travail et protection sociale</i>
V.	Voir

Préface

Voilà un ouvrage qui arrive à point nommé : la pression fiscale sur les régimes d'intéressement et de participation s'accroît ; la prime de partage des profits est remise en cause... Le déploiement des dispositifs de participation financière, dont l'envol se confond avec les débuts de la V^e République, ne paraît guère à l'ordre du jour. Et pourtant, il est aujourd'hui enraciné dans la tradition sociale française et assure, chaque année, la distribution de sommes non négligeables à leurs bénéficiaires... qui apprécient ce complément de rémunération.

Le livre de Jean-Sébastien Lipski vient à son heure pour rappeler, à tous ceux qui auraient tendance à l'oublier, l'ancrage des dispositifs de participation financière dans l'histoire sociale de la France et leur importance économique. Mais là n'est pas son seul apport. Il constitue aussi un guide sûr offert à tous ceux qui sont appelés à organiser ou gérer de tels dispositifs. Jean-Sébastien Lipski maîtrise parfaitement l'entrelacs des règles qui les gouvernent, au croisement du droit du travail, du droit fiscal et du droit de la protection sociale (sans oublier quelques emprunts au droit des contrats et au droit des sociétés). La richesse et la clarté du propos en apportent, au fil des chapitres, l'éclatante démonstration. La rigueur de la construction facilite la lecture d'un ouvrage qui porte la marque de l'alliance réussie d'une réflexion théorique de qualité et d'une connaissance approfondie de la pratique des questions traitées. Les principes sont mis en lumière, conjuguant acte collectif et complément de rémunération. Les champs offerts aux dispositifs étudiés sont analysés avec soin. Les modalités de leur mise en place, à base – ou non – de négociation, sont décortiquées. Nul contrôle, *a priori* ou *a posteriori*, n'est oublié. Aucun des soubresauts qui suscitent ou accompagnent la disparition d'un dispositif de participation financière n'est négligé.

Ne se bornant pas à l'examen des dispositifs les mieux ancrés dans le quotidien des entreprises, Jean-Sébastien Lipski, dans un louable souci d'exhaustivité, va jusqu'à entraîner son lecteur au cœur de ces dispositifs ponctuels, à base de « primes exceptionnelles » ou de « suppléments », qu'il plaît quelquefois au législateur – pour des raisons qui peuvent mêler, avec plus ou moins de bonheur, considérations politiques et données économiques – d'ajouter à la cathédrale précédemment édifiée. Chapelles adjacentes à pérennité non garantie, ils brisent parfois l'harmonie des lignes au point de faire douter que leurs architectes, sans doute pris dans l'urgence (auto-décritée) du quotidien, en aient parfaitement mesuré l'impact. Leur importance, néanmoins, ne saurait être sous-estimée. Leur étude, en bref, s'imposait.

Mais l'ouvrage de Jean-Sébastien Lipski ne se résume pas à un guide que nul chef d'entreprise, directeur financier, directeur juridique ou DRH appelé à organiser ou gérer un dispositif de participation financière ne devrait méconnaître. Il offre aussi une somme de réflexions qui contribuent à inscrire des mécanismes que d'aucuns peuvent trouver fort rébarbatifs dans un corps de doctrine aux racines anciennes

qui explique leur présence et éclaire les fins qui leur avaient été naguère assignées. L'association du capital et du travail n'est pas qu'un slogan. Elle est le fruit d'une pensée politique particulièrement aboutie qui, au-delà des péripéties du quotidien, entend assurer la pérennité de l'entreprise en donnant à chacun de ceux qui concourent au déploiement de son activité le sentiment, concrètement étayé, de participer à une œuvre commune dont l'intérêt, toujours, doit l'emporter.

Aux chantres d'un capitalisme exacerbé peu soucieux de la communauté de travail sans laquelle l'entreprise, pourtant, n'est rien, Jean-Sébastien Lipski rappelle quelques heureux préceptes. Aux partisans de l'affrontement permanent, il rappelle que rien de durable ne peut être construit sur les ruines d'une entreprise dévastée. À chacun, il propose un discours tout en nuances, croisant science juridique et science politique... pour le plus grand plaisir du lecteur.

Bernard TEYSSIE

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Président honoraire de l'Université

Sommaire

Liste des abréviations.....	XI
Préface	XIII
Introduction.....	1

PREMIÈRE PARTIE

L'ENCADREMENT DES DISPOSITIFS DE PARTICIPATION FINANCIÈRE

Titre 1 : DES PRINCIPES IMPÉRATIFS.....	19
Chapitre 1 : Un accord collectif.....	21
Chapitre 2 : Un complément de rémunération.....	45
Titre 2 : DES CONTRÔLES ADMINISTRATIFS.....	79
Chapitre 1 : Un contrôle <i>a priori</i>	81
Chapitre 2 : Un contrôle <i>a posteriori</i>	103

DEUXIÈME PARTIE

LES VECTEURS DES DISPOSITIFS DE PARTICIPATION FINANCIÈRE

Titre 1 : LES DISPOSITIFS PÉRENNES.....	119
Chapitre 1 : La mise en place des dispositifs pérennes.....	121
Chapitre 2 : La disparition des dispositifs pérennes.....	185
Titre 2 : LES DISPOSITIFS PONCTUELS.....	225
Chapitre 1 : Les primes exceptionnelles.....	227
Chapitre 2 : Les suppléments.....	247
Conclusion générale.....	259
Bibliographie	263
Arrêts cités	281
Index alphabétique.....	289

« La lutte entre le capitaliste et le salarié date des origines mêmes du capital industriel et se déchaîne pendant la période manufacturière, mais le travailleur n'attaque le moyen de travail que lors de l'introduction de la machine. Il se révolte contre cette forme particulière de l'instrument où il voit l'incarnation technique du capital. »

Karl Marx, *Le Capital*, Livre premier, Quatrième section, Chapitre XV, V, 1872.

« La participation est pour nous un traité de paix. Par sa nature même, elle ne peut pas devenir un cri de guerre. Elle est incompatible avec un état d'hostilité permanent et incurable entre les facteurs de la production. Pour les gens qui se haïssent mortellement, le divorce vaut mieux que le mariage, mais la ruine de l'industrie est au bout du conflit meurtrier qu'une lutte sans merci nous fait entrevoir. »

Charles Robert in Albert Trombert, *Guide pratique pour l'application de la participation aux bénéfices*, Conclusion, 1890.

Introduction

1. – Du contrat de participation, l'idée est déjà présente au XIX^e siècle : « La participation dans les bénéfices est une libre convention, expresse ou tacite suivant le cas, par laquelle un patron donne à son ouvrier, en sus du salaire normal, une part dans ses bénéfices sans participation aux pertes »⁽¹⁾. Le promoteur de la participation serait un peintre en bâtiment qui l'introduisit dans son entreprise vers 1842⁽²⁾. D'abord simple entreprise avec participation des ouvriers aux bénéfices, elle finit par devenir une véritable association coopérative de production⁽³⁾. À ce pionnier du partage de la richesse, d'autres, français et étrangers⁽⁴⁾, ont fait cortège.

Dans la première moitié du XX^e siècle, Henry Ford affirme son ambition « d'employer de plus en plus de personnes et de répartir, dans la limite de ce dont [il est] capable, les bénéfices du système industriel auquel nous aspirons ; nous voulons aider à construire des vies et des maisons »⁽⁵⁾. Le personnel a une valeur supérieure à celle des usines ou des capitaux : « Se réunir est un début, rester ensemble un progrès et travailler ensemble est la réussite ». La fin ultime de la richesse est l'amélioration de la vie des hommes.

L'idée, plus près de nous, est présente lorsqu'il est affirmé que « même si l'individualisation constitue un mode légitime d'organisation des politiques de rémunération, elle doit être associée à des modes collectifs qui, au-delà des avantages fiscaux et sociaux qui y sont attachés, permettent d'assurer, voire de renforcer, l'unité de la collectivité de travail »⁽⁶⁾. Idéal bicentenaire (§ 1), l'association capital-travail est aussi une idée contemporaine (§ 2).

§ 1. – L'association capital-travail, un idéal bicentenaire

2. – Ce thème de l'association capital-travail suit de près la révolution industrielle. À cet idéal (A), le législateur donnera, peu à peu, traduction (B).

A. – Un idéal

3. – **L'utopiste...** Charles Fourier a un rêve : organiser le travail-plaisir au sein du phalanstère, lieu associant le logement et le travail pour mille cinq cents à mille six

(1) C. Robert, *Le contrat de participation aux bénéfices, son caractère et ses résultats*, Imprimerie du commerce, Havre, 1890, p. 9.

(2) La Maison Leclair et C^e fut fondée en 1826. Dès 1838, M. Leclair avait constitué entre les ouvriers de son entreprise une société de prévoyance et de secours mutuel alimentée par des cotisations.

(3) E. Coutard, *Production coopérative par les associations ouvrières*, thèse pour le Doctorat, Arthur Rousseau, Paris, 1900, p. 97.

(4) C. Deloncle, *Rapport fait au nom de la Commission chargée d'examiner la proposition de loi de M. Henry Chéron et plusieurs de ses collègues relative aux sociétés par actions à participation ouvrière : La gazette des sociétés et du droit financier* juin-juill. 1917, législat. p. 104, spéc. p. 110.

(5) H. Ford, *My life and work*, 1925, p. 184, www.books.google.fr.

(6) T. Passerone, *L'individualisation des rémunérations*, thèse dactyl., Paris II, 2010, n° 485.

cents personnes résultant de l'addition de quatre cents familles pauvres et riches. Cette mixité sociale doit permettre aux premiers d'accéder au confort et aux seconds à l'humanité. Lieu de vie, le phalanstère – qui est à la fois phalange et monastère – est également un lieu de travail suffisamment varié pour être source de rivalités, de jeux compétitifs et de réjouissances communes. Afin d'assurer des économies d'échelle, chacun doit se spécialiser et assurer une alternance des travaux, de sorte que chacun passe d'une activité à une autre⁽⁷⁾. Il faut que les séances soient variées environ huit fois par jour, l'enthousiasme de l'ouvrier ne pouvant se soutenir plus d'une heure et demie ou deux heures dans l'exercice d'une fonction agricole ou manufacturière⁽⁸⁾. Le dispositif repose sur l'idée de coopération volontaire : « l'association industrielle ». Appliquée à l'agriculture, aux manufactures, au commerce, elle doit l'être aussi dans le cadre domestique, l'incohérence des ménages causant des déperditions et des frais incalculables⁽⁹⁾. Il faut que soit construit « un ensemble emboîté de coopératives de production, de coopératives de consommation et de coopératives de logement »⁽¹⁰⁾.

4. – Est souhaitée une association des inégaux au sein d'un groupe rassemblant le Capital (la passive), le Travail (l'active) et le Talent (la neutre)⁽¹¹⁾. Au sein du phalanstère, le bénéfice annuel doit être réparti à raison de 5/12 au travail manœuvrier, 4/12 au capital actionnaire et 3/12 aux connaissances théoriques et pratiques récompensant le talent⁽¹²⁾.

5. – **L'industriel...** Traduction est donnée à l'utopie fouriériste par le Familistère de Guise fondé par Jean-Baptiste André Godin pendant la deuxième moitié du XIX^e siècle. Chef d'entreprise et député, il refusait toute forme d'égalitarisme communiste. La véritable égalité ne consistait pas à attribuer une part égale à chacun, mais à donner une part proportionnée aux besoins de chacun⁽¹³⁾ : « l'égalité dans le contentement ». La proportionnalité devait inspirer l'association du capital et du travail⁽¹⁴⁾. Alliée au talent, elle constituait un mode d'organisation sociale permettant d'utiliser le travail, de produire des richesses, de satisfaire aux besoins de la consommation et d'introduire la justice parmi les hommes⁽¹⁵⁾.

Loin de permettre l'accès aux satisfactions que le travail sait créer, le salaire ne garantit pas le nécessaire au travailleur : le capital ne remplit pas tous ses devoirs envers le travail⁽¹⁶⁾. Il fallait découvrir le principe et les règles de la répartition équi-

(7) D. Clerc, *Charles Fourier : L'utopie du phalanstère : Alternatives économiques* 2001, n° 189, p. 3.

(8) C. Fourier, *Traité de l'association domestique-agricole*, t. 1, Bossange père et P. Mongié aîné, Paris, 1822, p. 12.

(9) C. Fourier, *L'harmonie universelle et le phalanstère*, Paris, Librairie phalanstérienne, t. 1, 1869, p. 290.

(10) D. Clerc, *Charles Fourier : L'utopie du phalanstère*, préc.

(11) Ce triptyque ramené à une sous-catégorie du groupe, la série, Charles Fourier distinguait alors l'Utilité, la Nécessité et l'Agrément (cf. C. Fourier, *Théorie de l'unité universelle*, 4^e vol., in *Œuvres complètes*, Société pour la propagation et pour la réalisation de la théorie de Fourier, 2^e éd. 1861, t. 5, p. 526). La rémunération du travail était ainsi directement proportionnelle à la richesse et au bonheur que l'activité contribuait à produire (cf. M. Lallement, *Le travail de l'utopie, Godin et le familistère de Guise*, Les Belles Lettres, Paris, 2009, p. 224).

(12) C. Fourier, *L'harmonie universelle et le phalanstère*, préc., p. 246.

(13) Charles Fourier considérait que l'égalité n'était pas un idéal souhaitable mais que l'inégalité devait être justement graduée et équilibrée (cf. M. Lallement, *Le travail de l'utopie, Godin et le familistère de Guise*, Les Belles Lettres, Paris, 2009, p. 224).

(14) J.-B. A. Godin, *Solutions sociales*, A. Le Chevalier et Guillaumin et C^e, Paris, 1871, p. 66.

(15) M. Lallement, *Le travail de l'utopie, Godin et le familistère de Guise*, Les Belles Lettres, Paris, 2009, p. 75.

(16) J.-B. A. Godin, *Solutions sociales*, préc., p. 305.

table des fruits du travail⁽¹⁷⁾. La loi de l'accord entre le capital et le travail est, selon Godin, le Droit à Participation⁽¹⁸⁾. Du jour où le travailleur « aura en outre la certitude de participer aux Bénéfices de son Entreprise dans la mesure de son mérite, il n'y aura plus de grèves possibles, mais il y aura des Ouvriers dévoués au succès des fabriques, des usines, des chantiers et des exploitations agricoles dans lesquelles leur intérêt sera en parfait accord avec le but de l'Entreprise, par l'espoir d'un dividende proportionné à l'activité qu'ils auront déployée, et au travail qu'ils auront accompli »⁽¹⁹⁾.

6. – La conclusion en est tirée que le Capital, le Travail et le Génie doivent être rémunérés sur une base proportionnelle à leur concours au processus productif⁽²⁰⁾. Le « Droit Primordial de Tous aux Richesses de la Nature » se confond dans les richesses créées par le Travail⁽²¹⁾. Il se transforme en un « Droit Social » sur la richesse créée qui doit s'accroître avec l'usage que l'homme fait des ressources de la Nature⁽²²⁾. Sa contribution à la production de la richesse importe peu⁽²³⁾. Le fondateur du Familistère de Guise considère que les salaires, l'intérêt et les primes doivent être préalablement prélevés sur la partie disponible des produits. Les bénéfices généraux doivent ensuite être affectés à la Réserve sociale, au Travail, au Capital et à l'Invention, proportionnellement à ces droits légitimes représentés que sont les salaires du travail, les intérêts ou loyers du capital, les primes d'invention et la part des besoins sociaux⁽²⁴⁾. Une répartition équitable doit donner à la prévoyance sociale le minimum indispensable pour assurer chacun contre le malheur⁽²⁵⁾.

7. – La révolution opérée par Godin au sein du Familistère de Guise⁽²⁶⁾ doit conduire à une répartition juste des bénéfices : le travail est mieux rétribué que le capital au nom du principe en vertu duquel la valeur du service rendu par le travail est éminemment supérieure à celle que rend le capital⁽²⁷⁾. L'intéressement du travail aux bénéfices réalisés s'opère sous la forme de titres qui permettent aux salariés d'acquérir une part du capital social. Sur les bénéfices industriels et commerciaux, sont prélevés à titre d'amortissement 5 % de la valeur des immeubles, 10 % de la valeur du matériel et 15 % de la valeur du matériel modèle. Les subventions aux assurances sont également déduites ainsi que les frais d'éducation et d'instruction qui incombent au Familistère et les intérêts dus aux possesseurs des apports et des épargnes⁽²⁸⁾.

(17) *Ibid.*, p. 74.

(18) *Ibid.*, p. 316.

(19) *Ibid.*, p. 316.

(20) M. Lallement, *Le travail de l'utopie, Godin et le familistère de Guise*, préc., p. 227.

(21) J.-B. A. Godin, *Solutions sociales*, préc., p. 326.

(22) *Ibid.*, p. 327.

(23) M. Lallement, *Le travail de l'utopie, Godin et le familistère de Guise*, préc., p. 227.

(24) J.-B. A. Godin, *Solutions sociales*, préc., p. 335-336.

(25) J.-B. A. Godin, *Solutions sociales*, préc., p. 336.

(26) La société du Familistère de Guise fut transformée en Association coopérative du capital et du travail. Son objet était l'exploitation sociétaire et locative du Familistère, l'exploitation commerciale de ses magasins et débits, l'exploitation sociétaire industrielle des usines et fonderies qui appartenaient au député Godin (M. Lallement, *Le travail de l'utopie, Godin et le familistère de Guise*, préc., p. 286).

(27) C. Guillaume, *Charles Gide, les coopératives et Fourier : Cahiers Charles Fourier* déc. 2006, n° 17, p. 6.

(28) M. Lallement, *Le travail de l'utopie, Godin et le familistère de Guise*, préc., p. 301-302.

Un quart du bénéfice net est affecté au fonds de réserve, un second quart aux capacités et la moitié au capital et au travail. Les dividendes du capital, payables en espèces, sont proportionnels à la part des intérêts attachés aux apports et épargnes. Les dividendes du travail sont proportionnels à la part des appointements et salaires et sont payables en titres d'épargne⁽²⁹⁾. À la fin de chaque année, Godin transforme en actions la part des bénéfices attribuée aux ouvriers devenus les coassociés et copropriétaires de l'entreprise⁽³⁰⁾. Il résulte de cette forme de répartition des richesses qu'à terme, les salariés sont amenés à détenir une part majoritaire du capital, les apports et les épargnes ne permettant pas aux détenteurs initiaux d'augmenter le volume de capital détenu par eux. Seul dispositif d'association intégrale du capital et du travail fondé sur les doctrines phalanstériennes, ce mode de fonctionnement emportait transfert de la propriété du capital au travail⁽³¹⁾.

B. – Des lois

8. – La société anonyme à participation ouvrière... Au début du xx^e siècle, l'accentuation de l'antagonisme du capital et du travail est redoutée. De la lutte des classes, l'aggravation doit être évitée. Il faut trouver des formules nouvelles capables de rapprocher capital et travail, « de les accorder, de les unir, dans l'intérêt de l'un comme de l'autre de ces deux éléments de la production »⁽³²⁾. Il convient également d'inventer des schémas qui contribuent à l'essor de la production et au développement du commerce et de l'industrie. Économistes, sociologues, parlementaires admettent qu'il faut substituer au salariat une conception nouvelle de la rémunération du travail reposant sur la logique de l'association des intérêts et des efforts et sur une plus équitable répartition des bénéfices résultant de cette association⁽³³⁾.

La participation aux bénéfices présente l'inconvénient d'exclure les salariés de la participation aux pertes de l'entreprise. Pour remédier à cet inconvénient – perçu par certains comme une source d'inégalité – des commerçants et des industriels ont institué une participation au capital, faisant de leur personnel des coassociés tenus d'assumer les pertes⁽³⁴⁾. L'institutionnalisation de la participation des salariés au capital de l'entreprise s'exprime à travers la création de la société anonyme à participation ouvrière, outil d'extinction du conflit opposant le capital au travail⁽³⁵⁾.

(29) *Ibid.*, p. 302.

(30) C. Guillaume, *Charles Gide, les coopératives et Fourier*, préc.

(31) H. Desroches, *De Charles Fourier à Émile Zola, aspects de l'utopisme phalanstérien*, p. 4, www.pagesperso-orange.fr/Claude.Ravelet/phalanstere.pdf.

(32) C. Deloncle, *Rapport fait au nom de la Commission chargée d'examiner la proposition de loi de M. Henry Chéron et plusieurs de ses collègues relative aux sociétés par actions à participation ouvrière : La gazette des sociétés et du droit financier* juin-juill. 1917, légis. p. 104, spéc. p. 108.

(33) *Ibid.*

(34) *Ibid.*, spéc. p. 112.

(35) *Ibid.*, spéc. p. 128.

9. – Le Comité de la démocratie sociale avait donné une première définition de la société anonyme à participation ouvrière⁽³⁶⁾. La loi du 26 avril 1917 la consacre⁽³⁷⁾. Dans cette société, les actions sont les unes de capital, les autres de travail⁽³⁸⁾. La coopération est chargée de répartir entre les membres du personnel la part des bénéfices revenant à l'ensemble des actions de travail⁽³⁹⁾.

Seuls les salariés ayant un an d'ancienneté dans l'entreprise font partie de la coopérative de main-d'œuvre. Ils peuvent bénéficier de la répartition des dividendes afférents aux actions de travail, mais la perte de l'emploi implique la perte sans indemnité de la totalité des droits acquis dans la coopérative. Les actions de travail ne peuvent en aucun cas être attribuées individuellement aux salariés de la société membre de la coopérative⁽⁴⁰⁾. L'action collective est préférée à l'action individuelle perçue comme une cause potentielle de difficultés entre les ouvriers⁽⁴¹⁾. Nominatives et inscrites au nom de la société coopérative de main-d'œuvre, les actions de travail sont inaliénables pendant toute la durée de la société à participation ouvrière⁽⁴²⁾. En cas de dissolution, leur valeur est répartie entre les participants et certains anciens participants de la société. Cette forme de société n'eut pas un grand succès : les ouvriers ne lui portaient pas d'intérêt et les capitalistes redoutaient les contrôles des salariés sur la direction de l'entreprise⁽⁴³⁾.

10. – **Les sociétés coopératives...** Les entreprises coopératives fonctionnent selon des principes et des règles qui trouvent leurs racines au XIX^e siècle. Les néo-coopératistes souhaitaient faire de la coopérative un outil d'échange, mais aussi de production et de répartition des richesses⁽⁴⁴⁾. Penseur et militant des sociétés coopératives de production et de consommation, Charles Gide avait repris de Charles

(36) « C'est en la forme une société anonyme à laquelle s'appliquent toutes les règles des sociétés de ce genre sous les réserves suivantes :

« 1° L'apport capital et l'apport travail, agents de toute production économique, y donnent naissance à deux sortes d'actions, actions de capital et actions de travail, créant à leurs possesseurs des droits identiques pendant toute la durée de la société. Toutefois, lors de la dissolution, l'actif social n'est réparti entre tous les actionnaires qu'après l'amortissement intégral des actions de capital ;

« 2° Le nombre des actions de travail est déterminé par les statuts. Les actions sont la propriété collective de tous les salariés actifs de la société, y travaillant depuis un certain temps et d'une façon permanente. Tant que la société existe chaque travailleur considéré isolément n'a aucun droit à la propriété des actions de travail. La part des bénéfices annuels ou de l'actif social, en cas de dissolution, revenant aux actions de travail est répartie entre tous les salariés proportionnellement à leur salaire annuel ;

« 3° Les représentants de la collectivité ouvrière à l'assemblée générale des actionnaires, dans la proportion statutaire, d'après le nombre des actions sont lus chaque année par les salariés, chacun d'eux disposant d'un nombre de voix proportionnel à son salaire, le salaire le plus bas servant d'unité ;

« 4° Le conseil d'administration comprend nécessairement, pour un quart au moins, des représentants de la collectivité ouvrière propriétaire des actions de travail. Ces représentants peuvent être choisis en dehors du personnel de l'entreprise parmi les membres des syndicats ouvriers représentés dans ce personnel ;

« 5° Toute société en formation et qui désirera prendre la qualité de société à participation ouvrière, avec les avantages légaux et fiscaux y attachés, ne pourra émettre aucune espèce de titre avant l'approbation de ses statuts donnés par le président du tribunal civil du lieu où sera établi le siège social, après avis des syndicats ouvriers intéressés dans les entreprises similaires. »

(37) L. 26 avr. 1917 sur les sociétés anonymes à participation ouvrière (JO 28 avr., p. 3386).

(38) C. com., art. L. 225-260.

(39) J. Mestre et D. Velardocchio, *Lamy Sociétés commerciales*, Wolters Kluwer France SAS, 2012, n° 5189.

(40) C. com., art. L. 225-261.

(41) C. Deloncle, *Rapport fait au nom de la Commission chargée d'examiner la proposition de loi de M. Henry Chéron et plusieurs de ses collègues relative aux sociétés par actions à participation ouvrière*, préc., p. 117.

(42) C. com., art. L. 225-262.

(43) M. Germain et V. Magnier, *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, t. 2, LGDJ, 20^e éd. 2011, n° 2041.

(44) C. Gide, *Les sociétés coopératives de consommation*, Librairie Armand Colin, 1904, p. 5.

Fourier l'idée de la co-association et de la co-propriété des travailleurs⁽⁴⁵⁾. La coopérative a en commun avec le fouriérisme des phalanstères l'abolition du salariat et un mode différent de répartition des bénéfices. Elle élimine le capital et la hiérarchie des profits. Dans l'utopie phalanstérienne, Fourier se contentait de substituer le travail associé au travail salarié. Le but de la coopérative de consommation est de satisfaire plus économiquement aux besoins⁽⁴⁶⁾ et de faire disparaître le salariat.

La coopérative est définie par l'Alliance Coopérative Internationale (ACI) comme une association volontaire d'usagers ou de producteurs destinée à satisfaire leurs aspirations et besoins économiques, sociaux et culturels au moyen d'une entreprise dont la propriété est collective et où le pouvoir est exercé démocratiquement⁽⁴⁷⁾. De la coopérative, les valeurs fondamentales sont : la prise en charge et la responsabilité personnelles et mutuelles ; la démocratie ; l'égalité ; l'équité ; la solidarité. Les membres de la coopérative adhèrent à une éthique fondée sur l'honnêteté, la transparence, la responsabilité sociale et l'altruisme⁽⁴⁸⁾. Forme de société régie par la loi du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération⁽⁴⁹⁾, la société coopérative se propose de supprimer des intermédiaires afin de diminuer une dépense ou d'augmenter un gain. Elle se caractérise par la réunion, en la même personne, de deux qualités généralement séparées et par le rôle secondaire joué par le capital par rapport au travail des associés⁽⁵⁰⁾. La coopérative répond à quatre principes : variabilité du capital ; double qualité ; altruisme et démocratie. Depuis 1947, de nouvelles formes de sociétés coopératives sont apparues au service de nouvelles coopérations : société coopérative d'intérêt collectif (SCIC) ; société coopérative européenne (SEC)⁽⁵¹⁾.

11. – Forme particulière de coopérative, la société coopérative ouvrière de production est née d'une loi du 19 juillet 1978⁽⁵²⁾. Elle met en œuvre un management participatif par nature qui va au-delà d'un simple dispositif de participation financière. Société à capital variable, elle prend la forme d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée dont les salariés sont par nature associés majoritaires. Elle repose sur un principe de priorité et de pérennité de l'outil de travail et de ceux qui créent des richesses. Tous les salariés ne sont pas forcément associés, mais ils ont tous vocation à le devenir⁽⁵³⁾.

(45) C. Guillaume, *Charles Gide, les coopératives et Fourier : Cahiers Charles Fourier* déc. 2006, n° 17, p. 5.

(46) C. Gide, *Les sociétés coopératives de consommation*, préc., p. 4.

(47) Conseil supérieur de la coopération, *Le mouvement coopératif en France*, Rapport 2001, p. 1, www.ladocumentationfrancaise.fr.

(48) Conseil supérieur de la coopération, *Le mouvement coopératif en France*, Rapport 2007, p. 7.

(49) L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, portant statut de la coopération (JO 11 sept., p. 9088).

(50) C. Houpin et H. Bosvieux, *Traité théorique et pratique des sociétés*, t. II, 1935, n° 1568, cité in M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 24^e éd. 2011, n° 27.

(51) Conseil supérieur de la coopération, *Le mouvement coopératif en France*, Rapport 2007, p. 5.

(52) L. n° 78-763, 19 juill. 1978, portant statut des sociétés coopératives ouvrières de production (JO 20 juill., p. 2878).

(53) L'article 27 de loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives (JO 23 mars, p. 5226) a modifié les articles 4 et 54 de la loi du 19 juillet 1978. Il a également modifié l'article 24 de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération. Ces modifications n'ont pas d'impact substantiel sur le régime juridique des sociétés coopératives.

(53) P. Lenancker, *Les SCOP, premières PME participatives de France*, in *Le livre d'or, 40^e anniversaire de la participation*, Fondact, 2007, p. 46.

La loi du 19 juillet 1978⁽⁵⁴⁾ dispose que les sociétés coopératives ouvrières de production doivent comprendre un nombre minimal d'associés employés dans l'entreprise. Les gérants, les directeurs généraux, les présidents du conseil d'administration et les membres du directoire, lorsqu'ils perçoivent une rémunération de la société au titre de leurs fonctions, sont, au regard de la législation du travail, considérés comme employés de l'entreprise⁽⁵⁵⁾. La loi qui régit les sociétés coopératives ouvrières de production consacre le principe de la double qualité consistant à privilégier les qualités de coopérateur et d'associé au détriment de la notion de salarié. La loi n'interdit pas à une société coopérative ouvrière de production d'engager des salariés non associés, mais la situation d'associé travaillant dans la société coopérative ouvrière de production exclut le salariat⁽⁵⁶⁾.

Réaffirmée par la loi⁽⁵⁷⁾, la dévolution altruiste du bonus de liquidation est un principe essentiel de la coopération. En cas de liquidation d'une société coopérative ouvrière de production, l'actif net subsistant après paiement du passif, remboursement des parts sociales libérées et distribution des répartitions différées, est dévolu à une ou plusieurs sociétés coopératives ouvrières de production, unions ou fédérations de sociétés coopératives ouvrières de production, à une personne morale de droit public ou à une œuvre d'intérêt général, coopératif ou professionnel, ne poursuivant pas un but lucratif. Il ne peut être ni directement ni indirectement réparti entre les associés ou les travailleurs ou leurs ayants droit⁽⁵⁸⁾. La société coopérative ouvrière de production est un lieu de promotion de l'association du capital et du travail⁽⁵⁹⁾, non du seul capital.

12. – En 2007, 1 688 sociétés coopératives ouvrières de production représentant 21 343 sociétaires et 36 297 salariés étaient dénombrées⁽⁶⁰⁾. Les coopératives, dans leur ensemble, représentent alors 21 000 entreprises employant 900 000 salariés⁽⁶¹⁾ (sur un total de 24 millions). La faiblesse financière des sociétés coopératives ouvrières de production a souvent pu être présentée comme la cause de leur échec⁽⁶²⁾. La coopération fondée sur la disparition de la subordination du salarié à son employeur n'est pas un vecteur efficace de diffusion de l'association du capital et du travail. La généralisation de l'association du capital et du travail devait être envisagée au travers du prisme du lien de subordination.

(54) L. n° 78-763, 19 juill. 1978, portant statut des sociétés coopératives ouvrières de production, art. 5 (JO 20 juill., p. 2878).

(55) *Ibid.*, art. 17.

(56) CA Paris, 26 nov. 1997, n° 34171/97 : *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 240.

(57) J. Mestre et D. Velardocchio, *Lamy Sociétés commerciales*, Wolters Kluwer France SAS, 2012, n° 5200.

(58) L. n° 78-763, 19 juill. 1978, portant statut des sociétés coopératives ouvrières de production, art. 20 (JO 20 juill., p. 2878).

(59) Des dispositions spécifiques relatives à la participation des salariés aux résultats sont prévues pour les sociétés coopératives ouvrières de production et les coopératives agricoles (C. trav., art. L. 3323-9 et s., R. 3323-9 et s.).

(60) Conseil supérieur de la coopération, *Le mouvement coopératif en France*, Rapport 2007, p. 14.

(61) *Ibid.*, p. 13.

(62) J. Mestre et D. Velardocchio, *Lamy Sociétés commerciales*, Wolters Kluwer France SAS, 2011, n° 5194.

§ 2. – L'association capital-travail : une idée contemporaine

13. – La disparition du salariat n'est pas la seule modalité de réconciliation du capital et du travail. Le Général de Gaulle souhaitait que l'association du capital et du travail profite à tous. Il devait être possible de mettre en commun, dans l'entreprise, le travail, la technique, les biens, et de partager les bénéfices et les risques⁽⁶³⁾. Cette idée contemporaine est dotée d'un fort ancrage national (A). Mais elle a fini par « s'europaniser » (B).

A. – Une idée nationale

14. – **Recherche de la participation financière...** L'industrialisation a placé l'homme au centre de la richesse des nations et chaque responsable a tenté de trouver le moyen de rendre la main-d'œuvre plus efficace tout en lui apportant un plus grand bien-être⁽⁶⁴⁾. La participation peut être une réponse : « en conservant, contrairement à la doctrine marxiste, la dualité du patron capitaliste et du travailleur salarié et en établissant, contrairement à la doctrine de l'individualisme exclusif, la solidarité entre les deux, par la communauté d'intérêts »⁽⁶⁵⁾. Le thème a néanmoins suscité des réserves de la part des organisations syndicales qui contestaient radicalement le système capitaliste, n'y voyant qu'un moyen de « neutraliser la conscience que les salariés acquièrent de façon croissante de leurs intérêts de classe communs face au patronat, et pour cela de tenter de donner crédit à l'idée d'une possible communauté d'intérêts entre les salariés et ceux qui les exploitent »⁽⁶⁶⁾. Aller au-delà supposait de dépasser des clivages idéologiques. Le Général de Gaulle eut la volonté de réconcilier la France avec elle-même et de créer les conditions d'un dialogue équitable et constructif entre les différents acteurs de l'entreprise. L'association du capital et du travail doit assurer la convergence des intérêts des actionnaires et des salariés : la participation va naître⁽⁶⁷⁾. Mais elle ne peut contribuer à l'harmonie que si elle est librement consentie par le patron et les ouvriers⁽⁶⁸⁾. Par le premier, elle l'est lorsque Rémy Schlumberger et son père obtinrent de leurs actionnaires familiaux l'autorisation d'attribuer aux salariés 10 % du capital de la banque familiale. Utilisant l'une des dispositions de la loi du 11 février 1950⁽⁶⁹⁾, il propose à la ratification du personnel de la banque un contrat spécifique⁽⁷⁰⁾. Du volontariat, l'idée est reprise par l'ordonnance du 7 janvier 1959 sur l'intéressement des salariés à l'entre-

(63) Discours prononcé à Strasbourg, 7 avr. 1947, www.charles-de-gaulle.org.

(64) C. Estay, *La participation financière au XIX^e siècle : aux origines de système de rémunération contemporain*, in *Le livre d'or, 40^e anniversaire de la participation*, Fondact, 2007, p. 32.

(65) *Ibid.*, p. 33.

(66) *Déclaration de la CGT devant la Commission Sudreau*, sept. 1974, in J. Savatier, *Intéressement et participation des travailleurs à l'entreprise : Rép. trav.* Dalloz, 1995, n° 6.

(67) I. Debré, *Contribution*, in *Le livre d'or, 40^e anniversaire de la participation*, Fondact, 2007, p. 86.

(68) E. Levasseur, *Rapport à l'Académie des sciences morales et politiques sur le prix Jules Audéoud*, 7 août 1889.

(69) L. n° 50-205, 11 févr. 1950, relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail (JO 12 févr., p. 1688).

(70) P. Maillard, *Les convictions qui fondent la doctrine de Fondact*, in *Le livre d'or, 40^e anniversaire de la participation*, Fondact, 2007, p. 37.

prise⁽⁷¹⁾. Est établi un outil permettant aux salariés d'être récompensés de leur travail au-delà de leur salaire, par un partage des richesses de l'entreprise.

15. – Développement de la participation financière... Un auteur a défini la participation financière comme une mesure qui vise à distribuer aux salariés une partie de la valeur ajoutée qu'ils ont créée en faisant œuvrer ensemble les actifs matériels et immatériels de l'entreprise, notamment pour inciter les travailleurs à obtenir de meilleurs rendements⁽⁷²⁾. Selon Fondact⁽⁷³⁾, elle comporterait un intéressement collectif immédiat, l'attribution différée d'une part de la richesse créée, une participation collective au capital et une assistance à la création d'un patrimoine personnel. Selon nous, les deux derniers éléments doivent être écartés de la participation financière. Ils recouvrent des réalités différentes : la participation collective au capital est constitutive de l'actionnariat salarié ; l'assistance à la création d'un patrimoine personnel s'apparente à l'épargne salariale.

Une communication de la Commission européenne distingue deux grandes catégories de régimes de participation financière : la participation aux bénéfices et l'actionnariat des salariés. La première « implique le partage des bénéfices entre ceux qui fournissent le capital et ceux qui fournissent le travail en accordant aux salariés, en complément d'une rémunération fixe, un revenu variable directement lié aux bénéfices ou à une autre mesure des résultats de l'entreprise »⁽⁷⁴⁾. Cette définition correspond à ce que nous avons identifié comme des dispositifs de participation financière. L'utilisation du terme « bénéfices » suggère que les dispositifs de participation de cette nature doivent être fonction des bénéfices de l'entreprise. Pour lever toute ambiguïté sur ce point, il nous a semblé plus pertinent de regrouper sous l'intitulé de « participation financière » l'intéressement des salariés aux résultats ou aux performances et la participation des salariés aux résultats de l'entreprise.

16. – Distinct de la participation financière, l'actionnariat salarié renvoie aux options de souscription ou d'achat d'actions ainsi qu'aux attributions d'actions gratuites. La Communication de la Commission définit l'actionnariat comme un ensemble de dispositifs qui organisent « la participation indirecte des salariés aux résultats de l'entreprise, par la perception de dividendes et/ou par la réalisation de plus-values sur le capital détenu par le salarié »⁽⁷⁵⁾. Contrairement aux dispositions relatives à l'intéressement et à la participation aux résultats, celles qui se rapportent

(71) Ord. n° 59-126, 7 janv. 1959, tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise (JO 9 janv., p. 641).

(72) P. Maillard, *Les convictions qui fondent la doctrine de Fondact*, in *Le livre d'or, 40^e anniversaire de la participation*, Fondact, 2007, p. 37, spéc. p. 39.

(73) Fondact est une association à but non lucratif fondée en 1980 par Rémy Schlumberger. Elle rassemble des entreprises industrielles de tailles diverses, des sociétés de gestion, des cabinets-conseils, des syndicats et des associations, ainsi que des personnalités qualifiées, notamment des universitaires. En 1996, elle a fusionné avec trois autres associations : l'Association Française pour la Participation dans l'Entreprise, l'Association pour l'Actionnariat de Responsabilité des Salariés et le Comité Hyacinthe Dubreuil. Sa vocation première est de promouvoir, en pleine indépendance, la participation des salariés dans toutes ses dimensions : économiques et financières, sociales et culturelles.

(74) Communication sur le cadre pour la promotion de la participation financière des salariés, 5 juill. 2002, Doc. COM (2002), 364 final, p. 5, www.eur-lex.europa.eu.

(75) *Ibid.*

à l'actionnariat salarié figurent dans le Code de commerce⁽⁷⁶⁾. Les dispositions relatives aux attributions d'actions gratuites figurent aux articles L. 225-197-1 et suivants de ce code. Les dispositions relatives aux options de souscription ou d'achat d'actions figurent aux articles L. 225-177 et suivants et R. 225-137 et suivants. Un lien avec les dispositifs de participation financière est établi. Une des trois conditions alternatives auxquelles l'octroi de stock-options ou d'actions gratuites⁽⁷⁷⁾ dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé est subordonné est qu'un accord d'intéressement ou de participation dérogatoire soit ouvert au bénéfice de l'ensemble des salariés de l'entreprise et d'au moins 90 % de l'ensemble des salariés de ses filiales au sens du Code de commerce⁽⁷⁸⁾.

Le Code du travail comporte des dispositions relatives à l'épargne salariale et à la participation financière. L'ensemble des dispositions relatives à ces deux matières figure dans le livre troisième intitulé « Dividende du travail, intéressement, participation et épargne salariale ». L'épargne salariale et les dispositifs constitutifs de la participation financière sont envisagés distinctement par le législateur. La première renvoie à différents plans d'épargne salariale. L'examen du plan d'épargne d'entreprise (PEE), du plan d'épargne interentreprises (PEI), du plan d'épargne retraite collectif (PERCO) relève d'une étude particulière dont l'objet serait l'épargne salariale. L'existence de dispositions communes à l'épargne salariale et à la participation financière implique néanmoins que les dispositifs de participation financière soient ponctuellement examinés à la lumière du plan d'épargne d'entreprise.

17. – La participation financière constitue un ensemble de dispositifs autonomes qui doivent faire l'objet d'une étude spécifique. Au regard de l'intitulé du livre troisième de la troisième partie du Code du travail, le dividende du travail apparaît comme un dispositif spécifique de participation financière. La notion de dividende du travail est née de la loi du 30 décembre 2006⁽⁷⁹⁾ afin de favoriser le développement de la participation et de l'actionnariat salarié. Elle repose sur plusieurs éléments : les transferts des droits inscrits à un compte épargne-temps vers un plan d'épargne pour la retraite collectif ou un plan d'épargne d'entreprise ; les attributions d'actions gratuites destinées à être versées sur un plan d'épargne d'entreprise ; la disponibilité immédiate des dividendes attachés aux actions détenues dans le cadre d'un fonds commun de placement d'entreprise. L'ensemble de ces éléments relève de l'épargne salariale.

Le dividende du travail repose également sur le supplément d'intéressement ou de participation et sur la réserve spéciale de participation dégagée en application d'une formule dérogatoire. Ces éléments relèvent de la participation financière. Il apparaît que le dividende du travail n'a pas une nature juridique identifiée ni une

(76) Un ancien dispositif d'actionnariat relatif à l'émission et à l'achat en bourse d'actions réservées aux salariés a été abrogé par la loi du 19 février 2001 sur l'épargne salariale (L. n° 2001-152, 19 févr. 2001, sur l'épargne salariale, art. 29 : JO 20 févr., p. 2774). Il permettait aux entreprises qui avaient distribué au moins deux dividendes au cours de trois derniers exercices de procéder à des augmentations de capital par émission d'actions destinées à être souscrites par les salariés (C. com., art. L. 225-187).

(77) Cf. R. Vatinet, *La loi en faveur des revenus du travail – Loi n° 2008-1258 du 3 décembre 2008* : JCP S 2008, 1644, n° 26.

(78) C. com., art. L. 225-186-1.

(79) L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006, pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et sociale, art. 1^{er} (JO 31 déc., p. 20210).

existence propre. Il est un concept – proche des analyses de Jean-Baptiste André Godin – situé au carrefour de la participation financière et de l'épargne salariale. Les éléments de participation financière sur lesquels il repose feront l'objet d'un examen détaillé. Ils illustrent que le « volet participation financière » du dividende du travail relève du seul employeur : les suppléments de participation financière font l'objet d'une décision des organes dirigeants de l'entreprise ; la formule de calcul dérogatoire est le fruit de la volonté de l'employeur, en accord avec les partenaires sociaux. Il est étonnant que les dispositifs que sont l'intéressement des salariés aux résultats ou aux performances de l'entreprise et la participation aux résultats calculée en application de la formule légale ne soient pas pris en compte dans le dividende du travail. La mise en cohérence de la législation sur ce point mérite réflexion.

18. – État de la participation financière... Les dispositifs de participation financière sont très répandus dans le secteur de l'énergie et celui des activités financières : plus de 70 % de ces entreprises ont mis en place au moins un dispositif. Dans le secteur de l'industrie automobile et dans celui des biens intermédiaires, plus de 40 % des entreprises sont concernées. Ces instruments de rémunération sont peu utilisés dans les secteurs d'activité à dominante sociale plutôt qu'économique : services aux particuliers, éducation, santé, action sociale, activités associatives⁽⁸⁰⁾.

Un accord de participation aux résultats a été conclu dans 68 % des entreprises de cinquante salariés et plus⁽⁸¹⁾. Les autres entreprises relèvent du régime d'autorité. Les entreprises de dix à quarante-neuf salariés sont 8 % à avoir mis en place un accord de participation volontaire. Toutes entreprises confondues, un dispositif d'intéressement aux résultats est mis en place dans 67 % des entreprises contre 26 % ayant opté pour un dispositif mixte. Dispositif marginal, seulement 7 % des entreprises françaises comptent un accord d'intéressement aux performances⁽⁸²⁾. Dans les entreprises de dix à quatre-vingt-dix-neuf salariés, 70 % ont opté pour un intéressement aux résultats et 23 % pour un intéressement mixte. Une corrélation est observée entre l'augmentation des effectifs et la nature de l'intéressement mis en place : 44 % des entreprises de cinq cents salariés et plus ont mis en place un dispositif d'intéressement aux résultats contre 48 % qui ont choisi un dispositif mixte. Dans les entreprises de plus de cinquante salariés qui ont mis en place au moins un dispositif de participation financière, 27 % proposent à la fois la participation, l'intéressement et l'épargne salariale contre 8 % parmi les entreprises de moins de cinquante salariés. Plus l'entreprise est grande, plus elle est susceptible de proposer à ses salariés plusieurs dispositifs de participation financière⁽⁸³⁾.

En 2007, 57 % des salariés du secteur marchand non agricole ont eu accès à au moins un dispositif de participation, d'intéressement et d'épargne salariale. Près de 85 % d'entre eux ont reçu une prime de participation ou d'intéressement ou ont bénéficié d'un abondement de l'employeur sur les sommes qu'ils ont versées sur un plan d'épargne d'entreprise (PEE) ou sur un plan d'épargne pour la retraite collectif

(80) DARES, *Les pratiques de rémunération des entreprises en 2007 : des formules hybrides tant pour les cadres que pour les non-cadres*, Premières synthèses informations, févr. 2010, n° 008, p. 6.

(81) *Ibid.*, tableau 9, p. 6.

(82) *Ibid.*, tableau 10, p. 6.

(83) *Ibid.*, p. 6.

(PERCO). Malgré une diffusion accrue, ces dispositifs restent concentrés dans les grandes entreprises : seuls 14 % des salariés employés dans les entreprises de moins de cinquante salariés sont couverts par ce type d'accord. Entre 2006 et 2007, le nombre de bénéficiaires a augmenté de 3,7 %⁽⁸⁴⁾. La proportion de salariés couverts par un accord de participation est passée de 42,8 % en 2006 à 44,4 % en 2007 ; de 34,6 % à 36 % pour l'intéressement⁽⁸⁵⁾. Est constaté le faible développement des dispositifs de participation volontaire, seuls 3 % des salariés travaillant dans des entreprises de moins de cinquante salariés étant couverts par un accord. En revanche, 9 % des salariés employés dans les entreprises de cette catégorie sont couverts par un dispositif d'intéressement collectif⁽⁸⁶⁾.

Plus de 17 milliards d'euros⁽⁸⁷⁾ ont été distribués au titre de l'exercice 2007 par les entreprises de dix salariés ou plus, soit une progression de plus de 15 % par rapport à l'année 2006. La participation aux résultats est le dispositif qui a suscité les flux les plus importants. Elle a permis de distribuer 8,3 milliards d'euros contre 7,4 milliards pour l'intéressement. Tous dispositifs de participation financière confondus, la prime moyenne perçue par les salariés bénéficiaires s'est établie en 2007 à 2 324 €, représentant un surcroît moyen de rémunération équivalant à 7,7 % du salaire⁽⁸⁸⁾.

19. – La diffusion des dispositifs de participation financière est favorisée non seulement par les avantages fiscaux et sociaux accordés par le législateur, mais aussi par l'incitation et le contrôle de l'effort des salariés et une certaine forme de transfert des risques vers les travailleurs. Cette diffusion serait favorisée par la responsabilité supplémentaire d'associé que créent ces dispositifs et par un gain de pouvoir d'achat⁽⁸⁹⁾. Au cours des années 1990, des gains de productivité significatifs ont été observés. L'effet direct des dispositifs de partage collectif n'expliquerait que 30 à 40 % des gains, ce qui renforce la thèse de la complémentarité productive : les entreprises qui développent un ensemble de bonnes pratiques de gestion des ressources humaines (pratiques salariales, techniques managériales, systèmes d'évaluation, etc.) combinées entre elles de manière cohérente avec d'autres dimensions de l'entreprise (système organisationnel, technologie, type de stratégie de marché, etc.) sont les plus performantes⁽⁹⁰⁾.

(84) DARES, *La participation, l'intéressement et l'épargne salariale en 2007 : une hausse de 15 % des montants distribués*, Premières synthèses informations, juill. 2009, n° 31.2, p. 1.

(85) *Ibid.*

(86) *Ibid.*, p. 3.

(87) 17,4 milliards selon la DARES (*La participation, l'intéressement et l'épargne salariale en 2007 : une hausse de 15 % des montants distribués*, Premières synthèses informations, juill. 2009, n° 31.2). Dans un rapport plus récent (DARES, *La participation, l'intéressement et l'épargne salariale en 2009 : un recul des montants distribués*, août 2011, n° 63), 14,2 milliards d'euros ont été distribués au titre de l'exercice 2009 par les entreprises de dix salariés et plus. Par salarié, le complément de rémunération annuelle dégagé par l'ensemble des dispositifs s'élève à 2 104 €, contre 2 270 € en 2008. Il représente un surcroît de rémunération correspondant en moyenne à 6,5 % de leur masse salariale.

(88) DARES, *La participation, l'intéressement et l'épargne salariale en 2007 : une hausse de 15 % des montants distribués*, Premières synthèses informations, juill. 2009, n° 31.2, p. 4.

(89) S. Benhamou, *Le partage collectif des bénéfices : un outil efficace pour la productivité et le pouvoir d'achat*, Centre d'analyse stratégique, févr. 2009, note de veille n° 124, p. 4.

(90) *Ibid.*, p. 6.

B. – Une idée « européanisée »

20. – Depuis la fin des années 1950, la France a toujours fait figure de pionnière en matière de dispositifs collectifs de partage des bénéfices. Elle s'est dotée d'instruments qui favorisent l'établissement de nouveaux rapports entre le capital et le travail. En l'état actuel des législations française et européenne, il convient de mettre en exergue certains points de convergence identifiables⁽⁹¹⁾. Au sein de nombreux pays de l'Union européenne, il existe un système d'option de souscription ou d'achat d'actions (stock-options), un dispositif de distribution d'actions gratuites, la possibilité d'émettre des actions réservées aux salariés, des structures d'accueil des titres devant à terme appartenir aux salariés, des fonds de pension.

21. – L'Union européenne tend à promouvoir la participation financière au sein des États membres. Au-delà de fortes disparités entre les plans de participation financière, y compris au regard des statuts juridique et fiscal, sont pratiqués : primes en espèces, intéressement aux bénéfices par l'actionnariat, d'autres formes de participation différée, un certain nombre de plans d'actionnariat particuliers comme la distribution gratuite d'actions ou l'offre d'actions à conditions préférentielles. Sont également mis en place des systèmes d'option d'achat d'actions et des plans ou des trusts d'actionnariat et de rachat d'entreprises par des salariés⁽⁹²⁾.

Entamée en 1989, la démarche PEPPER⁽⁹³⁾ a inscrit la participation financière des salariés parmi les éléments prioritaires du programme d'action défini par la Commission pour la mise en œuvre de la Charte des droits fondamentaux des travailleurs⁽⁹⁴⁾. La Belgique et le Royaume-Uni ont pris des mesures en vue d'encourager le recours à la participation financière, notamment par l'identification de dispositifs dont la mise en place paraît envisageable⁽⁹⁵⁾. Certains pays ont établi un cadre juridique et fiscal qui favorise un ou plusieurs dispositifs de participation financière. Tel est le cas de la France, du Royaume-Uni, de l'Irlande et de la Belgique. Tel n'est pas le cas au Portugal ni en Suède. L'Allemagne, l'Autriche, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la Grèce et les Pays-Bas sont dans une situation intermédiaire⁽⁹⁶⁾.

Suite à la publication du rapport PEPPER I⁽⁹⁷⁾ faisant le bilan de la participation en Europe, le Conseil de l'Union européenne a entendu promouvoir la participation financière des travailleurs salariés. Une recommandation⁽⁹⁸⁾ s'attache à assurer la diffusion des formules de participation financière, sans pour autant chercher ni une harmonisation active, ni une réduction de l'éventail des formules existantes. Le

(91) J.-M. Content, *L'internationalisation*, in *Le livre d'or, 40^e anniversaire de la participation*, Fondact, 2007, p. 81.

(92) *Application de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs*, quatrième rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social sur Commission européenne, 1996, p. 20.

(93) *Promotion of Employee Participation in Profits and Enterprise Results*.

(94) F. Guillaume, Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne sur la participation des salariés dans l'Union européenne, n° 3304, p. 74.

(95) European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Financial participation of employees in the European Union : Much ado about nothing ?*, 2007, www.eurofound.europa.eu.

(96) F. Guillaume, Rapport préc., p. 66.

(97) Commission européenne, « Rapport PEPPER », 1991, www.eurofound.europa.eu.

(98) Recommandation du Conseil, n° 92/443/CEE, 27 juill. 1992, concernant la promotion de la participation des travailleurs salariés aux bénéfices et aux résultats de l'entreprise (y compris la participation au capital) : JO n° L 245, 26 août 1992, p. 53.

rapport PEPPER II⁽⁹⁹⁾ a mis l'accent sur l'intérêt de la participation : l'amélioration de la productivité, de l'emploi et de la participation des travailleurs. Le rôle des gouvernements par le biais d'incitations fiscales a été souligné. Les principes dégagés par les rapports PEPPER permettent de qualifier les différents dispositifs qui existent au sein des États membres : sont des dispositifs de participation financière ceux définis au sein de l'entreprise, qui bénéficient à l'ensemble des salariés, sont mis en œuvre de manière régulière et non ponctuelle et proposent un intéressement des salariés aux bénéfices de l'entreprise au-delà du salaire régulièrement versé⁽¹⁰⁰⁾.

22. – L'insuffisante coordination des dispositifs de participation financière interdit d'avoir une approche européenne de la participation financière : un même plan aura des effets différents et inégaux pour les salariés de chaque État membre. Le fait générateur de la taxation des revenus est source de difficultés qui affectent les mesures fiscales et sociales incitatives en matière de participation financière⁽¹⁰¹⁾. Des cas de double taxation ou de double exonération peuvent ainsi être identifiés⁽¹⁰²⁾. Pour les dispositifs d'intéressement et de participation, les exonérations au titre de l'impôt sur le revenu et des cotisations sociales ne sont pas harmonisées. L'exonération totale avec déductibilité du résultat imposable pour l'entreprise telle qu'elle est prévue en France n'est pas universelle⁽¹⁰³⁾.

Le rapport PEPPER III⁽¹⁰⁴⁾ s'est intéressé au cadre législatif des incitations fiscales dans les pays membres de l'Union européenne et à l'attitude générale des partenaires sociaux et des gouvernements à l'égard des dispositifs qui tendent à promouvoir la participation des salariés aux résultats et aux profits des entreprises. Il a mis en exergue les incidences de ces dispositifs dans chaque pays et démontré leur efficacité sur les performances des entreprises⁽¹⁰⁵⁾. Tirant les conséquences des difficultés constatées lors des précédents rapports, il formule des propositions en vue de créer une plate-forme commune en matière de participation financière. Deux objectifs principaux doivent être atteints : développer la réglementation des dispositifs de participation financière au niveau européen en passant par un système incitatif de soutien pour surmonter les différences qui existent entre les politiques nationales de taxation ; assurer une prise en compte générale des principes de la

(99) Commission européenne, « Rapport PEPPER II », 1996, www.eurofound.europa.eu.

(100) F. Guillaume, Rapport préc., p. 68.

(101) En France, les incitations financières ont été réduites avec la création, par la loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 2009 (L. n° 2008-1330, 17 déc. 2008, de financement de la sécurité sociale pour 2009, art. 13 : JO 18 déc., p. 19291), du forfait social de 2 %. Il a été porté à 4 %, 6 % et 8 % par les LFSS pour 2010 (L. n° 2009-1646, 24 déc. 2009, de financement de la sécurité sociale pour 2010, art. 16 : JO 27 déc., p. 22392), 2011 (L. n° 2010-1594, 21 déc. 2010, de financement de la sécurité sociale pour 2011, art. 16 : JO 22 déc., p. 22409) et 2012 (L. n° 2011-1906, 21 déc. 2011, de financement de la sécurité sociale pour 2012, art. 12 : JO 22 déc., p. 21682). Lors des débats survenus à l'occasion de la réforme des retraites en 2010, le parti socialiste suggérait « le relèvement du "forfait social" appliqué à l'intéressement et à la participation » à 20 % afin de dégager 3 milliards d'euros pour financer les retraites (PS, *Pour une réforme juste, efficace et durable des retraites : un système universel et personnalisé*, p. 4, www.parti-socialiste.fr). À contre-courant des incitations juridiques et fiscales évoquées, une telle mesure ne peut qu'affecter sensiblement la diffusion des dispositifs de participation financière et pénaliser le travail, non les revenus du capital. En dépit de ce constat, le taux du forfait social a été fixé à 20 % pour les rémunérations ou gains versés à compter du 1^{er} août 2012 (L. n° 2012-958, 16 août 2012, de finances rectificative pour 2012, art. 33 : JO 17 août, p. 13479).

(102) F. Guillaume, Rapport préc., p. 75.

(103) *Ibid.*, p. 78.

(104) Commission européenne, « Rapport PEPPER III », 2006, www.eurofound.europa.eu.

(105) *Ibid.*, p. 18 et s.

participation financière des salariés dans le cadre légal de la « Constitution sociale européenne »⁽¹⁰⁶⁾.

23. – Dans ses vœux aux partenaires sociaux le 19 janvier 2009 à l'Élysée, le Président de la République a identifié la question de la répartition des bénéfices comme l'un des grands chantiers de « la refondation du capitalisme »⁽¹⁰⁷⁾. Il a jugé que le partage des profits entre les salariés et les actionnaires devait se faire selon la règle des trois tiers, chère au sénateur Dassault, inspirée directement des préconisations fouriéristes. Un tiers des profits doit être réservé aux actionnaires sous forme de dividende, un tiers est réinvesti dans l'entreprise pour financer son développement et un tiers est affecté aux salariés sous forme de participation⁽¹⁰⁸⁾.

Reste, cependant, à résoudre quelques questions. Quelles difficultés se dressent devant l'employeur qui envisage de mettre en place des dispositifs de participation financière ? Quelles sont les lacunes de la loi qu'il convient de gommer pour « sécuriser » les négociations en cette matière ? Les modalités de mise en place sont-elles pertinentes dans un contexte économique où le groupe et l'extranéité prennent une place croissante ? Une adaptation préalable de l'existant juridique à une réalité économique en pleine mutation n'est-elle pas nécessaire ? Toute refonte du capitalisme ne doit-elle pas prendre en compte l'évolution de la philosophie du partage de la richesse rencontrée en France ? L'encadrement des dispositifs de participation financière (Première partie) et leurs vecteurs (Deuxième partie) doivent retenir l'attention.

(106) *Ibid.*, p. 293 et s.

(107) S. Benhamou, *Le partage collectif des bénéfices : un outil efficace pour la productivité et le pouvoir d'achat*, Centre d'analyse stratégique, févr. 2009, note de veille n° 124, p. 1.

(108) M. Landré, *Entreprise : des salariés mieux associés aux bénéfices*, 6 févr. 2009, www.lefigaro.fr.

L'ENCADREMENT DES DISPOSITIFS DE PARTICIPATION FINANCIÈRE

24. – Les dispositifs de participation financière se situent au carrefour de l'intérêt des salariés et de l'intérêt de l'entreprise mais aussi de l'intérêt général dont l'État est le garant. À la rémunération attribuée aux salariés à titre de salaire s'ajoutent des compléments qui enrichissent la contrepartie offerte au travail qu'ils fournissent au service de leur employeur. L'entreprise peut y trouver l'avantage d'une meilleure adhésion de chacun aux objectifs économiques affichés. L'État y trouve un instrument de pacification sociale et, peut-être, le vecteur d'un surcroît de dynamisme économique.

Lors de la mise en place d'un dispositif de participation financière, la convergence recherchée implique que le volume de la rémunération des salariés soit préservé : l'association du capital et du travail doit constituer une authentique source d'enrichissement pour les salariés... sans être perçue par les entreprises comme une contrainte emportant un débours sans contrepartie réduisant le montant des provisions susceptibles d'alimenter les fonds propres ou les sommes susceptibles d'être affectées à l'investissement.

Le législateur a organisé la participation financière de manière à répondre aux intérêts de chaque protagoniste par la formulation de quelques principes impératifs (Titre 1) et l'édition de contrôles administratifs de manière à éviter la survenance d'abus (Titre 2).

TITRE 1

DES PRINCIPES IMPÉRATIFS

25. – Au sein de l'entreprise, la diffusion des dispositifs de participation financière est favorisée par le recours à la négociation collective. L'importance des enjeux financiers implique un encadrement de cette autorégulation. La convergence des intérêts du capital et du travail ne peut être assurée que si le premier est incité à récompenser le second : la mise en place de dispositifs de participation financière doit emporter récompense au profit de l'employeur. Cette préoccupation pèse sur l'encadrement de l'accord collectif, support des dispositifs de participation financière (Chapitre 1) et du complément de rémunération qui en résulte (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

UN ACCORD COLLECTIF

26. – Le législateur souhaite que la mise en place des dispositifs de participation financière soit opérée par voie de négociation. Le principe de négociation donne à la mise en place de ces dispositifs un caractère contractuel (Section 1). Les accords négociés doivent eux-mêmes avoir un caractère collectif : les droits à participation doivent être garantis à tous les salariés (Section 2).

SECTION 1

LE PRINCIPE DE NÉGOCIATION : LE CARACTÈRE CONTRACTUEL

27. – Le principe de négociation permet de « tailler sur mesure le vêtement juridique adapté à l'entreprise »⁽¹⁾. Afin de favoriser la mise en place des dispositifs de participation financière, le législateur a opté pour une incitation à leur négociation (§ 1). La liberté de négocier garantie par le principe de négociation fait néanmoins l'objet d'un encadrement législatif (§ 2).

§ 1. – L'incitation à la négociation

28. – Le législateur a souhaité associer le capital et le travail (A). En l'absence de sanctions, l'échec des premiers dispositifs de participation financière a néanmoins été constaté. Le souhait exprimé est alors devenu une exigence (B).

A. – Un souhait

29. – Dans l'esprit du législateur de la V^e République, l'association du capital et du travail devait avoir pour base un contrat conjuguant les intérêts des participants, à la différence des conventions collectives dont l'objectif est la conciliation

(1) M. Despax, *Les accords de participation* : Dr. soc. 1968, p. 379.

d'intérêts opposés. Le contexte dans lequel la participation aux résultats de l'entreprise a été mise en place démontre que l'idée de négociation prédominait. Il fallait substituer à l'opposition du capital et du travail la participation active des travailleurs à l'exploitation et aux fruits de l'entreprise dans « un esprit de communauté véritable »⁽²⁾. Il fallait corriger « les abus du capitalisme, dissiper l'influence communiste et équilibrer ces deux tendances antagonistes »⁽³⁾. L'objectif des conventions et des accords négociés est de permettre « aux intéressés de choisir un régime de participation assis sur des bases et revêtant des modalités autres que celles prévues dans l'ordonnance, sous réserve qu'un tel régime soit reconnu conforme à l'esprit de la réforme »⁽⁴⁾. Les bases en question concernent la participation aux résultats de l'entreprise, l'ordonnance de 1967 ayant rendu obligatoire ce dispositif⁽⁵⁾.

Ces bases n'étaient pas envisagées dans l'ordonnance du 7 janvier 1959⁽⁶⁾ aujourd'hui codifiée⁽⁷⁾. Ce texte instituait un système exclusivement contractuel et facultatif d'intéressement. L'intéressement collectif des salariés pouvait être assuré dans toute entreprise qui satisfaisait aux obligations légales lui incombant en matière de représentation du personnel par un accord valable pour une durée de trois ans⁽⁸⁾. Sur les douze articles de l'ordonnance, un tiers était consacré aux contrats d'intéressement dotés des « effets d'une convention collective de travail »⁽⁹⁾. Mais quelle était, plus précisément, la nature de l'accord d'intéressement ?

À l'origine, l'ordonnance du 7 janvier 1959 parlait de contrats d'intéressement⁽¹⁰⁾. Lorsqu'ils ne remplissent pas toutes les conditions exigées par la loi pour que les avantages qu'ils prévoient bénéficient du régime spécifique de l'intéressement, ces contrats ne sont pas frappés de nullité : ils produisent les effets d'un accord collectif de droit commun⁽¹¹⁾. Le professeur Savatier a d'ailleurs considéré que l'intéressement ne pouvait être institué dans une entreprise que par un accord collectif⁽¹²⁾, les contrats d'intéressement étant conclus dans les entreprises qui entrent dans le champ d'application de la loi du 11 février 1950 relative aux conventions collectives. De même, le professeur Durand considérait que la participation financière étant instituée par voie d'accords collectifs, il était naturel que l'ordonnance ait le même domaine que la législation sur les conventions collectives⁽¹³⁾.

Le dialogue entre le chef d'entreprise et les syndicats se poursuit à l'intérieur de l'entreprise, le personnel directement intéressé devant être associé à l'élaboration

(2) P. Durand, *L'association capital-travail* : Dr. soc. 1951, p. 604.

(3) *Ibid.*

(4) Rapport au Président de la République, *Ordonnance n° 67-693 du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises* (JO 18 août, p. 8288).

(5) Ces bases sont codifiées aux articles L. 3322-1 et suivants du Code du travail.

(6) Ord. n° 59-126, 7 janv. 1959, tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise (JO 9 janv., p. 641).

(7) C. trav., art. L. 3311-1 et s.

(8) C. trav., art. L. 3312-5.

(9) Ord. n° 59-126, 7 janv. 1959, tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise, art. 1^{er} (JO 9 janv., p. 641).

(10) Ord. n° 59-126, 7 janv. 1959, tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise, art. 2 (JO 9 janv., p. 641).

(11) J. Savatier, *Intéressement et participation des travailleurs à l'entreprise* : Rép. trav. Dalloz, 1995, p. 8, n° 38.

(12) *Ibid.*, p. 7, n° 32.

(13) P. Durand, *L'ordonnance du 7 janvier 1959, tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise* : Dr. soc. 1959, p. 78, spéc. p. 80, n° 8.

de l'accord⁽¹⁴⁾. Une grande liberté est accordée aux partenaires sociaux pour en déterminer le contenu. Tout syndicat peut signer un accord d'intéressement du seul fait qu'il est représentatif. Cette incitation à la négociation était cependant perçue par certains comme un danger. Des accords d'association du capital et du travail intéressant l'ensemble du personnel risquaient d'être conclus même si le syndicat « représentatif » compétent ne l'est point en réalité⁽¹⁵⁾. Ce dispositif allait, au demeurant, connaître un échec cuisant en raison de la très grande réticence des entreprises à s'y engager. Seuls deux cents accords furent négociés entre 1959 et 1961⁽¹⁶⁾.

B. – Une exigence

30. – Le 16 juillet 1966, la Commission d'étude du problème des droits des salariés sur l'accroissement des actifs dus à l'autofinancement rend au ministre des Finances⁽¹⁷⁾ un rapport aux termes duquel « les formules de partage de l'autofinancement impliquaient presque nécessairement la réalisation d'accords entre employeurs et salariés »⁽¹⁸⁾. La Commission estime que la meilleure solution est de laisser aux employeurs et aux salariés la possibilité d'adopter un régime purement conventionnel fixant la nature des droits reconnus aux salariés ainsi que les modalités de leur attribution et de leur gestion. La solution contractuelle a l'avantage d'établir un système prenant en compte les particularités de chaque entreprise. La définition de la part des salariés sur l'accroissement des valeurs d'actifs qui résulte de l'autofinancement ne pouvait que relever de la négociation collective, en dépit de l'inégalité des profits selon les branches et les entreprises⁽¹⁹⁾. Encore fallait-il trouver le moyen de neutraliser les effets d'un défaut de négociation. Le rapport proposait deux formules : créer un système obligatoire minimum ou prévoir un mécanisme de remplacement se traduisant par « des versements à un fonds national »⁽²⁰⁾. Ces formules subsidiaires étaient suffisamment dépourvues d'avantages pour apparaître comme des sanctions accroissant d'autant l'incitation à la conclusion d'accords et donnant, par là même, dans l'intérêt de tous, « force obligatoire » au principe de négociation.

Afin de promouvoir la participation financière des salariés, l'ordonnance de 1967 a imposé, à défaut d'accord, un dispositif légal de participation pour contourner les conséquences de l'hostilité des organisations d'employeurs⁽²¹⁾. La leçon de l'échec du recours à l'intéressement fut tirée : si la négociation continue à occuper une place majeure, un régime supplétif s'applique à défaut d'accord. La souplesse est

(14) *Ibid.*, spéc. p. 81, n° 10.

(15) *Ibid.*, spéc. p. 80, n° 10. Cette réticence était surtout liée à l'innovation que constituait la négociation collective dans l'entreprise.

(16) G. Ducher, *L'intéressement des salariés aux bénéfices des entreprises trois ans après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 17 août 1967* : *Dr. soc.* 1972, p. 153.

(17) *Synthèse des travaux et avis de la Commission*, commission placée sous la présidence de M. Mathey : *Dr. soc.* 1967, p. 157.

(18) *Ibid.*, p. 162.

(19) F. Pavard, *L'amendement Vallon* : *Dr. soc.* 1966, p. 129, spéc. p. 134.

(20) *Synthèse des travaux et avis de la Commission*, commission placée sous la présidence de M. Mathey : *Dr. soc.* 1967, p. 162.

(21) M. Loichot, *Critique synoptique du rapport Mathey* : *Dr. soc.* 1967, p. 422, spéc. p. 429.

préservée : une large place est laissée à la négociation des accords de participation, toute latitude, à quelques réserves près, étant accordée aux négociateurs. Il était toutefois précisé que la liberté concédée aux partenaires sociaux devait « avoir pour corollaire un enrichissement, dans ces domaines, de la négociation d'entreprise »⁽²²⁾.

À l'origine, seules les entreprises de plus de cent salariés⁽²³⁾ étaient tenues de mettre en place la participation aux résultats imposée par l'ordonnance de 1967. Une mise en œuvre volontaire par les entreprises de moindre taille était toujours concevable par des accords ou des conventions conclus conformément aux dispositions applicables aux entreprises de plus de cent salariés⁽²⁴⁾. Afin d'assurer un élargissement du dispositif, le seuil à partir duquel doit être mis en œuvre le régime de participation obligatoire fut réduit à cinquante salariés en 1990⁽²⁵⁾, seuil toujours en vigueur aujourd'hui même si un rapport Attali⁽²⁶⁾ a préconisé d'étendre « les dispositifs d'épargne salariale dans les PME en abaissant le seuil rendant la participation obligatoire à 20 salariés »⁽²⁷⁾.

31. – La loi du 19 février 2001⁽²⁸⁾ a renforcé le principe de négociation en ajoutant un domaine supplémentaire à la négociation annuelle obligatoire. Lorsque les salariés ne sont pas couverts par un accord qui met en place l'intéressement, la participation, un plan d'épargne d'entreprise ou interentreprises, ou un plan d'épargne pour la retraite collectif, l'employeur est tenu d'engager chaque année une négociation sur un ou plusieurs de ces dispositifs. L'intérêt des salariés est privilégié même si les dispositifs visés s'accompagnent, pour l'entreprise, d'avantages fiscaux et sociaux⁽²⁹⁾. Alors que la négociation des conventions collectives apparaissait comme une « négociation subie », celle relative aux dispositifs de participation financière relevait d'une « négociation voulue ». Cette distinction s'est toutefois atténuée avec la mise en place des dispositifs de participation financière au niveau de la branche, sur laquelle le Code du travail insiste⁽³⁰⁾ en dépit des dispositions légales préexistantes⁽³¹⁾, qu'il s'agisse d'intéressement, de participation aux résultats de l'entreprise ou de plans d'épargne interentreprises⁽³²⁾. La négociation d'un régime de participation par branche professionnelle⁽³³⁾ permet de toucher d'emblée un plus grand nombre d'entreprises sans que soit perdu de vue l'objectif d'une meilleure prise en compte de l'intérêt commun de l'employeur et de ses salariés.

(22) Circ. intermin. n° 88-4, 29 janv. 1988.

(23) Ord. n° 67-693, 17 août 1967, relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises, art. 1^{er} (JO 18 août, p. 8288).

(24) *Ibid.*, art. 14.

(25) L. n° 90-1002, 7 nov. 1990, modifiant l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionariat des salariés, art. 5 (JO 11 nov., p. 13846).

(26) *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, La Documentation française, XO Éditions, 2008.

(27) *Ibid.*, décision 312.

(28) L. n° 2001-152, 19 févr. 2001, sur l'épargne salariale (JO 20 févr. 2001, p. 2774).

(29) A. Sauret, *L'épargne salariale* : JCP E 2001, comm. p. 552.

(30) C. trav., art. L. 3312-5 et L. 3322-6.

(31) V. *infra*, nos 242 et s.

(32) C. trav., art. L. 3333-2.

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

§ 2. – L’encadrement de la négociation

32. – La « sécurisation » juridique des dispositifs de participation financière impose d’encadrer la négociation ouverte. Des clauses doivent figurer dans l’accord (A). L’ombre d’un régime subsidiaire plane en l’absence d’accord (B).

A. – Des clauses obligatoires

33. – En matière d’intéressement, l’accord négocié doit préciser le type d’intéressement retenu qui, aux termes de l’ordonnance de 1959, ne peut être qu’une participation collective aux résultats de l’entreprise ou de l’établissement, une participation au capital ou à une opération d’autofinancement ou une participation à l’accroissement de la productivité⁽³⁴⁾. La souplesse qui préside à la mise en place de dispositifs de participation financière s’exprime dans un cadre préalablement délimité par les pouvoirs publics. L’accord doit préciser s’il s’applique à tout ou partie des établissements de l’entreprise⁽³⁵⁾. Toute modification souhaitée sur ce point postérieurement à sa conclusion doit donner lieu à une nouvelle négociation.

L’article L. 3313-2 du Code du travail dispose que tout accord d’intéressement doit préciser « les conditions dans lesquelles le comité d’entreprise ou une commission spécialisée créée par lui ou, à défaut, les délégués du personnel disposent des moyens d’information nécessaires sur les conditions d’application des clauses du contrat ». Non indispensable à l’économie générale d’un contrat qui institue un dispositif de participation financière, une telle clause fixe les contours de l’obligation imposée à l’employeur de porter à la connaissance des représentants du personnel les éléments nécessaires pour en contrôler l’application. Relevée en matière d’intéressement, la présence de normes impératives vaut plus encore en ce qui concerne la participation obligatoire aux résultats de l’entreprise, singulièrement en ce qui concerne les modalités de calcul et de répartition de la réserve spéciale de participation minimale légale. Traduction de la méfiance des pouvoirs publics à l’égard des éventuels excès de la liberté contractuelle, la multiplication des clauses obligatoires présente cependant l’inconvénient d’introduire de la rigidité dans un dispositif qui gagnerait parfois à se déployer dans un cadre plus libéral.

B. – Un régime subsidiaire

34. – L’ordonnance du 17 août 1967⁽³⁶⁾ qui a institué le régime obligatoire de participation aux fruits de l’expansion de l’entreprise privilégie la source contractuelle... tout en établissant un dispositif subsidiaire applicable en l’absence d’accord. Le rapport au Président de la République qui précédait les dispositions de ce texte soulignait qu’un large champ était ouvert à la négociation entre employeurs et salariés. Consacrant le principe de négociation dans la mise en place des accords de

(34) Ord. n° 59-126, 7 janv. 1959, tendant à favoriser l’association ou l’intéressement des travailleurs à l’entreprise, art. 2, 1° (JO 9 janv., p. 641).

(35) C. trav., art. L. 3313-2.

(36) Ord. n° 67-693, 17 août 1967, relative à la participation des salariés aux fruits de l’expansion des entreprises (JO 18 août, p. 8288).

participation, la voie était ouverte à la prise en compte de la situation propre à chaque entreprise au temps du choix d'une formule de participation ou de la détermination des modalités de sa mise en œuvre⁽³⁷⁾. La participation aux résultats correspondait à un droit reconnu aux travailleurs, et non à un avantage purement conventionnel⁽³⁸⁾. Une circulaire du 30 mai 1968⁽³⁹⁾ a précisé les principes précédents.

Imposée par la loi à des partenaires sociaux réticents, la participation aux résultats est organisée de manière à les conduire à négocier sur ses modalités d'application et à faire un effort de concertation à l'occasion de sa mise en œuvre. Les accords conclus doivent opter entre les formules d'affectation de la participation proposées par la loi et peuvent apporter certaines dérogations aux règles de droit commun qu'elle édicte⁽⁴⁰⁾. Par la création des suppléments d'intéressement et de participation⁽⁴¹⁾, l'interprétation administrative de la loi du 30 décembre 2006⁽⁴²⁾ a offert une nouvelle illustration de l'importance attachée à une mise en place contractuelle des dispositifs de participation financière. L'entreprise qui ne dispose pas d'un accord d'intéressement ou de participation ne peut pas attribuer un tel supplément à ses salariés.

SECTION 2

LE « PRINCIPE DE NON-EXCLUSION »⁽⁴³⁾ : LE CARACTÈRE COLLECTIF

35. – Au même titre que la participation aux résultats, l'intéressement doit avoir un caractère collectif⁽⁴⁴⁾. Il constitue « un véritable "laboratoire" permettant de mettre en évidence les différentes figures du collectif »⁽⁴⁵⁾ à l'égard des salariés de l'entreprise (§ 1) et de ceux mis à sa disposition (§ 2).

§ 1. – La situation des salariés de l'entreprise

36. – Les dispositifs de participation financière ont un caractère collectif. Ils résultent nécessairement d'un accord entre la direction de l'entreprise et la collec-

(37) Rapport au Président de la République, *Ordonnance n° 67-693 du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises* (JO 18 août, p. 8288).

(38) J. Savatier, *Intéressement et participation des travailleurs à l'entreprise* : *Rép. trav.* Dalloz, 1995, p. 15, n°s 138 et s.

(39) Circ. intermin. 30 mai 1968.

(40) J. Savatier, *Intéressement et participation des travailleurs à l'entreprise*, préc., n° 130.

(41) V. *infra*, n°s 409 et s.

(42) L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006, pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et sociale (JO 31 déc., p. 20210).

(43) S. Gaillard, S. Rousseau et J. Chambon, *L'épargne salariale : participation-intéressement, PEE-PERCO, actionnariat salarié* : *Semaine sociale Lamy* 2004, suppl., n° 1196, p. 49.

(44) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 1 I : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(45) V. Wauquier, note ss Cass. soc., 21 oct. 2003 : *Dr. ouvrier* 2004, p. 405, spéc. p. 408.

tivité des travailleurs⁽⁴⁶⁾. De ce caractère, le fondement (A) et la portée (B) doivent être appréciés.

A. – Le fondement du caractère collectif

37. – La participation financière a vocation à récompenser les efforts accomplis par la collectivité du personnel pour améliorer l'efficacité économique de l'entreprise. Elle doit profiter à tous les membres de cette collectivité⁽⁴⁷⁾. Le principe de non-exclusion puise son origine dans l'idée de « l'entreprise entendue comme institution »⁽⁴⁸⁾ (1°). Le principe de l'égalité de traitement lui donne un nouveau souffle (2°).

1° L'analyse institutionnelle de l'entreprise

38. – Deux conceptions de l'entreprise s'opposent : pour une partie de la doctrine, l'entreprise est la mise en œuvre combinée de « la propriété de moyens de production et de la liberté contractuelle »⁽⁴⁹⁾. L'employeur est considéré comme le propriétaire de la main-d'œuvre. En vertu du contrat de travail, les salariés pris individuellement sont l'objet du droit de propriété de l'employeur. Dans cette conception, le réseau de contrats dans lequel se résout juridiquement l'entreprise n'a pas pour objet l'organisation d'une quelconque communauté. Cette théorie plonge ses racines dans l'idéologie marxiste basée sur l'antagonisme des intérêts du Capital et du Travail.

D'autres envisagent l'entreprise comme une institution réunissant dans une même communauté les détenteurs du Capital et les salariés. L'entreprise est alors « une institution unissant autour d'un intérêt commun – l'intérêt de l'entreprise – le Capital et le Travail »⁽⁵⁰⁾. L'accent est mis sur la collectivité humaine à l'œuvre dans l'entreprise par opposition à la conception individualiste qui analyse l'entreprise en une somme de contrats divers (contrats de société, de prêt, de louage de services). La théorie contractuelle s'oppose à l'idée même de l'association du capital et du travail. La théorie institutionnelle lui apporte appui. Cette scission idéologique impose de s'interroger plus avant sur le fondement du caractère collectif des dispositifs de participation financière.

39. – Le discours économique réintroduit l'idée selon laquelle « les salariés constituent l'un des éléments les plus précieux du capital de l'entreprise »⁽⁵¹⁾. C'est ainsi que le professeur Truchy définit l'entreprise comme « l'unité économique et juridique dans laquelle sont groupés et coordonnés les facteurs humains et matériels de l'activité économique »⁽⁵²⁾. L'entreprise réalise un groupement de forces qui a pour finalité « le bien commun des hommes »⁽⁵³⁾ qui y coopèrent. L'accent est

(46) J. Savatier, *Intéressement et participation des travailleurs à l'entreprise* : Rép. trav. Dalloz, 1995, p. 6, n° 22.

(47) *Ibid.*

(48) P. Durand, *Rapport sur la notion de l'entreprise*, Trav. assoc. Capitant, t. 3, 1947, p. 45 et s.

(49) A. Supiot, *Critiques du droit du travail*, PUF, 2007, p. 177.

(50) *Ibid.*, p. 178.

(51) *Ibid.*, p. 171.

(52) H. Truchy, *Cours d'économie politique*, 4^e éd. 1936, t. 1, p. 154, in G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^e éd. 1951, n° 125, p. 276.

(53) G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^e éd. 1951, n° 126, p. 279.

mis sur « la collectivité humaine à l'œuvre dans l'entreprise »⁽⁵⁴⁾. Un tel système n'est fonctionnel qu'au sein d'une société organisée à caractère hiérarchique. Il est important que les volontés des salariés et de l'employeur convergent dans une même direction pour atteindre un même objectif. Si pour chacun, « il y a un contrat conclu en vue d'une exploitation dont on sait qu'elle implique un concours de forces différentes, l'ensemble du travail nécessité par l'exploitation constitue un apport à l'entreprise comparable à l'apport du capital »⁽⁵⁵⁾. L'association du Capital et du Travail est ici de l'essence même de l'entreprise et « semble imposer une participation des salariés aux bénéfices »⁽⁵⁶⁾.

« Si les hommes sont une ressource pour l'entreprise, l'entreprise doit aussi être une ressource pour les hommes »⁽⁵⁷⁾. En dehors de la rémunération versée en contrepartie du travail, les convergences relevées imposent la mise en place de dispositifs de participation financière estompant le fait que le travailleur ne fait pas partie de l'entreprise mais qu'il est à son service, qu'il « n'est pas véritablement associé à la gestion »⁽⁵⁸⁾. Même si « sa participation au profit demeure théorique ou symbolique »⁽⁵⁹⁾, il n'en demeure pas moins que « l'ordonnance du 17 août 1967 a affirmé le droit des salariés sur les accroissements de l'actif résultant de l'expansion de l'entreprise »⁽⁶⁰⁾.

40. – La participation financière institue une solidarité entre apporteurs de capitaux et salariés à condition qu'elle soit mise en place « au profit de la collectivité du personnel et non au profit de chaque salarié pris individuellement »⁽⁶¹⁾. Mais le capitalisme moderne ébranle l'unité et la pérennité du groupe que constituent l'employeur et « ses » salariés. L'entreprise se morcelle en établissements ou se « filiale ». L'évolution de l'emploi contribue de surcroît à un éclatement de la communauté de travail par suite du développement du télétravail, de la mise à disposition. Ainsi, « la concentration et la mobilité du capital, l'extériorisation de l'emploi, le développement des groupes de sociétés »⁽⁶²⁾ ne permettent plus de penser l'entreprise « comme une institution réunissant le Capital et le Travail »⁽⁶³⁾. Mais si la pertinence de la théorie institutionnelle pour fonder le caractère collectif des dispositifs de participation financière peut être contestée, une autre voie peut être explorée.

2° Un nouveau souffle avec l'égalité de traitement⁽⁶⁴⁾

41. – L'égalité de traitement des salariés n'emporte pas les mêmes droits, avantages, obligations ou contraintes pour tous. Elle n'exclut pas différences et distinc-

(54) N. Catala, *L'entreprise*, in *Droit du travail*, ss dir. G.-H. Camerlynck, Dalloz, 1980, t. 4, p. 145.

(55) G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^e éd. 1951, n° 120, p. 269.

(56) *Ibid.*, spéc. p. 315.

(57) A. Supiot, *Critiques du droit du travail*, PUF, 2007, p. 181-182.

(58) N. Catala, *L'entreprise*, in *Droit du travail*, ss dir. G.-H. Camerlynck, Dalloz, 1980, t. 4, p. 148.

(59) *Ibid.*

(60) *Ibid.*

(61) *Ibid.*

(62) A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 2007, p. 178.

(63) *Ibid.*

(64) Pour des développements plus amples sur l'égalité en droit social, cf. l'ouvrage collectif ss dir. J.-F. Césaro pour le Cercle de Droit social de l'Entreprise, *L'égalité en droit social*, LexisNexis, coll. « Actualité », 2011.

tions⁽⁶⁵⁾. Elle est une exigence de type positif, les mêmes critères devant être mis en œuvre à l'égard de tous alors que l'impératif de non-discrimination est de type négatif fonctionnant par exclusion de certains motifs de décision ou de choix. En matière d'égalité de traitement, des salariés placés dans des situations différentes peuvent faire l'objet de traitements différents. Le respect du caractère collectif implique que tous les salariés soient traités de la même manière, peu important la situation de chacun. Tous doivent être admis au bénéfice du dispositif de participation financière mis en place dans leur entreprise. Toutes les clauses ayant pour objet ou pour effet de restreindre le caractère collectif sont censurées par la Cour de cassation.

42. – À l'exception de l'ancienneté, rien ne justifie d'exclure un salarié du bénéfice de la participation financière en vigueur dans son entreprise. Il convient de distinguer les règles générales de détermination de l'ancienneté et la condition d'ancienneté à laquelle est subordonné le bénéfice d'un dispositif de participation financière. Pour la détermination de l'ancienneté des salariés bénéficiaires, doivent être pris en compte tous les contrats de travail exécutés au cours de la période de calcul et des douze mois qui précèdent⁽⁶⁶⁾. L'administration précise que pour l'intéressement et la participation, la notion d'ancienneté correspond à la durée totale d'appartenance juridique à l'entreprise, laquelle se traduit par l'existence d'un contrat de travail⁽⁶⁷⁾. Les contrats de travail conclus avec d'autres entreprises pendant la période considérée n'ont pas à être pris en compte pour apprécier le respect de la condition d'ancienneté de trois mois.

Par une interprétation nécessaire des termes du contrat de travail, la jurisprudence a néanmoins considéré qu'une clause de reprise de l'ancienneté acquise par un salarié lorsqu'il était travailleur intérimaire valait pour l'ensemble des avantages liés à l'exécution du contrat de travail, y compris le bénéfice de la prime d'intéressement versée en application d'un accord d'intéressement⁽⁶⁸⁾. Dans l'hypothèse où un contrat de travail comporte une clause de reprise d'ancienneté, la condition d'ancienneté requise pour bénéficier d'un accord d'intéressement peut être plus aisément remplie. Cette solution peut, à notre sens, être élargie à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise. La Cour de cassation assimile ancienneté du salarié acquise au sein d'une entreprise et condition d'ancienneté à laquelle est subordonné le bénéfice de l'intéressement et de la participation. Cette position est atypique, une clause du contrat de travail pouvant éluder l'application d'une clause prévue dans un accord collectif. À défaut d'une clause de reprise d'ancienneté insérée dans le contrat de travail, la condition d'ancienneté requise pour bénéficier d'un accord d'intéressement ou de participation mis en place dans une entreprise n'est pas remplie tant qu'il n'a pas acquis dans cette entreprise une ancienneté de trois mois.

(65) A. Jeammaud, *Du principe d'égalité de traitement des salariés* : Dr. soc. 2004, p. 694, spéc. p. 696.

(66) C. trav., art. L. 3342-1.

(67) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 1 II B : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(68) Cass. soc., 5 mai 2004, pourvoi n° 02-40.064, inédit.

43. – Un accord d'intéressement devant bénéficier à l'ensemble du personnel ne peut comporter une clause excluant de son bénéfice les salariés licenciés pour faute grave ou lourde⁽⁶⁹⁾. Est également illicite une clause excluant un salarié du bénéfice de l'intéressement en raison de son appartenance à une catégorie professionnelle⁽⁷⁰⁾. Au nom de l'égalité de traitement, la première de ces solutions se justifie. Le motif de licenciement ne peut pas être invoqué pour justifier un traitement différent, le droit de bénéficier de l'intéressement naissant de l'existence d'un contrat de travail et non de sa rupture. L'exclusion d'un salarié du bénéfice de la participation en raison du motif de son licenciement est bannie ; peu importe qu'elle ait fait l'objet d'une délibération du comité d'entreprise⁽⁷¹⁾. Cette solution vaut à l'identique en matière d'intéressement⁽⁷²⁾.

Dans la seconde décision, des VRP multicartes avaient été exclus du bénéfice de l'accord d'intéressement en vigueur dans l'entreprise. La cour d'appel l'avait admis eu égard à leur statut. Cette décision est cassée : exclure une personne en raison de son appartenance à une catégorie professionnelle est illicite. La position adoptée se justifie au regard de la jurisprudence communautaire⁽⁷³⁾, la Cour de justice considérant que la catégorie professionnelle n'est pas, à elle seule, suffisante pour justifier une différence de traitement en matière de rémunération. La jurisprudence française ne fait, au demeurant, que s'aligner, en matière d'intéressement, sur les conditions d'octroi des exonérations fiscales et sociales pour apprécier le respect du principe d'égalité. La non-exclusion étant l'une de ces conditions, les critères de répartition de l'intéressement aux résultats doivent être identiques pour toutes les catégories de personnels⁽⁷⁴⁾. La discrimination catégorielle est incompatible avec le caractère collectif reconnu à l'intéressement⁽⁷⁵⁾.

Le tout peut néanmoins conduire, en certaines circonstances, à des discriminations à rebours. Ainsi en est-il avec des VRP multicartes. Un tel VRP n'est pas un salarié à temps partiel du seul fait qu'il a plusieurs cartes. La méconnaissance des règles applicables au contrat de travail à temps partiel peut conduire les juges à décider qu'il est un salarié à temps plein⁽⁷⁶⁾. Il peut alors être en situation de bénéficier chez tous ses employeurs des dispositifs de participation financière en vigueur alors que les autres salariés de ces entreprises n'auront droit qu'à l'intéressement applicable dans leur entreprise.

(69) Cass. soc., 12 oct. 1995, pourvoi n° 93-18.391 : *Bull. civ.* 1995, V, n° 272 ; *RJS* 11/1995, n° 1154. – Cass. soc., 26 oct. 1995, pourvoi n° 93-13.962 : *RJS* 12/1995, n° 1264. – Cass. soc., 9 mai 1996, pourvoi n° 94-17.175 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 181 ; *RJS* 6/1996, n° 692. – Cass. soc., 3 juill. 1997, pourvoi n° 95-21.298 : *RJS* 8-9/1997, n° 1003. – Cass. soc., 8 nov. 2011, pourvoi n° 10-15.722, inédit.

(70) Cass. soc., 23 nov. 1999, pourvoi n° 97-42.979 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 454 ; *RJS* 1/2000, n° 77.

(71) Cass. soc., 9 mars 1989, pourvoi n° 86-43.980 : *RJS* 4/1989, n° 374.

(72) Pour Jean-Pierre Soisson, ancien ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle, *la portée de cette décision rendue en matière de participation semble devoir être étendue au régime légal de l'intéressement des salariés qui procède du même esprit et qui répond aux mêmes caractéristiques générales. Le fait que l'intéressement constitue un régime facultatif n'est pas de nature à écarter cette analogie dans la mesure où la participation pratiquée à titre volontaire entraîne les mêmes droits et obligations que le régime légal.*

(73) CJCE, 26 juin 2001, aff. C-381/99 : *Rec. CJCE* 2001, I, p. 4961.

(74) R. Vatinet, *Critères de répartition de l'intéressement*, note ss Cass. soc., 20 juin 2006 : *JCP S* 2006, 1842.

(75) CA Paris, 5 oct. 1994 : *RJS* 3/1995, n° 280.

(76) Cass. soc., 7 oct. 1998, pourvoi n° 97-60.429 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 415.

B. – La portée du caractère collectif

44. – À une époque où l'individualisation des rémunérations est au cœur des politiques de rémunération, elle est exclue dans le domaine de la participation financière⁽⁷⁷⁾. L'examen des contours du caractère collectif (1°) et des sanctions de sa violation s'impose (2°).

1° Des contours

45. – Les bénéficiaires des dispositifs de participation financière en application du caractère collectif doivent être identifiés (a). Les lieux dans lesquels il s'exerce doivent être définis (b).

a) Des bénéficiaires

46. – Le contrat de travail détermine l'application des dispositifs de participation financière (1). La nécessité de son déploiement de manière collective pèse sur le contenu des accords (2).

1) Un contrat de travail

47. – **L'existence du contrat de travail...** L'intéressement institué par les accords prévus aux articles L. 3311-1 et suivants du Code du travail doit être collectif⁽⁷⁸⁾. Le terme de rémunération collective figurait dans la rédaction primitive de l'ordonnance du 21 octobre 1986⁽⁷⁹⁾. Il n'était toutefois utilisé que pour caractériser les modes d'intéressement autres que l'intéressement lié aux résultats ou à l'accroissement de la productivité, forme individuelle d'intéressement des salariés⁽⁸⁰⁾. La loi du 7 novembre 1990 a précisé que « tous les salariés de l'entreprise ou des établissements entrant dans le champ d'application de l'accord doivent pouvoir bénéficier des produits de l'intéressement »⁽⁸¹⁾. Toute incertitude fut ainsi levée quant au droit de tous les salariés à la répartition de l'intéressement. Les concierges et employés d'immeubles à usage d'habitation y compris sont admis au bénéfice des dispositifs de participation et d'intéressement, indépendamment de leur statut spécial⁽⁸²⁾. L'existence de leur contrat de travail justifie qu'ils en bénéficient.

L'intéressement présente deux aspects : il rémunère un effort collectif des salariés et doit profiter à tous ceux qui ont contribué à cet effort⁽⁸³⁾. Le caractère collectif rappelle que la rémunération du travail n'est pas seulement régie par des mécanismes contractuels. La contribution apportée à l'entreprise importe également⁽⁸⁴⁾. Ainsi, « tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords

(77) F. Favennec-Héry, *Épargne salariale, principes de transparence et de non-discrimination* : RJS 1/2002, p. 2, spéc. p. 5.

(78) C. trav., art. L. 3314-2.

(79) Ord. n° 86-1134, 21 oct. 1986, relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés, art. 2 (JO 23 oct., p. 12771).

(80) J. Savatier, obs. ss Cass. soc., 9 mars 1995 : Dr. soc. 1995, p. 514.

(81) L. n° 90-1002, 7 nov. 1990, modifiant l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés, art. 3 (JO 11 nov., p. 13846).

(82) Cass. soc., 20 janv. 2010, pourvoi n° 08-45.018 : JSL 2010, 273-9.

(83) J. Savatier, obs. ss Cass. soc., 5 janv. 1995 : Dr. soc. 1995, p. 194.

(84) S. Brissy, *Responsabilité pécuniaire du salarié, compensation, intéressement*, note ss Cass. soc., 20 mai 2008 : JCP S 2008, 1467.

d'intéressement et de participation »⁽⁸⁵⁾ ou des plans d'épargne d'entreprise « doivent pouvoir bénéficier de leurs dispositions »⁽⁸⁶⁾. Tout travailleur lié à son employeur par un contrat de travail au sens du Code du travail doit pouvoir bénéficier de tous les dispositifs de participation financière et d'épargne salariale institués dans l'entreprise, sans distinguer selon les modalités d'exercice du contrat de travail et les catégories de salariés⁽⁸⁷⁾. Est en revanche exclu du bénéfice de ces dispositifs le gérant d'une société à responsabilité limitée (SARL) non lié à son entreprise par un contrat de travail⁽⁸⁸⁾. La loi tempère cependant l'exigence d'un contrat de travail comme condition d'accès à la participation financière dans les entreprises de moins de deux cent cinquante salariés pour l'intéressement⁽⁸⁹⁾ et la participation⁽⁹⁰⁾. Les chefs de ces entreprises, les présidents, directeurs généraux, gérants ou membres du directoire et le conjoint du chef d'entreprise peuvent en bénéficier⁽⁹¹⁾.

48. – En sens inverse, la Cour de cassation admet que l'existence d'un contrat de travail ne suffit pas toujours pour bénéficier des sommes issues d'un dispositif de participation financière. Tel est le cas lorsque le contrat de travail est suspendu en raison d'un arrêt maladie⁽⁹²⁾ depuis plusieurs années : le salarié ne peut bénéficier de la réserve spéciale de participation car il ne remplit pas la « condition de présence effective dans l'entreprise »⁽⁹³⁾ prévue par l'accord de participation⁽⁹⁴⁾. La même solution est appliquée aux salariés en congé de longue durée : simplement maintenus à l'effectif, ils ne peuvent prétendre au paiement d'une prime d'intéressement dès lors que l'accord d'intéressement définit « le personnel bénéficiaire de l'intéressement comme le seul personnel actif »⁽⁹⁵⁾.

49. – **La présence du salarié...** Prévoir une condition de présence lors de la mise en paiement de l'intéressement ferait perdre à l'accord son caractère collectif⁽⁹⁶⁾. Est proscrite toute exclusion⁽⁹⁷⁾ des salariés partis en cours d'année ou ayant cessé d'ap-

(85) C. trav., art. L. 3342-1.

(86) J. Savatier, obs. ss Cass. soc., 5 janv. 1995 : *Dr. soc.* 1995, p. 194.

(87) CA Paris, 5 nov. 1992 : *RJS* 1/1993, n° 60. – Cass. soc., 10 janv. 2001, pourvoi n° 99-10.731 : *RJS* 3/2001, n° 323 ; à propos de l'application d'un accord de participation des salariés aux résultats de l'entreprise à des journalistes pigistes. – CA Paris, 13 janv. 1998 : *RJS* 3/1998, n° 343, extension de la solution pour les accords d'intéressement.

(88) CA Versailles, 23 janv. 1996 : *RJS* 8-9/1996, n° 957. – CA Paris, 6 mars 1998 : *RJS* 7/1998, n° 928. À propos de la réintégration dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale des sommes qui pouvaient être versées à un gérant.

(89) C. trav., art. L. 3312-3.

(90) C. trav., art. L. 3323-6 et L. 3324-2.

(91) Le Code du travail précise que dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre un et deux cent cinquante salariés au sein desquelles un accord de participation qui prévoit une formule de calcul dérogatoire est mis en place, la part de la réserve spéciale de participation qui excède le montant qui aurait résulté de l'application de la formule de calcul légale de la réserve spéciale de participation peut être répartie entre les salariés et les dirigeants (C. trav., art. L. 3324-2).

(92) En revanche, les salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle sont toujours admis au bénéfice des dispositifs de participation financière applicables à leur entreprise, conformément aux dispositions légales relatives à l'intéressement (C. trav., art. L. 3314-5) et à la participation (C. trav., art. L. 3324-6). La Cour de cassation considère qu'il en est de même pour les périodes non travaillées dans le cadre d'un travail à temps partiel thérapeutique consécutif à un accident du travail. Le salarié a donc droit au versement de la prime d'intéressement sans application d'un prorata (Cass. soc., 16 juin 2011, pourvoi n° 08-44.616 : *RJS* 11/2011, n° 893).

(93) Cass. soc., 16 nov. 2004, pourvois n°s 02-41.941 et 02-42.093, inédits.

(94) En l'espèce, la répartition de la réserve s'effectuait proportionnellement aux salaires perçus au cours de l'exercice considéré.

(95) Cass. soc., 29 juin 2005, pourvoi n° 04-41.608, inédit.

(96) Cass. soc., 20 mai 2008, pourvoi n° 05-42.009, inédit.

(97) Les juges du fond doivent rechercher si les exclusions envisagées font obstacle à ce qu'une prime d'intéressement ait le caractère d'une rémunération collective (Cass. soc., 9 mars 1995, pourvoi n° 93-12.279 : *RJS* 4/1995, n° 405).

partenir à la société au jour du versement de l'intéressement, ceux absents pour maladie de plus de huit jours ou en congé de maternité et ceux frappés d'une sanction disciplinaire⁽⁹⁸⁾. Un salarié ne peut pas être privé de tout droit à l'intéressement en raison d'une absence de plus de vingt jours⁽⁹⁹⁾. Une clause qui institue une pénalisation des absences prive l'intéressement de la qualité de rémunération collective⁽¹⁰⁰⁾. Ainsi, l'accord qui subordonne le paiement d'une prime d'intéressement à une condition de présence continue et effective de six mois dans l'entreprise ôte le caractère de rémunération collective aux primes versées⁽¹⁰¹⁾. Cette condition doit être distinguée de la condition d'ancienneté qui n'est pas nécessairement continue et qui est la seule à pouvoir limiter l'accès au bénéfice de l'intéressement⁽¹⁰²⁾. La condition de présence condamnée par la jurisprudence est celle exigée à partir du moment où le salarié remplit la condition d'ancienneté. L'ancienneté se poursuit dans le temps alors que la condition de présence s'apprécie au cours de chaque exercice⁽¹⁰³⁾. Imposer la présence du salarié à la clôture de l'exercice est également proscrit au regard du caractère collectif⁽¹⁰⁴⁾. Il importe peu que le critère de performance collective se matérialise à un moment où le salarié n'est plus dans l'entreprise⁽¹⁰⁵⁾.

Une clause qui exclut les nouveaux salariés qui n'ont pas un an d'ancienneté et les salariés anciens qui n'auraient pas conservé leur emploi pendant l'intégralité d'un exercice est contraire au caractère collectif⁽¹⁰⁶⁾ ; mais le salarié qui ne remplit pas la condition d'ancienneté à l'expiration du délai de préavis n'est pas en droit de bénéficier d'une quote-part de participation⁽¹⁰⁷⁾. En revanche, le fait qu'un salarié soit privé du bénéfice de l'intéressement en raison de son absence pendant toute la durée de l'exercice ne prive pas l'intéressement de son caractère collectif dès lors que la répartition des primes est strictement proportionnelle à la durée de sa présence au sein de l'entreprise au cours de l'exercice⁽¹⁰⁸⁾. Les modalités de répartition de la réserve spéciale de participation doivent s'appliquer de manière identique aux salariés expatriés⁽¹⁰⁹⁾ et aux salariés établis en France⁽¹¹⁰⁾. Une répartition effectuée en fonction de la rémunération implique que la partie du salaire que touche le salarié expatrié dans le pays d'accueil soit prise en compte.

La jurisprudence apprécie de façon stricte les effets de l'absence des salariés sur une prime d'intéressement. Une clause qui pénalise l'absentéisme par un jeu de

(98) Cass. soc., 9 mars 1995, pourvoi n° 93-13.174 : *Dr. soc.* 1995, p. 514.

(99) Cass. soc., 18 juin 1998, pourvoi n° 96-18.605, inédit.

(100) Cass. soc., 1^{er} avr. 1999, pourvoi n° 97-17.515 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 150 ; *RJS* 6/1999, n° 837.

(101) Cass. soc., 13 mars 1997, pourvoi n° 95-14.591 : *RJS* 5/1997, n° 578.

(102) Cass. soc., 21 oct. 2003, pourvoi n° 01-21.353 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 257 ; *RJS* 1/2004, n° 85.

(103) Cass. soc., 26 oct. 1999, pourvoi n° 97-42.855 : *RJS* 12/1999, n° 1489. – Cass. soc., 7 déc. 2000, pourvoi n° 98-18.359 : *RJS* 2/2001, n° 218.

(104) Cass. soc., 1^{er} mars 2001, pourvoi n° 99-16.452 : *RJS* 5/2001, n° 624.

(105) S. Brissy, *Responsabilité pécuniaire du salarié, compensation, intéressement*, note ss Cass. soc., 20 mai 2008 : *JCP S* 2008, 1467.

(106) Cass. soc., 5 mai 1995, pourvoi n° 92-17.414 : *RJS* 6/1995, n° 677. – Cass. soc., 11 mai 1995, pourvoi n° 92-13.270 : *RJS* 6/1995, n° 677.

(107) Cass. soc., 17 janv. 1996, pourvoi n° 92-42.089 : *RJS* 3/1996, n° 316.

(108) Cass. soc., 25 févr. 2003, pourvoi n° 00-21.268 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 67 ; *RJS* 5/2003, n° 648.

(109) CA Paris, 4 déc. 1998 : *RJS* 5/1999, n° 755.

(110) Cass. soc., 6 déc. 2007, pourvoi n° 06-10.858 : *RJS* 2/2008, n° 208. – Cass. soc., 29 oct. 2002, pourvoi n° 00-14.787 : *Bull. civ.* 2002, V, n° 324 ; *RJS* 1/2003, n° 60. – Cass. soc., 22 mai 2001, pourvoi n° 99-12.902, n° 179 : *RJS* 8-9/2001, n° 1047.

bonus malus est contraire au caractère collectif et à la finalité de l'intéressement⁽¹¹¹⁾. Un employeur ne saurait procéder à un abatement au titre des jours d'absence consécutifs à un accident du travail sur une prime d'intéressement au motif qu'elle se calcule en fonction du temps de présence effectif du salarié dans l'entreprise. Cet abatement est illégal ; les absences visées sont considérées comme des périodes de présence pour le calcul de l'intéressement⁽¹¹²⁾. Est également irrégulière la clause qui distingue selon la durée de l'absence et décide qu'au-delà de quarante jours d'absence celle-ci n'a plus d'incidence, et favorise du même coup les salariés dont l'absence excède cette durée⁽¹¹³⁾.

2) Des critères

50. – Le juge⁽¹¹⁴⁾ censure la pratique consistant à faire de la participation financière un outil « d'individualisation de la rémunération »⁽¹¹⁵⁾. Si la Cour de cassation, naguère, a admis la validité d'un accord d'intéressement prévoyant une répartition de la prime proportionnelle au nombre de primes hebdomadaires d'assiduité perçues par les salariés⁽¹¹⁶⁾, cette jurisprudence assez libérale⁽¹¹⁷⁾ a été abandonnée : une répartition fondée sur des critères de performances individuelles ne peut ouvrir droit à exonération⁽¹¹⁸⁾. Au regard de l'exigence légale de « rémunération collective », une distinction entre le critère d'assiduité et la performance individuelle était difficile à maintenir⁽¹¹⁹⁾. Une acception large du principe de non-exclusion doit être retenue. Un accord d'intéressement ne peut donc pas prévoir une répartition fondée sur des critères de performance individuelle⁽¹²⁰⁾. Le fait qu'un faible pourcentage de la prime d'intéressement soit fonction de critères individuels suffit à faire perdre à la totalité des sommes versées le bénéfice des exonérations fiscales et sociales applicables en matière d'intéressement⁽¹²¹⁾.

Des critères individuels ne peuvent pas être retenus pour calculer le montant des versements de l'employeur affectés à un système d'épargne d'entreprise auquel les salariés auraient adhéré⁽¹²²⁾. Les critères de l'abondement doivent être déterminés de manière objective et abstraite afin que chaque salarié puisse en bénéficier⁽¹²³⁾.

(111) CA Paris, 25 sept. 1996 : RJS 12/1996, n° 1298. – Cass. soc., 3 juin 1999, pourvoi n° 97-21.399 : RJS 8-9/1999, n° 1109.

(112) Cass. soc., 18 févr. 2003, pourvoi n° 00-46.039, inédit.

(113) Cass. 2° civ., 16 déc. 2003, pourvoi n° 02-30.862. – Rapp. Cass. soc., 19 juill. 2000, pourvoi n° 99-11.848 : RJS 1/2001, n° 71.

(114) Cass. soc., 26 oct. 2000, pourvoi n° 99-11.401 : Bull. civ. 2000, V, n° 347 ; RJS 1/2001, n° 73 ; Dr. soc. 2001, p. 88, concernant un plan d'épargne d'entreprise qui considère que « le caractère collectif du système d'épargne d'entreprise s'oppose à ce que le montant des versements de l'employeur soit fondé sur des critères de performance individuelle des salariés ».

(115) T. Aubert-Monpeyssen, *Principe « à travail égal, salaire égal et politiques de gestion des rémunérations »* : Dr. soc. 2005, p. 18, spéc. p. 26.

(116) Cass. soc., 5 janv. 1995, pourvoi n° 92-14.912 : Bull. civ. 1995, V, n° 9 ; RJS 2/1995, n° 144.

(117) A. Derue, *L'intéressement : un mode de rémunération collective* : TPS 1998, chron. 2, p. 6.

(118) Une cour d'appel avait déjà considéré que la répartition de l'intéressement fondée sur le mérite individuel et l'assiduité était contraire au caractère collectif de l'intéressement (CA Paris, 18 févr. 1992 : RJS 6/1992, n° 771, 2° esp.).

(119) P. Lyon-Caen, *Les accords d'intéressement et la Sécurité sociale, conclusions de l'avocat général*, Cass. soc. 9 mai 1996 : Dr. soc. 1996, p. 953, spéc. p. 957.

(120) Cass. soc., 13 avr. 1995, pourvoi n° 93-15.295 : Bull. civ. 1995, V, n° 138 ; RJS 6/1995, n° 678. – Cass. soc., 9 mai 1996, pourvoi n° 93-21.888 : Bull. civ. 1996, V, n° 183 ; RJS 6/1996, n° 693.

(121) Cass. soc., 23 mai 1996, pourvoi n° 94-15.177 : Bull. civ. 1996, V, n° 200 ; RJS 7/1996, n° 820.

(122) Cass. soc., 26 oct. 2000, pourvoi n° 99-11.401 : Bull. civ. 2000, V, n° 347 ; Dr. soc. 2001, p. 88.

(123) Cf. F. Favennec-Héry, *Épargne salariale, principes de transparence et de non-discrimination* : RJS 1/2002, p. 2.

Cette considération est indépendante de la nature collective de la source⁽¹²⁴⁾. Le caractère collectif s'oppose à ce que le montant des versements de l'employeur soit fixé par celui-ci en dehors de tout critère qui résulterait de l'accord ayant établi un plan d'épargne d'entreprise⁽¹²⁵⁾. La Cour de cassation n'admet pas que le règlement du plan soit conçu comme un acte-cadre dont les modalités d'exécution, notamment les critères de l'abondement, seront fixées par des actes généraux ultérieurs⁽¹²⁶⁾. Si les règles générales qui régissent l'abondement sont ultérieurement adaptées par modification du règlement⁽¹²⁷⁾, s'exerce toujours la règle selon laquelle aucune individualisation ne doit en résulter.

51. – Une prime d'intéressement dont le calcul est soumis à l'application conjuguée de critères liés au salaire ou à la sécurité et à l'absentéisme est de nature à priver certains salariés de tout intéressement pour un exercice donné. De telles stipulations ne sont pas « conformes au caractère collectif de l'intéressement »⁽¹²⁸⁾. Ainsi, l'intéressement d'une entreprise calculé sur « l'évolution comparée du taux de fréquence des accidents du travail au sein du groupe et de chaque établissement » prive les primes du caractère de rémunération collective, ce qui justifie que les sommes versées soient réintégrées dans l'assiette des cotisations sociales⁽¹²⁹⁾. Sans méconnaître le caractère collectif de l'intéressement, des accords peuvent cependant prendre en considération des critères tenant à l'amélioration de la sécurité dans l'entreprise⁽¹³⁰⁾. L'impératif de sécurité justifie une légère mise à l'écart de la norme édictée. Encore faut-il que l'accord : 1° aboutisse à la diminution ou à la suppression de la prime d'intéressement que pour l'ensemble des salariés d'un établissement ; 2° ne conduise pas à sanctionner l'absence due à un accident du travail ; 3° ne fasse pas obstacle au jeu de la responsabilité du chef d'entreprise ou d'établissement⁽¹³¹⁾.

b) Des lieux

52. – Le principe de non-exclusion « rend l'entreprise plus humaine et veille à l'épanouissement des hommes tout en développant une efficacité économique qui profite à tous »⁽¹³²⁾. Il impose une répartition de l'intéressement selon des règles objectives excluant tout risque d'individualisation. La répartition des produits de l'intéressement ne saurait être opérée selon des critères prenant en compte les performances individuelles et les qualités personnelles des salariés⁽¹³³⁾. Les modalités de calcul de l'intéressement ne doivent pas aboutir à exclure certains salariés de son

(124) R. Vatinet, *Détermination des critères de l'abondement patronal à un PEE*, note ss Cass. soc., 10 janv. 2006 : JCP S 2006, 1266.

(125) Cass. soc., 10 janv. 2006, pourvoi n° 04-30.048 : RJS 3/2006, n° 368.

(126) R. Vatinet, *Détermination des critères de l'abondement patronal à un PEE*, préc.

(127) *Ibid.*

(128) Cass. soc., 11 juill. 1996, pourvoi n° 94-18.074 : RJS 8-9/1996, n° 958. – Cass. soc., 14 juin 2005, pourvoi n° 03-16.083 : RJS 8-9/2005, n° 882. – Cass. soc., 12 oct. 2004, pourvoi n° 02-30.771, inédit.

(129) Cass. soc., 21 mars 2002, pourvoi n° 00-18.289, inédit.

(130) Cass. soc., 24 sept. 2002, pourvoi n° 00-18.290 : *Bull. civ.* 2002, V, n° 277 ; RJS 12/2002, n° 1422.

(131) Obs. ss Cass. soc., 24 sept. 2002 : RJS 12/2002, n° 1422. – Rapp. Cass. soc., 28 janv. 1998, pourvoi n° 95-42.250 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 42 ; RJS 3/1998, n° 312. – Cass. soc., 5 févr. 1998, pourvoi n° 96-12.159 : RJS 3/1998, n° 342.

(132) Fondact, *Livre d'or*, 2007, p. 35.

(133) Cass. soc., 8 oct. 1998, pourvoi n° 97-10.677 : RJS 11/1998, n° 1388.

bénéfice. Pour M. Spyropoulos, « les législations nationales des pays économiquement avancés »⁽¹³⁴⁾ minimisent « l'importance du rôle protecteur du droit du travail »⁽¹³⁵⁾. Des liens étroits sont établis entre l'individualisation de la relation de travail et l'affaiblissement du rôle protecteur du droit du travail⁽¹³⁶⁾, l'individualisation de la relation de travail en étant une manifestation. Les dispositifs de participation financière rompent avec cette tendance et se présentent comme un ensemble de dispositifs protecteurs en raison de leur caractère collectif.

Le salarié unique d'une entreprise doit donc pouvoir bénéficier d'éventuels dispositifs de participation financière. La circulaire du 14 septembre 2005 considère qu'à défaut de condition d'effectif requise pour la mise en place d'un accord d'intéressement, rien ne l'exclut dès lors « que la formule de calcul n'est pas fonction de la performance individuelle du salarié mais de celle de l'entreprise »⁽¹³⁷⁾. Encore ne faut-il pas oublier qu'un « accord d'intéressement ne peut être conclu dans une entreprise dont l'effectif est limité à un salarié si celui-ci a également la qualité de président, directeur général, gérant ou membre du directoire »⁽¹³⁸⁾. Rien n'exclut que l'entreprise à salarié unique organise un intéressement de ce dernier aux performances réalisées. La liste des critères permettant de calculer le montant de l'intéressement sera sensiblement réduite, mais une mise en place n'est pas proscrite.

53. – L'appréciation du caractère collectif au sein de l'unité de travail est plus délicate. Selon une circulaire interministérielle⁽¹³⁹⁾, « l'unité de travail ne peut se confondre avec un salarié unique, sous peine de constituer un intéressement personnalisé ». Le Code du travail⁽¹⁴⁰⁾ fait référence à l'unité de travail à plusieurs reprises sans la définir explicitement. De fait, elle renvoie à différentes structures qui sont fonction de l'activité exercée par l'entreprise pendant la durée de l'accord⁽¹⁴¹⁾. Il peut s'agir notamment d'un bureau, d'un service, d'un atelier, d'une unité de production ou encore d'un magasin. Ces structures doivent présenter un caractère de stabilité suffisant au regard de la durée de l'accord. Les salariés appartiennent à la même unité de travail s'ils travaillent habituellement ensemble, exécutent des tâches similaires, ont des conditions de travail analogues et sont placés sous la responsabilité d'un même encadrement. Ces conditions sont requises cumulativement. L'unité de travail n'est pas réductible à une catégorie de salariés. Ainsi, la situation des VRP, leur mode de rémunération et leurs conditions de travail ne permettent pas de caractériser l'existence d'une telle unité⁽¹⁴²⁾.

Le caractère collectif de l'intéressement n'empêche pas d'instituer des formules de calcul qui établissent un rapport entre l'activité exercée dans une unité de travail et l'intéressement versé à ses membres⁽¹⁴³⁾. Le caractère collectif ne s'oppose pas

(134) G. Spyropoulos, *Le droit du travail à la recherche de nouveaux objectifs* : Dr. soc. 2002, p. 391, spéc. p. 392.

(135) *Ibid.*

(136) P. Adam, *L'individualisation du droit du travail : essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. social », 2005, t. 39.

(137) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 1 III : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(138) C. trav., art. L. 3312-3.

(139) Circ. intermin. 9 mai 1995 relative à la participation financière des salariés, abrogée : BOMT 95/10.

(140) C. trav., art. L. 3314-1.

(141) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 4 III : JO 1^{er} nov. 2005, p. 17179.

(142) Cass. soc., 20 juin 2006, pourvoi n° 04-45.932 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 219.

(143) Obs. ss Cass. soc., 17 déc. 2002, pourvoi n° 00-19.293 : *RJS* 3/2003, n° 371.

à ce que des règles différentes s'appliquent selon la collectivité de travail visée⁽¹⁴⁴⁾, donc d'une unité de travail à l'autre⁽¹⁴⁵⁾. Mais apprécier le respect du caractère collectif à l'échelle de l'unité de travail ne doit pas conduire à des dispositifs qui seraient manifestement discriminatoires. Le risque existe que cette notion emporte remise en cause du collectif, notamment lorsque l'unité de travail se compose d'un salarié.

54. – L'intéressement de projet⁽¹⁴⁶⁾ offre de nouveaux contours au caractère collectif des accords d'intéressement. Il ouvre la faculté aux entreprises ou groupes qui disposent déjà d'un accord d'intéressement d'en conclure avec d'autres entreprises, même si elles ne font pas partie du même groupe, à condition qu'elles concourent à « une activité caractérisée et coordonnée ». Tout ou partie des salariés des entreprises concernées pourront bénéficier du dispositif mis en place. En règle générale, l'intéressement récompense les efforts accomplis par l'ensemble des salariés afin d'améliorer l'efficacité économique de l'entreprise et de profiter à la collectivité. Les salariés concernés par l'intéressement de projet sont ceux qui participent à la réalisation du projet. L'efficacité économique en cause est celle de l'ensemble des entreprises qui y participent et la collectivité en question a une durée de vie calquée sur le temps nécessaire à sa réalisation. Logiquement, seuls les salariés participant activement au projet devraient donc bénéficier de l'intéressement de projet. Mais la loi n'apporte pas de précisions sur cette question.

Dans l'hypothèse où l'accord d'intéressement de projet vise tous les salariés des entreprises participant à la réalisation du projet, le respect du caractère collectif est incontestable, quel que soit le niveau auquel il est apprécié. En revanche, il convient d'être plus nuancé lorsque seule une partie des salariés de l'entreprise est concernée. Nous n'envisagerons pas l'hypothèse où des salariés qui ne participent pas au projet sont admis au bénéfice du dispositif, cette hypothèse n'étant pas réaliste au regard des motivations des employeurs lors de la mise en place de cette modalité d'intéressement. L'hypothèse selon laquelle tous les salariés qui participent au projet bénéficient de l'intéressement spécialement institué présente plus d'intérêt. Le projet devient le ciment d'un dispositif de participation financière à caractère collectif. Exclure du bénéfice de l'intéressement des salariés participant au projet priverait d'exonérations fiscales et sociales les sommes distribuées. L'absence de caractère collectif donnerait aux primes versées le caractère de rémunération. Elles seraient soumises en tant que telles au régime de droit commun.

2° Des sanctions

55. – Pour que l'avantage qui est accordé aux salariés soit soustrait aux cotisations de sécurité sociale, le dispositif d'intéressement mis en place doit avoir un caractère collectif⁽¹⁴⁷⁾. Le bénéfice d'exonérations fiscales et sociales suppose que l'accord conclu institue « soit un intéressement des salariés liés aux résultats ou à l'accroissement de la productivité, soit tout autre mode de rémunération collective

(144) V. Wauquier, note ss Cass. soc., 21 oct. 2003 : *Dr. ouvrier* 2004, p. 405, spéc. p. 406.

(145) Cass. soc., 10 oct. 1996, pourvoi n° 94-14.710 : *RJS* 11/1996, n° 1195.

(146) C. trav., art. L. 3312-6.

(147) A. Martinon, *L'exigence du caractère collectif de l'intéressement : censure de l'application conjointe des critères* : *JCP S* 2005, 1239.

contribuant à réaliser l'intéressement des salariés à l'entreprise »⁽¹⁴⁸⁾. Un avenant qui réduirait l'intéressement en fonction de certaines absences est analysé par la jurisprudence comme « une pénalisation de ces absences et non une répartition de l'intéressement en fonction de la durée de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice considéré »⁽¹⁴⁹⁾. Un accord qui subordonne à des conditions objectives de présence le versement de l'intéressement et qui prévoit des minorations de primes variant selon la nature des absences retire aux primes leur caractère de rémunération collective⁽¹⁵⁰⁾. La Cour de cassation est particulièrement stricte sur ce point : portant au rang de principe⁽¹⁵¹⁾ l'exigence du caractère collectif de l'intéressement, elle décide que « toute stipulation non conforme à cette exigence entraîne la perte totale du droit à exonération »⁽¹⁵²⁾.

Le caractère collectif s'oppose à la prise en compte de critères de « performances individuelles de chaque salarié pour le calcul ou la répartition des droits »⁽¹⁵³⁾. En matière d'intéressement, l'adaptation conventionnelle des modalités de calcul et la répartition selon les catégories de salariés ou les unités de travail ne doivent entraîner, dans le champ d'application de l'accord, aucune exclusion de l'une de ces catégories ou unités de son bénéfice. L'intéressement peut dépendre d'objectifs que l'entreprise se propose d'atteindre mais ne peut être fonction d'objectifs strictement personnels assignés à chaque salarié. Le recours à de tels critères est « contraire au caractère collectif de l'intéressement »⁽¹⁵⁴⁾ qui « consacre la reconnaissance d'une réussite non pas individuelle mais collective »⁽¹⁵⁵⁾. Si un certain pourcentage de la prime d'intéressement est attribué en vertu de critères individuels, la totalité des sommes versées aux salariés sera soumise à cotisations sociales. La méconnaissance du principe de non-exclusion entraîne la requalification de l'ensemble des sommes versées au titre de l'intéressement, sans que celle-ci puisse être limitée aux primes d'intéressement versées aux salariés exclus irrégulièrement du bénéfice de l'accord⁽¹⁵⁶⁾.

56. – Plus indulgente que la Cour de cassation, l'administration⁽¹⁵⁷⁾ admet cependant qu'il n'y a pas lieu de requalifier les sommes versées en salaires en dépit d'un manquement au caractère collectif de l'intéressement dès lors que : 1) le nombre de salariés exclus du dispositif est très réduit ; 2) l'irrégularité est relevée à l'occasion

(148) *Ibid.*

(149) Cass. soc., 7 mai 2003, pourvoi n° 01-21.033 : RJS 7/2003, n° 923.

(150) Cass. soc., 30 oct. 1997, pourvoi n° 96-12.311, inédit.

(151) A. Derue, *L'intéressement : un mode de rémunération collective* : TPS 1998, chron. 2.

(152) Cass. soc., 23 mai 1996, pourvoi n° 94-15.177 : Bull. civ. 1996, V, n° 200 ; Dr. soc. 1996, p. 746. – Cass. soc., 14 juin 2005, pourvoi n° 03-16.083 : RJS 8-9/2005, n° 882.

(153) *L'épargne salariale* : RPDS 2002, n° spécial, p. 226.

(154) T. Aubert-Monpeyssen, *Principe « à travail égal, salaire égal » et politiques de gestion des rémunérations* : Dr. soc. 2005, p. 18, spéc. p. 26.

(155) CA Paris, 19 févr. 1992 : D. 1992, inf. rap. 150.

(156) Cass. soc., 18 mai 2000, pourvoi n° 98-22.219 : RJS 7-8/2000, n° 836. En l'espèce, l'accord litigieux excluait du bénéfice de l'intéressement les salariés qui n'appartenaient plus à l'entreprise lors du versement de la prime. La cour avait alors considéré qu'en plus des sommes théoriques qui auraient dû être versées aux travailleurs exclus du bénéfice de l'accord, les sommes versées aux salariés de l'entreprise devaient également être réintégréées dans l'assiette des cotisations. Il en est de même en cas de mise en œuvre d'un accord d'intéressement qui remet en cause son caractère collectif. L'intégralité des sommes versées pour l'exercice au cours duquel l'accord a été mal appliqué est réintégréée dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale (Cass. soc., 9 déc. 2003, pourvoi n° 02-30.562 : RJS 2/2004, n° 243).

(157) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 7 C : JO 1^{er} nov., p. 17179.

d'un premier contrôle ; 3) la bonne foi de l'employeur est avérée⁽¹⁵⁸⁾. Si la répartition est effectuée à partir d'une masse globale d'intéressement, le redressement peut être limité à la fraction des montants individuels indûment perçue. Dans le cas où le calcul de la part attribuée à chaque salarié s'effectue directement (l'intéressement global résultant de la somme des parts individuelles), il n'est point de sommes indûment perçues susceptibles d'être assujetties à cotisations mais seulement des quotes-parts individuelles non calculées. Dans les deux cas, l'employeur doit verser les montants d'intéressement dus aux salariés qui en ont été exclus.

§ 2. – La situation des salariés mis à disposition

57. – La vocation sociale de l'intéressement et son caractère collectif conduisent à distinguer nettement la mécanique des dispositifs de participation financière de la « relation individuelle de travail fondée sur le contrat de travail et le lien de subordination juridique »⁽¹⁵⁹⁾. Dans ce contexte, est-il pertinent de subordonner à l'existence du lien de droit né d'un contrat de travail le bénéfice de l'intéressement ou de tout autre dispositif de participation financière ? Le bénéfice de l'intéressement pourrait-il être lié à la richesse que le salarié mis à disposition contribue à créer au sein de l'entreprise d'accueil (A), singulièrement au regard des règles applicables à la représentation du personnel (B) ?

A. – L'impact de la création de richesses

58. – Tout salarié mis à disposition relève du régime de participation financière en vigueur dans son entreprise d'origine. L'idée de base est que si un travailleur a reçu une rémunération de l'entreprise, c'est qu'il a contribué par son activité aux résultats économiques obtenus au cours de l'exercice où cette rémunération lui a été allouée⁽¹⁶⁰⁾. La participation est un droit ouvert à tous les salariés de l'entreprise au sens du droit du travail. La détermination des bénéficiaires du dispositif est fondée sur le critère de l'appartenance juridique à l'entreprise, laquelle se traduit par l'existence d'un contrat de travail. Ce critère est fondamental au regard de la multiplicité des situations que recouvrent les notions de mise à disposition ou de détachement et de « l'imprécision qui entoure les terminologies employées dans les entreprises »⁽¹⁶¹⁾. Il simplifie la détermination des bénéficiaires et l'appréciation du caractère collectif. La Cour de cassation en tire la conclusion que si l'entreprise d'origine continue à assurer toutes ses obligations légales d'employeur, notamment le paiement des salaires, les salariés mis à disposition ne peuvent prétendre à la réserve spéciale de participation éventuellement constituée au sein de l'entreprise utilisatrice⁽¹⁶²⁾. En revanche, dès lors qu'un enseignant recruté par l'État pour être mis à la

(158) V. *infra*, n° 175 et s.

(159) *Intéressement et participation : Semaine sociale Lamy* 1990, n° 486, p. 38.

(160) J. Savatier, *La détermination des bénéficiaires de la participation des salariés aux résultats de l'entreprise : Dr. soc.* 1989, p. 381, spéc. p. 382.

(161) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 1 I : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(162) Cass. soc., 23 juin 1988, pourvoi n° 87-10.667 : *Bull. civ.* 1988, V, n° 388.

disposition d'un organisme de droit privé et accomplit son travail pour le compte de celui-ci dans un rapport de subordination, de sorte qu'il lui est lié par un contrat de travail⁽¹⁶³⁾, il a vocation à bénéficier de la réserve spéciale de participation constituée dans le périmètre de l'entreprise d'accueil⁽¹⁶⁴⁾.

59. – La mise à disposition se caractérise par une « scission juridique entre l'employeur et le gestionnaire du capital à la mise en valeur duquel le salarié est appelé à contribuer »⁽¹⁶⁵⁾. L'accès du salarié mis à disposition au dispositif de participation financière en vigueur dans l'entreprise d'accueil trouve un relais législatif dans les mesures propres aux groupements d'employeurs. Le dernier alinéa⁽¹⁶⁶⁾ de l'article L. 444-4 de l'ancien Code du travail⁽¹⁶⁷⁾, né d'une loi du 23 février 2005⁽¹⁶⁸⁾, prévoyait que si un groupement d'employeurs ne possède pas de dispositif de participation financière, un salarié mis à disposition par un tel groupement pouvait bénéficier du dispositif mis en place au sein de l'entreprise d'accueil. La loi du 3 décembre 2008⁽¹⁶⁹⁾ a complété les articles L. 3312-2, L. 3322-2 et L. 3332-2 du Code du travail par un alinéa qui permet à chacun des salariés d'un groupement d'employeurs de bénéficier des dispositifs d'intéressement, de participation et d'épargne salariale mis en place au sein des entreprises adhérentes auprès desquelles ils sont mis à disposition⁽¹⁷⁰⁾.

Les salariés mis à disposition au sein d'un groupement d'employeurs sont admis au bénéfice du dispositif de participation financière en raison de leur activité, créatrice de richesses, déployée au sein de l'entreprise d'accueil, et non en raison de l'existence d'un contrat de travail. Le pas ainsi franchi s'explique par les liens particulièrement étroits qui existent entre le groupement d'employeurs et les entreprises membres du groupement, indissociables de ce qui constitue l'objet même d'un tel groupement : la mise à disposition de salariés. Le travail temporaire est demeuré à l'écart de ce mouvement : le salarié temporaire bénéficie de l'intéressement en vigueur dans l'entreprise qui l'a embauché – donc dans l'entreprise de travail temporaire – et non dans l'entreprise utilisatrice. Le critère du contrat de travail joue ici pleinement⁽¹⁷¹⁾. L'opération est à but lucratif car le prestataire en tire un avantage direct. Pour l'entreprise d'accueil, elle est également source d'avantages. Il en est de même pour une mise à disposition intervenue dans le cadre d'une prestation de services.

60. – En matière de participation aux résultats, la circulaire du 14 septembre 2005⁽¹⁷²⁾ considère que le « lien étroit » qui existe entre la rémunération et le droit à participation doit conduire à privilégier le principe selon lequel le salarié bénéficie

(163) Cass. soc., 12 févr. 1997, pourvoi n° 94-42.829 : RJS 3/1997, n° 244.

(164) Cass. soc., 1^{er} juill. 1998, pourvoi n° 96-17.076 : Bull. civ. 1998, V, n° 356 ; RJS 8-9/1998, n° 1033.

(165) A. Lyon-Caen et J. de Maillard, *La mise à disposition de personnel* : Dr. soc. 1981, p. 320.

(166) Abrogé par L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006.

(167) C. trav., art. L. 3342-1.

(168) L. n° 2005-157, 23 févr. 2005, relative au développement des territoires ruraux, art. 60 (JO 24 févr., p. 3073).

(169) L. n° 2008-1258, 3 déc. 2008, en faveur des revenus du travail, art. 7 (JO 4 déc., p. 18488).

(170) P. Fadeuilhe, *Groupements d'employeurs et dispositifs d'épargne salariale, les apports de l'article 7 de la loi du 3 décembre 2008* : JCP S 2009, n° 1062, p. 20.

(171) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 11 : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(172) *Ibid.*

de la participation dans l'entreprise qui le rémunère. Il emporte prise en compte de tous les salaires versés pour procéder au calcul du rapport entre la masse salariale et la valeur ajoutée de l'entreprise et prise en compte de ces mêmes salaires pour la répartition de la réserve. L'administration admet cependant que des « circonstances de fait »⁽¹⁷³⁾ peuvent justifier d'intégrer au dispositif de participation des salariés mis à la disposition de l'entreprise mais que celle-ci ne rémunère pas. Encore faut-il veiller à ce que les droits des salariés de l'entreprise d'accueil ne soient pas diminués du fait d'une répartition de la réserve incluant les salariés mis à disposition, ce qui suppose de tenir compte des salaires versés par leur entreprise aux salariés mis à disposition lors du calcul du rapport existant entre la masse salariale et la valeur ajoutée. En tout état de cause, le salarié mis à disposition ne saurait bénéficier de la participation à la fois dans son entreprise d'origine et dans l'entreprise d'accueil.

Le schéma préconisé par l'administration n'est point à l'abri de toute critique. S'il est concevable d'intégrer la valeur ajoutée née de la présence des salariés mis à disposition à la formule de calcul de la réserve spéciale de participation, il est plus difficile de prendre en compte les salaires qui leur sont versés par l'entreprise d'origine dans la masse salariale de l'entreprise d'accueil. Outre qu'une telle prise en compte suppose la communication des bulletins de salaires des intéressés à l'entreprise d'accueil, ses effets sur le montant de la prestation facturée par l'entreprise d'origine rend cette solution inapplicable⁽¹⁷⁴⁾. Contourner cette difficulté suppose de prendre en compte, dans la formule de calcul, le montant de la prestation plutôt que celui des salaires versés par leur employeur aux salariés mis à disposition. Mais ce n'est plus alors la formule légale de participation qui est appliquée mais une formule dérogatoire, ce qui impose de s'assurer que la réserve spéciale de participation ainsi dégagée est d'un montant supérieur à ce qu'elle aurait été si la formule légale avait été appliquée.

61. – L'intégration des salariés au dispositif de participation financière en vigueur dans l'entreprise d'accueil n'est point, au demeurant, dépourvue de toute justification. Ils créent des richesses au profit d'une autre entreprise que celle qui les emploie⁽¹⁷⁵⁾. S'ils profitent de l'accroissement des bénéfices de l'entreprise où ils réalisent effectivement leur prestation de travail, il n'est pas exclu qu'ils y travaillent avec une ardeur renouvelée. L'intégration des salariés mis à disposition à la communauté de travail de l'entreprise d'accueil légitime leur accès à la répartition de la réserve spéciale de participation ou de l'intéressement pratiquée au sein de cette dernière. Au regard des idées directrices qui irriguent l'association du capital et du travail, cette modalité d'identification des bénéficiaires de la participation financière est justifiée... mais difficile à mettre en œuvre.

(173) *Ibid.*

(174) Cet écueil ne se rencontre pas dans les hypothèses de mise à disposition à titre gratuit.

(175) G. Saincaize, *Les mises à disposition de salariés*, PUAM, 2009, n° 449.

B. – L'impact des règles de représentation

62. – La mise à disposition de salariés se développe, les entreprises ayant tendance à « externaliser » certains de leurs services. Admettre que le bénéfice de la participation financière dépend du lien de subordination juridique n'est plus en adéquation avec la réalité contemporaine de l'entreprise. « Il ne va pas de soi que l'on puisse participer à la vie d'une collectivité distincte de celle dont on relève juridiquement »⁽¹⁷⁶⁾ : en matière d'élections professionnelles, l'intégration à une communauté de travail prime sur le lien de subordination juridique pour l'attribution de la qualité d'électeur et la reconnaissance de l'éligibilité⁽¹⁷⁷⁾. Le salarié mis à disposition peut également bénéficier de mandats désignatifs⁽¹⁷⁸⁾. Dès lors qu'il fait partie intégrante de la communauté de travail de l'entreprise d'accueil, il peut être associé à son organisation, sa gestion et sa marche générale⁽¹⁷⁹⁾.

L'intéressement des salariés à l'entreprise peut être assuré dans toute entreprise qui satisfait à ses obligations en matière de représentation du personnel⁽¹⁸⁰⁾. Les entreprises qui emploient au moins cinquante salariés ont l'obligation de mettre en place⁽¹⁸¹⁾ la participation aux résultats. Dans l'hypothèse d'un accord adopté par ratification du personnel, la qualité d'électeur au sein de l'entreprise d'accueil doit permettre au salarié mis à disposition de participer à la ratification de l'accord qui deviendra applicable à la communauté de travail dont il fait partie. Qu'il en bénéficie est une finalité. Un lien étroit existe entre les dispositifs de la participation financière et la représentation du personnel. L'argument tiré de la création de richesse dans l'entreprise d'accueil pour que le salarié mis à disposition soit admis au bénéfice du dispositif de participation financière mis en place est renforcé. Pouvant être nommé délégué syndical⁽¹⁸²⁾ dans l'entreprise où il exécute sa prestation de travail, le salarié mis à disposition peut être amené à négocier un accord d'intéressement ou de participation⁽¹⁸³⁾. De son admission au bénéfice du dispositif de participation financière dont la mise en place est envisagée dépend le sérieux de son implication dans les négociations auquel il peut prendre part.

(176) *Ibid.*, n° 517.

(177) Cass. soc., 5 juin 1980 : JCP G 1980, I, 9082, p. 272, n° 2. – Cass. soc., 27 nov. 1980 : D. 1981, inf. rap. 261. – Cass. soc., 28 févr. 2007, pourvoi n° 06-60.171 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 34 ; *RJS* 5/2007, n° 636 ; *Liasons soc.* 71/2007, jurispr. hebdo, p. 1.

(178) Cass. soc., 30 mai 2001, pourvoi n° 99-60.466 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 194 ; *RJS* 10/2001, n° 1157.

(179) C. trav., art. L. 2323-6 et s.

(180) C. trav., art. L. 3312-2.

(181) C. trav., art. L. 3322-2.

(182) Jusqu'à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, les salariés mis à disposition pouvaient également être élus au comité d'entreprise (Cass. soc., 23 mai 2006, pourvoi n° 05-60.119 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 182 ; *RJS* 8-9/2006, n° 975). En cette qualité, ils pouvaient être amenés à négocier des accords de participation ou d'intéressement.

(183) La Cour de cassation admet également qu'un salarié mis à disposition peut être nommé représentant de la section syndicale au sein de l'entreprise d'accueil (Cass. soc., 29 févr. 2012, pourvoi n° 11-10.904 : *RJS* 5/2012, n° 473). En cette qualité, il peut être considéré qu'il soit admis à négocier un accord de participation ou d'intéressement en application de la règle qui dispose que « lorsqu'en raison d'une carence au premier tour des élections professionnelles, un délégué syndical n'a pu être désigné au sein de l'entreprise ou de l'établissement ou lorsqu'il n'existe pas de délégué syndical dans l'entreprise ou l'établissement, le représentant de la section syndicale (...) désigné par une organisation syndicale de salariés affiliée à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel peut disposer, sur mandatement par son organisation syndicale, du pouvoir de négocier et conclure un accord d'entreprise ou d'établissement » (C. trav., art. L. 2143-23, al. 1^{er}).

Le caractère collectif implique que l'ensemble de la collectivité de travail qui compose l'entreprise soit admis au bénéfice des dispositifs de participation financière. Une collectivité de travail se compose d'électeurs qui contribuent à créer de la richesse au profit de l'entreprise à laquelle ils appartiennent. L'intégration à une communauté de travail détermine les affinités économiques et représentatives que le salarié mis à disposition entretient avec son entreprise d'accueil. Elle est l'élément déterminant qui justifie que le salarié détaché bénéficie de la participation financière mise en place au sein de l'entreprise utilisatrice. Lorsque la mise à disposition était une pratique peu répandue, il était légitime que le contrat de travail soit envisagé comme le seul paramètre auquel le bénéfice de la participation et de l'intéressement était subordonné. Aujourd'hui, la mise à disposition est entrée dans les mœurs de l'entreprise ; un changement de conception est justifié. En tout état de cause, utiliser le contrat de travail comme critère d'indentification des bénéficiaires n'est plus pertinent.

*
* *

63. – La négociation au sein de l'entreprise constitue un vecteur essentiel de diffusion des dispositifs de participation financière. Contribuent à cette diffusion les obligations de négocier imposées sur ce thème aux entreprises entrant dans le champ de la négociation annuelle obligatoire⁽¹⁸⁴⁾. Aller au-delà, en passant de l'obligation de négocier à l'obligation de conclure, n'est pas inconcevable même si, en pratique, la mécanique de l'obligation de conclure peut se heurter à d'importantes difficultés.

Une fois établi, un dispositif de participation financière a vocation à bénéficier à tous les acteurs de l'entreprise, donc aussi aux salariés mis à sa disposition. Un premier pas en ce sens a été franchi au profit du salarié d'un groupement d'employeurs afin qu'il puisse accéder au dispositif d'intéressement ou de participation ou au plan d'épargne d'entreprise mis en place au sein de l'entreprise d'accueil. Aller au-delà est, ici encore, concevable. L'administration a démontré qu'elle n'y était pas nécessairement hostile. Mais les obstacles à surmonter ne sauraient être sous-estimés.

(184) C. trav., art. L. 2242-12.

UN COMPLÉMENT DE RÉMUNÉRATION

64. – Un principe de non-substitution à la rémunération (Section 1) a été posé par l'ordonnance de 1959. Cette règle s'impose d'autant plus que les mécanismes de participation financière ont un caractère aléatoire puisque liés aux performances ou aux résultats de l'entreprise (Section 2).

S E C T I O N 1

LE PRINCIPE DE NON-SUBSTITUTION

65. – Les sommes attribuées aux salariés en application d'un accord d'intéressement n'ont pas le caractère de rémunération au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale⁽¹⁾. Elles ne peuvent se substituer à aucun des éléments de rémunération en vigueur dans l'entreprise (§ 1), sous peine de sanction (§ 2).

§ 1. – L'exigence de non-substitution

66. – Le périmètre (A) et les modalités de mise en œuvre de l'exigence de non-substitution (B) méritent attention.

A. – Le périmètre de l'exigence de non-substitution

67. – Le principe de non-substitution revêt un caractère essentiel tant pour les salariés que pour les régimes de sécurité sociale. La circulaire du 29 janvier 1988⁽²⁾ considérait que le principe de non-substitution « reposait sur la nécessité d'assurer la protection des droits des salariés en matière de rémunération ». À cette première justification, une autre s'ajoute tenant aux « impératifs d'équilibre financier des

(1) C. trav., art. L. 3312-4 qui dispose que « les sommes attribuées en application d'un accord d'intéressement ou au titre du supplément d'intéressement n'ont pas le caractère de rémunération au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale ni de revenu professionnel au titre de l'article L. 131-6 du Code de la sécurité sociale ».

(2) Circ. intermin. 29 janv. 1988, n° DRT 88-4, abrogée par Circ. intermin. 3 janv. 1992 relative à l'application de l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 sur la participation financière des salariés (modifiée).

régimes de sécurité sociale ». En raison de ces conséquences sociales et financières potentielles, « le principe de l'interdiction du transfert entre les éléments de salaire et l'intéressement doit être strictement observé, quelles que soient la nature, l'origine ou les modalités de paiement des éléments de salaire considérés »⁽³⁾. Mais tous les dispositifs ne sont pas inclus dans le champ de la non-substitution (1°) ; certains en sont écartés (2°).

1° Les dispositifs inclus dans le champ de la non-substitution

68. – Le seul dispositif de participation financière inclus dans le champ du principe de la non-substitution est l'intéressement (a). L'abondement versé lorsque des sommes sont affectées à un plan d'épargne d'entreprise l'est également (b).

a) L'intéressement

69. – Dès l'origine, la non-substitution de l'intéressement à des éléments de salaire ou à des accessoires du salaire en vigueur dans l'entreprise ou qui deviendraient obligatoires en application de normes légales ou conventionnelles⁽⁴⁾ fit naître des équivoques sur la nature des sommes concernées (1). Des précisions ultérieures ont dû être apportées par le législateur (2).

1) Des équivoques

70. – Le salaire et l'intéressement s'insèrent dans une politique d'ensemble de l'entreprise en matière de rémunération⁽⁵⁾. Que faut-il donc entendre par « élément du salaire ou accessoires du salaire en vigueur dans l'entreprise », expression retenue par l'ordonnance du 7 janvier 1959 ? Faut-il considérer qu'elle englobe toutes les sommes versées aux salariés au moment de la conclusion de l'accord d'intéressement ou qu'elle vise uniquement les éléments du salaire obligatoires pour l'employeur en vertu d'une disposition légale ou conventionnelle ? L'ordonnance du 21 octobre 1986 ayant supprimé la référence aux accessoires du salaire, un auteur avait suggéré que la substitution à ces derniers était désormais tolérée⁽⁶⁾, tout en soulignant que l'intéressement ne pouvait se substituer à une prime arrêtée selon un autre mode que la négociation collective : une prime instituée de manière unilatérale par l'employeur n'est pas « substituable », même si elle présente toutes les caractéristiques de l'intéressement⁽⁷⁾.

Qu'en est-il de la substitution de l'intéressement à des gratifications non conventionnelles et non contractuelles allouées par l'employeur à ses salariés⁽⁸⁾ ? La tentation de l'employeur peut être grande de dénoncer un usage et de négocier, à la place, un accord d'intéressement. La règle de non-substitution y met-elle obstacle ? La cour d'appel de Paris a considéré que des primes qui n'ont pas acquis le carac-

(3) Lettre-circulaire ACOSS n° 89-41, 31 mai 1989, relative à l'intéressement.

(4) Ord. n° 59-126, 7 janv. 1959, tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise, art. 4 (JO 9 janv. 1959, p. 641).

(5) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 21 : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(6) F. Taquet, *Substitution des primes en intéressement : les équivoques de l'ordonnance du 21 octobre 1986* : Bull. trav. mars 1990, chron. p. 1.

(7) *Ibid.*, p. 1 et s.

(8) *Ibid.*

tère d'usage ne constituent pas un élément de salaire obligatoire en vertu de règles légales, contractuelles ou jurisprudentielles⁽⁹⁾. Elles ne sont donc pas concernées par le principe de non-substitution, ce qui, *a contrario*, signifie que toute autre prime relève de son empire⁽¹⁰⁾. Les difficultés qui découlent de la référence à la notion floue que constitue « l'élément de rémunération en vigueur » sont suffisamment nombreuses pour que des précisions soient apportées⁽¹¹⁾.

2) Des précisions

71. – Le législateur a voulu distinguer la rémunération collective des travailleurs, réalisée par l'intéressement, de la rémunération individuelle versée en exécution du contrat de travail⁽¹²⁾. La loi du 25 juillet 1994⁽¹³⁾ a précisé que les primes ne peuvent se substituer aux éléments de rémunération au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, expression incontestablement plus précise que celle précédemment retenue⁽¹⁴⁾. Notion de droit du travail, la jurisprudence avait pu considérer que le concept d'élément de salaire était inspiré du droit de la sécurité sociale⁽¹⁵⁾.

L'ordonnance du 7 janvier 1959 précisait que la participation attribuée aux salariés en application d'un contrat ayant les effets d'une convention collective de travail n'avait pas le caractère d'élément du salaire ou d'accessoire du salaire pour l'application de la législation de sécurité sociale. La règle posée évitait qu'un accord relatif à l'intéressement collectif ne remplace des éléments de rémunération, individuels et certains. Elle s'appliquait également aux substitutions « partielles », lesquelles consistent à diminuer le montant d'une prime en raison de l'entrée en vigueur d'un accord d'intéressement. Les sommes attribuées en application d'un accord d'intéressement – qui constituent des « avantages afférents à la rémunération du travail »⁽¹⁶⁾ – s'ajoutent au salaire dû en contrepartie du travail individuel du travailleur ; elles ne peuvent pas entraîner une diminution de ce dernier⁽¹⁷⁾.

Il n'est pas envisageable de dénoncer un accord instituant une prime ayant la nature de salaire lorsqu'il est antérieur à un accord d'intéressement et que l'économie générale des deux contrats est en tous points comparable⁽¹⁸⁾. La Cour de cassation a déjà considéré qu'un accord d'intéressement qui reprenait, pour l'essentiel, des critères et modalités de calcul et de répartition déjà appliqués dans une entreprise en vertu d'un accord conclu antérieurement, procédait d'une substitution prohibée par les dispositions légales applicables en matière d'épargne

(9) CA Paris, 7 oct. 1992, cité in A. Guillemot, *Intéressement, une décision importante : Semaine sociale Lamy* 1993, n° 634, p. 3, spéc. p. 4.

(10) Pour plus de détails, cf. J.-J. Touati, *La loi n° 94-640 du 25 juillet 1994 relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise* : *Dr. trav.* 1994, chron. 23, p. 1, spéc. p. 3.

(11) Pour plus de détails, cf. A. Derue, *Intéressement et substitution dans la loi relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise* : *Dr. trav.* 1994, chron. 19, p. 4, spéc. p. 6.

(12) J. Savatier, *Intéressement et participation des travailleurs à l'entreprise* : *Rép. trav.* Dalloz, 1995, n° 108.

(13) L. n° 94-640, 25 juill. 1994, relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise (JO 27 juill., p. 10832).

(14) A. Derue, *Intéressement et substitution dans la loi relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise* : *Dr. trav.* 1994, chron. 19, p. 4.

(15) TASS Valenciennes, 16 janv. 1990 : *RJS* 3/1991, n° 401.

(16) Cass. crim., 4 janv. 1991, pourvoi n° 88-87.675 : *Bull. crim.* 1991, n° 9.

(17) J. Savatier, *Intéressement et participation des travailleurs à l'entreprise* : *Rép. trav.* Dalloz, 1995, n° 109.

(18) P. Lyon-Caen, *Les accords d'intéressement et la Sécurité sociale*, note ss Cass. soc., 9 mai 1996 : *Dr. soc.* 1996, p. 953, spéc. p. 957.

salariale⁽¹⁹⁾. Dans l'hypothèse d'une fusion-absorption, une société absorbante qui verse de l'intéressement à ses salariés est obligée de le verser également aux salariés de la société absorbée. Une prime allouée aux salariés de l'entreprise absorbée ne pourra pas être remplacée par un dispositif d'intéressement. Ce dispositif est conforme à celui retenu par le législateur et le juge en matière de transfert au nouvel employeur des obligations conventionnelles, des usages⁽²⁰⁾ et des éléments du contrat de travail⁽²¹⁾.

72. – Le supplément d'intéressement⁽²²⁾ et l'intéressement de projet⁽²³⁾ nés de la loi du 30 décembre 2006⁽²⁴⁾ peuvent être mis en place dans les entreprises qui disposent d'un accord d'intéressement. Ils doivent respecter les conditions prévues au chapitre relatif à l'intéressement, ce qui impose de respecter le principe de non-substitution⁽²⁵⁾. Une circulaire du 15 mai 2007⁽²⁶⁾ souligne qu'en modifiant l'ancien article L. 441-4 du Code du travail⁽²⁷⁾, l'article 2-II de la loi du 30 décembre 2006 a expressément étendu au supplément d'intéressement la règle de non-substitution. Les sommes ainsi attribuées aux salariés ne peuvent pas remplacer des éléments de rémunération en vigueur dans l'entreprise ou qui deviendraient obligatoires en vertu de règles légales ou conventionnelles. Selon l'administration du travail, il n'y a point, toutefois, substitution lorsqu'un « délai de douze mois s'est écoulé entre le dernier versement de l'élément de rémunération en tout ou partie supprimé et la date de la décision de versement du supplément d'intéressement »⁽²⁸⁾. Cet élément d'assouplissement est bienvenu mais il doit être manipulé avec prudence, rien ne garantissant que les juges saisis d'éventuels contentieux retiendront la même analyse.

(19) Cass. soc., 9 mai 1996, pourvoi n° 93-21.874 : RJS 6/1996, n° 694 ; Dr. soc. 1996, p. 961 : *Mais attendu que la cour d'appel a retenu qu'avant la mise en place du système d'intéressement résultant de l'accord du 2 octobre 1987, les salariés percevaient une prime, en application d'un accord du 17 février 1984, conclu pour une durée d'un an renouvelable par tacite reconduction ; que cette prime, allouée en contrepartie ou à l'occasion du travail et ne bénéficiant pas de l'exonération accordée aux primes d'intéressement, leur a été versée chaque année, au titre des exercices 1984-1985 à 1986-1987 ; que les primes ensuite versées en 1988 et 1989 en vertu de l'accord de 1987, reprenant pour l'essentiel les critères et les modalités de calcul et de répartition déjà appliqués dans l'entreprise pendant 3 années consécutives, ont remplacé celles jusqu'à l'alouées en vertu de l'accord de 1984 ; qu'elle en a exactement déduit, abstraction faite des motifs surabondants dont fait état le moyen en ses deuxième et troisième branches, qu'il avait été procédé à une substitution contraire aux dispositions de l'article 4 de l'ordonnance du 21 octobre 1986, et qu'en conséquence des cotisations étaient dues sur les primes substituées.*

(20) Cass. soc., 23 sept. 1992, pourvoi n° 89-45.656 : Bull. civ. 1992, V, n° 479.

(21) Cass. soc., 24 janv. 1990, pourvoi n° 86-41.497 : Bull. civ. 1990, V, n° 23.

(22) C. trav., art. L. 3314-10. – V. *infra*, n° 409 et s.

(23) C. trav., art. L. 3312-6.

(24) L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006, pour le développement de la participation et de l'actionariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social (JO 31 déc., p. 20210).

(25) C. trav., art. L. 3312-4.

(26) Circ. n° DSS/SB/DGT/RT3/2007/199, 15 mai 2007, relative à la mise en œuvre de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, question n° 12.

(27) C. trav., art. L. 3312-4, al. 1^{er}, qui précise que « les sommes attribuées aux bénéficiaires en application de l'accord d'intéressement ou au titre du supplément d'intéressement mentionné à l'article L. 3314-10 n'ont pas le caractère de rémunération ».

(28) Circ. n° DSS/SB/DGT/RT3/2007/199, 15 mai 2007, relative à la mise en œuvre de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, question n° 12.

b) L'abondement

73. – Le principe de non-substitution s'applique aux éléments de rémunération « en vigueur dans l'entreprise au moment de la mise en place d'un plan mentionné » à l'article L. 3332-13 du Code du travail⁽²⁹⁾. Cette règle ne peut avoir pour effet de remettre en cause les exonérations fiscales et sociales prévues à l'article L. 3332-27 lorsqu'un délai de douze mois s'est écoulé entre le dernier versement de l'élément de rémunération en tout ou partie supprimé et la date de mise en place du plan. Cette règle de non-substitution est identique à celle posée pour l'intéressement. Elle vise les sommes versées au titre de l'abondement de l'employeur. La jurisprudence considère que « l'employeur ne peut pas s'acquitter de son obligation de paiement de tout ou partie du salaire sous forme de versement au plan d'épargne d'entreprise »⁽³⁰⁾. Le principe de non-substitution ainsi appliqué a pour objectif d'éviter que l'abondement ne devienne, au côté de l'intéressement, un élément de la politique salariale de l'entreprise et un acteur de la réduction du salaire.

La règle posée impose « de déterminer la nature juridique des sommes versées »⁽³¹⁾ en distinguant les éléments de rémunération d'autres sommes versées par l'employeur sur son initiative. Le salarié choisit la partie de son salaire qu'il souhaite affecter à son plan d'épargne d'entreprise. L'alimentation de ce dernier est volontaire. Ne pas appliquer le principe de non-substitution à l'abondement offrirait à l'employeur la possibilité de payer des éléments de rémunération « en affectant autoritairement une partie du salaire en vue de la constitution d'une épargne forcée »⁽³²⁾. Un tel mode de paiement ne saurait être infligé : il contreviendrait à l'aspect volontaire de l'alimentation des plans d'épargne d'entreprises.

2° Les dispositifs exclus du champ de la non-substitution

74. – Les revenus supplémentaires procurés aux salariés par la répartition de la réserve spéciale de participation sont souvent le produit d'une politique d'ensemble de l'entreprise en matière de rémunération des personnels et d'association de ces derniers à la marche générale de l'entreprise. Ils ne constituent pas un élément du

(29) Par l'éclatement des articles de l'ancien Code du travail, la recodification rend l'article L. 3332-13 incompréhensible à lui seul. Il ne mentionne pas les plans auxquels il est fait référence. Il faut se reporter à l'article L. 443-7 de l'ancien Code du travail pour savoir quels sont les plans visés. Les deux premiers alinéas de cet article (nouveau C. trav., art. L. 3334-10 et L. 3332-11) mentionnaient le plan d'épargne d'entreprise (PEE), les plans partenariaux d'épargne salariale volontaire pour la retraite (PPESVR disparus le 22 août 2003), les plans d'épargne pour la retraite collectif (PERCO) et les « plans prévus à l'article L. 443-1 » (les PEE précités). L'article L. 3332-13 doit donc se lire ainsi : les sommes versées par l'entreprise ne peuvent se substituer à aucun des éléments de rémunération, au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, en vigueur dans l'entreprise au moment de la mise en place d'un plan d'épargne d'entreprise ou d'un plan d'épargne pour la retraite collectif, ou qui deviennent obligatoires en vertu de règles légales ou contractuelles. Cette règle ne peut avoir pour effet de remettre en cause les exonérations fiscales et sociales prévues à l'article L. 3332-27, dès lors qu'un délai de douze mois s'est écoulé entre le dernier versement de l'élément de rémunération en tout ou partie supprimé et la date de mise en place du plan d'épargne d'entreprise ou du plan d'épargne pour la retraite collectif.

(30) Cass. soc., 10 mai 2007, pourvoi n° 05-45.676 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 72 ; *RJS* 7/2007, n° 879.

(31) R. Vatinet, *Un versement au PEE ne vaut pas modalité de paiement d'un élément de salaire*, note ss Cass. soc., 10 mai 2007 : *JCP S* 2007, 1818.

(32) *Ibid.*

salaires pris dans son acception juridique⁽³³⁾. Comme pour l'intéressement, les sommes issues de la participation ne sont pas considérées par la loi comme ayant la nature de salaires. Aucune disposition légale ne prévoit l'application du principe de non-substitution à la participation. L'administration a naguère précisé que « les salariés doivent recevoir préalablement à l'accord la juste rémunération de leur travail »⁽³⁴⁾. L'existence d'un principe de non-substitution applicable à la réserve est supposée. Mais la loi ne l'exprime pas de façon claire.

75. – Avant l'adoption de la loi du 3 décembre 2008⁽³⁵⁾, le blocage pendant cinq années⁽³⁶⁾ des sommes versées aux salariés après répartition de la réserve spéciale de participation expliquait ce silence. L'indisponibilité des droits impliquait que les sommes épargnées ne pouvaient être versées directement aux salariés. Elles ne pouvaient pas remplacer un élément de rémunération par opposition aux sommes versées au titre de l'intéressement⁽³⁷⁾ lorsqu'elles sont immédiatement disponibles. La non-substitution procure une garantie dont la finalité se dissipe lorsque des sommes versées en vertu d'un dispositif de participation financière sont placées sur un plan d'épargne. Le principe de non-substitution n'avait pas à intervenir du temps où les sommes issues de la réserve spéciale de participation étaient systématiquement bloquées pour une durée déterminée.

Depuis la loi du 3 décembre 2008⁽³⁸⁾, les sommes issues de la réserve spéciale de participation au titre de l'exercice clos⁽³⁹⁾ peuvent être débloquées immédiatement si le salarié en demande le versement⁽⁴⁰⁾. Le législateur n'a pas prévu l'application du principe de non-substitution, en dépit de la consécration du déblocage immédiat. L'entreprise doit informer les salariés du montant de la participation et de la possibilité qui leur est offerte de la percevoir immédiatement. Chaque salarié dispose d'un délai de quinze jours à partir du moment où il a été informé pour faire connaître son choix⁽⁴¹⁾. Un employeur informé de la volonté d'un ou plusieurs de ses salariés de déblocquer la participation pourrait être tenté de supprimer un élément de rémunération des personnes concernées au titre de l'année de ce déblocage sans encourir la sanction prévue pour l'intéressement à défaut de dispositions légales contrares.

B. – La mise en œuvre de l'exigence de non-substitution

76. – L'application du principe de non-substitution a été assouplie par la loi (1°) et élargie par la jurisprudence (2°).

(33) Circ. intermin. n° DRT/88-4, 29 janv. 1988, abrogée par Circ. intermin. 3 janv. 1992 relative à l'application de l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 sur la participation financière des salariés (modifiée).

(34) Circ. intermin. 30 mai 1968, citée in M. Despax, *Les accords de participation : Dr. soc.* 1969, p. 383.

(35) L. n° 2008-1258, 3 déc. 2008, en faveur des revenus du travail (JO 4 déc., p. 18488).

(36) Huit années lorsque le dispositif légal subsidiaire est appliqué.

(37) C. trav., art. L. 3312-1.

(38) L. n° 2008-1258, 3 déc. 2008, en faveur des revenus du travail, art. 4 (JO 4 déc., p. 18488).

(39) C. trav., art. D. 3324-21-2.

(40) C. trav., art. L. 3324-10.

(41) Circ. n° DGT/2009/13, 19 mai 2009, relative à la loi en faveur des revenus du travail, question n° 16.

1° Des assouplissements législatifs

77. – Par touches successives, des assouplissements au principe de non-substitution ont été apportés par le législateur. Le premier est né de la suppression de l'homologation administrative (a). La réduction du temps de travail a également dérogé au principe (b), mais le principal assouplissement tient à la création du délai de non-substitution (c).

a) La suppression de l'homologation administrative

78. – En 1959, les accords d'intéressement devaient faire l'objet d'une homologation administrative⁽⁴²⁾ que l'ordonnance de 1986 a supprimé⁽⁴³⁾. La substitution d'un accord d'intéressement à des primes versées dans le cadre de contrats d'intéressement antérieurs non homologués était donc admise pour des raisons d'opportunité. Une circulaire admettait une « dérogation à la disposition légale pour ne pas pénaliser les entreprises ayant mis en place antérieurement un système d'intéressement non homologué »⁽⁴⁴⁾. L'objectif de cette mesure était de favoriser la diffusion des dispositifs de participation financière dans les entreprises. Quand un avantage était repris dans un accord d'intéressement conformément à ce que prévoyait l'ordonnance⁽⁴⁵⁾, le simple fait qu'il entre dans l'assiette des cotisations sociales antérieurement à 1986 ne pouvait pas justifier le maintien de cette soumission.

Des primes de résultat assimilées à des salaires au regard du régime social pouvaient être exonérées à l'avenir si elles étaient « prévues par un accord d'intéressement conforme à l'ordonnance du 21 octobre 1986 »⁽⁴⁶⁾. L'accord non homologué devait être considéré comme valable lorsqu'il était mis en place par voie de négociation. Le système d'intéressement devait être fondé sur un mode de calcul présentant un caractère aléatoire⁽⁴⁷⁾ et faire l'objet d'un mode de répartition collectif. Il devait prévoir un dispositif d'information des salariés sur la mise en œuvre du système. Pour l'entreprise, l'absence d'homologation n'aboutit pas à une totale liberté d'élaboration des accords d'intéressement. En cas de manquement aux principes impératifs, toutes les primes versées en application d'un tel accord sont réintégrées dans l'assiette des cotisations sociales. « La sanction peut paraître sévère mais la disparition du contrôle *a priori*⁽⁴⁸⁾ trouve sa contrepartie dans le respect de l'objet de l'institution »⁽⁴⁹⁾.

b) Un assouplissement lié à la réduction du temps de travail

79. – Un assouplissement plus récent résulte de la combinaison de l'intéressement et de la réduction du temps de travail. En 1982, le principe de compensation

(42) Ord. n° 59-126, 7 janv. 1959, tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise, art. 5 (JO 9 janv. 1959, p. 641).

(43) Ord. n° 86-1134, 21 oct. 1986, relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés (JO 23 oct., p. 12771).

(44) Lettre-circulaire ACOSS n° 89-41, 31 mai 1989, relative à l'intéressement précitée.

(45) Ord. n° 86-1134, 21 oct. 1986, préc.

(46) J. Savatier, *L'interdiction de substituer un intéressement à un élément du salaire* : Dr. soc. 1991, p. 756, spéc. p. 757.

(47) V. *infra*, n°s 98 et s.

(48) V. *infra*, n°s 122 et s.

(49) Cf. D. Boulmier, *Parer à la requalification d'un accord d'intéressement, c'est le réussir* : Semaine sociale Lamy 1996, n° 780, p. 3.

salariale intégrale a freiné le passage à une durée légale du travail de trente-neuf heures hebdomadaire⁽⁵⁰⁾. S'était posée la question de savoir si un accord de réduction du temps de travail qui comportait une réduction totale ou partielle de rémunération pouvait être suivi d'un accord d'intéressement compte tenu du principe de non-substitution. Les positions divergentes prises par le ministère du Travail et la Cour de cassation à propos de l'application du principe imposait la plus grande prudence aux entreprises⁽⁵¹⁾. La circulaire interministérielle du 9 mai 1995⁽⁵²⁾ considérait que « le principe de non-substitution n'a pas lieu d'être invoqué au cas où la diminution de la rémunération trouve son origine dans la réduction du temps de travail et n'est pas plus que proportionnelle à cette réduction ». Le Conseil supérieur de la participation s'était opposé à cette possibilité de substitution⁽⁵³⁾. La Cour de cassation considérait qu'une baisse de salaire provoquée par l'application d'une convention collective réduisant la durée du travail était une modification du contrat de travail. Elle ne pouvait s'imposer aux salariés qu'après l'acceptation « claire et non équivoque » de chacun⁽⁵⁴⁾. L'incertitude juridique qui entourait cette substitution a été la source de son insuccès, alors même que sa poursuite aurait permis d'offrir davantage d'éléments de négociation dans le cadre des contreparties à la réduction du temps de travail⁽⁵⁵⁾.

La loi du 13 juin 1998⁽⁵⁶⁾ avait innové en laissant libre cours à la négociation collective et « en affirmant le maintien du pouvoir d'achat des salariés au SMIC »⁽⁵⁷⁾. Il en résultait un accroissement de la part variable des rémunérations individuelles et collectives sous forme d'intéressement et une régression des augmentations générales. La loi du 19 janvier 2000⁽⁵⁸⁾ créa l'ancien article L. 212-3 du Code du travail⁽⁵⁹⁾. En application d'un accord de réduction de la durée du travail, la diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail ne constituait pas une modification du contrat de travail. Aucune disposition analogue n'était prise au sujet de la rémunération. La compensation de la perte de salaire par la participation financière était légitimée. Cette possibilité a été confirmée par la loi du 19 février 2001⁽⁶⁰⁾, mais uniquement pour le passé, entérinant ainsi la position de l'administration plutôt que celle de la Cour de cassation⁽⁶¹⁾. Fut légalisée la substitution résultant d'accords d'intéressement prévus dans des accords de réduction du temps de travail signés

(50) D. Alis, *Réduire et aménager le temps de travail : Pourquoi ? Comment ?*, L'Harmattan, 2001, p. 143.

(51) A. Derue et C. Bigard, *Un accord d'intéressement peut-il être la contrepartie licite d'un accord de réduction du temps de travail ?* : TPS 1998, chron. 14, p. 6. Un auteur a regretté la création d'une iniquité ainsi née entre les sociétés qui auraient appliqué la circulaire du 9 mai 1995 et celles qui auraient considéré qu'elle ne présentait aucune garantie pour neutraliser l'action en requalification de l'URSSAF (J.-J. Touati, *Intéressement et participation : apports de la réforme* : TPS 2001, chron. 20, p. 7, spéc. p. 8).

(52) Circ. 9 mai 1995 relative à la participation financière des salariés, Deuxième partie : l'intéressement.

(53) P. Maillard, *Intéressement, participation, actionnariat*, Delmas, 3^e éd. 2002, p. 65.

(54) Cass. soc., 27 mars 2001, pourvoi n° 99-40.068 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 109 ; *RJS* 6/2001, n° 751. – Cass. soc., 13 nov. 2002, pourvoi n° 00-45.712 : *RJS* 1/2003, n° 42.

(55) J.-J. Touati, *Intéressement et participation : apports de la réforme* : TPS 2001, chron. 20, p. 7 et s.

(56) L. n° 98-461, 13 juin 1998, d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (*JO* 14 juin 1998, p. 9029).

(57) P. Maillard, *Intéressement, participation, actionnariat*, Delmas, 3^e éd. 2002, p. 143.

(58) L. n° 2000-37, 19 janv. 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail (*JO* 20 janv. 2000, p. 975).

(59) C. trav., art. L. 1222-7.

(60) L. n° 2001-152, 19 févr. 2001, sur l'épargne salariale (*JO* 20 févr. 2001, p. 2774).

(61) A. Sauret, *L'épargne salariale* : *JCP E* 2001, comm. p. 552, spéc. p. 554.

avant la promulgation de la loi et réduisant la durée du travail à 35 heures hebdomadaires ou 1 600 heures annuelles⁽⁶²⁾.

80. – Aujourd'hui, l'article L. 2253-3 du Code du travail prévoit qu'en matière de salaire minimum, aucun accord d'entreprise ne peut « comporter des clauses dérogeant à celles des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels ». Tel était l'objectif que la loi du 13 juin 1998, naguère, souhaitait atteindre. Se posait le problème des conséquences du caractère aléatoire du montant des primes versées aux salariés au titre de la participation financière. Dans l'hypothèse d'un accord de participation ayant repris la formule légale de calcul de la réserve⁽⁶³⁾, si le bénéfice net ne dépasse pas 5 % des capitaux propres, la réserve a un montant nul. En matière d'intéressement, il peut en être de même selon le type d'intéressement institué (intéressement aux performances ou aux bénéfiques). Pour les salariés bénéficiant du SMIC, la compensation de la réduction de la rémunération par des primes versées au titre de la participation financière consécutivement à la réduction du temps de travail pouvait aboutir à une rémunération effective inférieure. La seule limite posée à l'assouplissement du principe de non-substitution était le maintien de la rémunération au SMIC⁽⁶⁴⁾ comme le souhaitait l'ordonnance de 1959⁽⁶⁵⁾.

c) La création d'un délai de non-substitution

81. – Un nouvel assouplissement est intervenu avec la loi du 25 juillet 1994⁽⁶⁶⁾. Le principe de non-substitution ne peut avoir pour effet de remettre en cause des exonérations de charges sociales dès lors qu'un délai de douze mois s'est écoulé entre le dernier versement de l'élément de rémunération en tout ou partie supprimé et la date d'effet de l'accord⁽⁶⁷⁾. Cette mesure avait pour objet d'interdire toute suppression de primes qui aurait été contemporaine de la conclusion d'un accord d'intéressement⁽⁶⁸⁾. Ce délai, raisonnable, est analogue à celui retenu pour la dénonciation d'un élément de salaire ayant force d'usage⁽⁶⁹⁾. L'administration a précisé que la date d'effet de l'accord est le début de l'exercice de référence du calcul de la prime⁽⁷⁰⁾. Un élément de rémunération dont le dernier versement est effectué le 31 décembre 2012 peut être en tout ou partie remplacé par une prime d'intéressement si l'accord qui l'institue prend effet le 1^{er} janvier 2014. En application du délai de non-substitution, la conclusion d'un accord d'intéressement à la suite d'une baisse de rémunération liée à un accord de réduction du temps de travail ne tombe

(62) L. n° 2001-152, 19 févr. 2001, sur l'épargne salariale, art. 11, III (JO 20 févr. 2001, p. 2774).

(63) $RSP = 0,5 \times (B - 5\% C) \times MS / VA$.

(64) Ou aux *minima* conventionnels s'ils étaient supérieurs.

(65) L'article 4 de l'ordonnance n° 59-126 du 7 janvier 1959 prévoyait que « les participations attribuées aux salariés (...) n'entrent pas en compte pour l'application de la législation relative au salaire minimum interprofessionnel garanti ». Cette disposition fut reprise par l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés.

(66) L. n° 94-640, 25 juill. 1994, relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise (JO 27 juill., p. 10832).

(67) C. trav., art. L. 3312-4.

(68) Cass. soc., 7 déc. 2000, pourvoi n° 98-18.359 : RJS 2/2001, n° 218.

(69) J.-J. Touati, *La loi n° 94-640 du 25 juillet 1994 relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise : Dr. trav.* 1994, chron. 23, p. 1, spéc. p. 3.

(70) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 2 II : JO 1^{er} nov., p. 17179.

en aucun cas sous le coup de la substitution prohibée. Même la simultanéité dans la conclusion des deux accords n'était pas de nature à constituer une substitution interdite dès lors que l'accord d'intéressement prenait effet douze mois après le dernier versement du salaire par la suite diminué en raison d'une réduction du temps de travail⁽⁷¹⁾.

Pour contourner l'écueil de la non-substitution, il convient de conclure un nouvel accord en substitution d'un élément de rémunération à l'issue du « délai de non-substitution »⁽⁷²⁾. Ce délai contribue à simplifier le fonctionnement des entreprises. Sa création a permis d'injecter de la sécurité juridique dans l'appréciation de la non-substitution. Avant que la loi⁽⁷³⁾ ne le prévoit, l'appréciation des faits était source d'insécurité. L'article L. 3312-4 du Code du travail circonscrit le pouvoir d'appréciation des juges du fond. À terme, cette « exception de taille »⁽⁷⁴⁾ risque de vider d'effets le principe de non-substitution. Les employeurs pourraient conclure un accord avec les partenaires sociaux afin de transformer une prime de fin d'année en prime d'intéressement une fois le délai de non-substitution passé. À juste titre, un auteur a pu considérer qu'il s'agissait « d'un assouplissement du principe qui, d'une interdiction à une autorisation différée, légitime la substitution »⁽⁷⁵⁾.

2° Des élargissements jurisprudentiels

82. – Analyse compréhensive... Les juges du fond avaient pu admettre qu'une prime annuelle aléatoire et discrétionnaire dépourvue de fixité et de constance n'était pas un usage. Elle pouvait être supprimée à la suite de la conclusion d'un accord d'intéressement sans risque de réintégration dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale⁽⁷⁶⁾. Depuis la loi du 25 juillet 1994⁽⁷⁷⁾, l'intégralité des rémunérations versées à l'occasion ou en contrepartie du travail est concernée. Sont notamment visés tous types de primes, versées régulièrement ou occasionnellement à titre bénévole⁽⁷⁸⁾ ou obligatoire. Le montant variable d'une prime de fin d'année est sans incidences sur le fait que sa conversion en prime d'intéressement est constitutive de la substitution⁽⁷⁹⁾. Les primes versées entre un premier accord et la conclusion d'un second sont concernées. Peu importe leur caractère exceptionnel et leur mise en place à titre transitoire. « L'intéressement doit être un avantage supplémentaire et non un avantage de substitution »⁽⁸⁰⁾.

La Cour de cassation s'est prononcée sur la portée de la règle de non-substitution à de nombreuses occasions et sa jurisprudence a évolué. Antérieurement à la loi du

(71) A. Derue et C. Bigard, *Un accord d'intéressement peut-il être la contrepartie licite d'un accord de réduction du temps de travail ?* : TPS 1998, chron. 14, p. 6.

(72) *Épargne salariale – Actionnariat* : Rev. fid. sept. 2003, hors-série, n° 3, p. 118.

(73) L. n° 94-640, 25 juill. 1994, relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise, art. 14 (JO 27 juill., p. 10832).

(74) *Épargne salariale* : RPDS 2007, n° 687, p. 226.

(75) D. Boulmier, *Parer à la requalification d'un accord d'intéressement, c'est le réussir* : Semaine sociale Lamy 1996, n° 780, p. 3.

(76) CA Paris, 7 oct. 1992 : RJS 3/1993, n° 295.

(77) D. Boulmier, *Parer à la requalification d'un accord d'intéressement, c'est le réussir*, préc.

(78) Elles ont alors la nature de libéralité de l'employeur et la cessation de leur versement est indépendante de tout type de dénonciation.

(79) CA Douai, 26 avr. 1991 : RJS 6/1991, n° 735.

(80) A.-F. Langlume, *Intéressement : la substitution prohibée* : Semaine sociale Lamy 1994, n° 684, p. 3, spéc. p. 4.

25 juillet 1994, elle considérait qu'une prime instituée par un accord d'entreprise avait un caractère obligatoire pour l'employeur, ce qui lui donnait la nature d'un élément de salaire⁽⁸¹⁾. La chambre sociale ne faisait pas référence à la définition de l'assiette des cotisations sociales⁽⁸²⁾, contrairement à ce qui avait été jugé au fond. En se prononçant ainsi, elle a élargi le champ d'application du principe de non-substitution en y incluant non seulement les salaires, mais également tout autre élément de rémunération⁽⁸³⁾ qu'elle assimile à du salaire. La jurisprudence postérieure considérait que « ni les modalités d'attribution, ni le fait que le versement n'est pas obligatoire pour l'employeur ne sont susceptibles d'exclure des éléments de rémunération du champ de la règle interdisant de substituer l'intéressement au salaire »⁽⁸⁴⁾. En 1995, la Cour de cassation précise que la prime d'intéressement ne peut remplacer aucune des sommes versées au salarié en raison de son emploi. Elle se met en conformité avec la nouvelle rédaction de l'ancien article L. 441-4 du Code du travail⁽⁸⁵⁾ qui vise l'ensemble des éléments de rémunération⁽⁸⁶⁾.

83. – Technique compréhensive... Le périmètre de la non-substitution ainsi défini, la jurisprudence s'est intéressée à son appréciation. Initialement, l'intéressement avait été institué pour offrir aux entreprises un outil de rémunération privilégié permettant de prendre en compte les salariés de l'entreprise dans le partage de la plus-value qu'ils génèrent. La pratique des entreprises⁽⁸⁷⁾ en a fait un outil d'allègement de charges sociales, le détournant ainsi de son objet. Les « substitutionnistes »⁽⁸⁸⁾ ont choisi cette option au détriment des comptes sociaux. L'appréciation de la non-substitution par les juges tend à contrarier le développement de cette pratique.

La Cour de cassation contrôle parfois simplement les constatations des juges d'appel. Caractérise « une substitution contraire aux dispositions de l'ordonnance »⁽⁸⁹⁾ de 1986 le constat de la concomitance de la suppression de l'élément de rémunération et de l'institution de la prime d'intéressement. La substitution est également caractérisée lorsque les caractères d'une prime supprimée sont repris pour le calcul d'une prime d'intéressement⁽⁹⁰⁾. Tel est également le cas lorsque les juges constatent que l'objet d'un accord d'intéressement est « de se substituer purement et simplement aux pratiques antérieures de sorte que les primes jusqu'à soumises à cotisations sociales ont été remplacées par un avantage exonéré de

(81) Cass. soc., 27 janv. 1994, pourvoi n° 91-17.528 : RJS 3/1994, n° 283, 1^{re} esp.

(82) La définition donnée par l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale.

(83) L'article L. 3221-3 du Code du travail considère que la rémunération se compose du « salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum » et de « tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier ».

(84) Note ss Cass. soc., 13 avr. 1995, pourvoi n° 93-15.313 : RJS 5/1995, n° 543. – Cass. soc. 9 mars 1995, pourvoi n° 93-13.673 : RJS 5/1995, n° 543.

(85) C. trav., art. L. 3312-4.

(86) Le texte nouveau dispose « qu'en cas de suppression totale ou partielle d'un *élément de rémunération*, cette règle de non-substitution ne peut avoir pour effet de remettre en cause les exonérations prévues aux articles L. 3315-1 à L. 3315-3 ».

(87) Pour l'application du principe de non-substitution au sein d'un groupe, cf. Cass. soc., 14 oct. 1999, pourvoi n° 96-21.697 : RJS 12/1999, n° 1491.

(88) D. Boulmier, *Accord d'intéressement et requalification des primes : Semaine sociale Lamy* 1998, suppl., n° 887, p. 27.

(89) Cass. soc., 23 mai 1996, pourvoi n° 94-13.462 : Bull. civ. 1996, V, n° 201 ; RJS 7/1996, n° 820.

(90) Cass. soc., 13 avr. 1995, pourvoi n° 93-15.313 : RJS 5/1995, n° 543. – Cass. soc. 1^{er} juill. 1999, pourvoi n° 97-20.811, inédit. – Cass. soc., 20 déc. 2000, pourvoi n° 98-23.039 : RJS 3/2001, n° 324.

ces charges »⁽⁹¹⁾ ou que la prime d'intéressement se substitue en tout ou partie à un élément de rémunération⁽⁹²⁾.

Les juges du fond dressent le tableau d'une situation et, selon leur appréciation, décident si le principe de non-substitution est respecté. La Cour de cassation contrôle la justification de l'appréciation portée. Une cour d'appel qui constate que l'objet d'un accord d'intéressement est de remplacer une prime de fin d'année attribuée antérieurement doit en tirer les conséquences appropriées. En l'espèce⁽⁹³⁾, la Cour de cassation rappelle que la cour d'appel avait « constaté que l'objet de l'accord d'intéressement conclu en 1987 avait été de remplacer la prime de fin d'année attribuée antérieurement, et soumise à cotisation, par un avantage exonéré de charges sociales, ce qui constituait une substitution contraire aux dispositions de l'ordonnance ». Les juges du fond n'ayant pas tiré les conséquences de telles constatations, leur décision est annulée.

Dans un arrêt de même date⁽⁹⁴⁾, la Cour de cassation confirme l'analyse des juges du fond, lesquels avaient souligné que l'institution de la prime d'intéressement et la suppression de la prime de fin d'année, sans pour autant intervenir concomitamment, n'avaient été séparées que par un court intervalle. Cet arrêt dégageait deux éléments pour que la substitution d'un élément de rémunération par une prime d'intéressement soit effectivement caractérisée : 1° l'élément matériel que constitue « la suppression définitive de la prime telle qu'elle résultait de l'accord d'entreprise »⁽⁹⁵⁾ ; 2° l'élément intentionnel constitué par « la corrélation de cette suppression avec le versement de l'intéressement »⁽⁹⁶⁾. C'est sur ce second point que l'appréciation des juges est source d'insécurité, la suppression de l'élément de rémunération n'étant pas objectivement démontrée. Le constat de l'intention illégale de substituer est fort aléatoire, ce qui a pu faire écrire que l'appréciation de la substitution est fondée sur une « présomption exagérément subjective »⁽⁹⁷⁾.

84. – Pour justifier leur appréciation du respect du principe de non-substitution, les juges du fond doivent faire « ressortir la relation existant entre la suppression ou la réduction d'une prime d'association aux résultats en vigueur dans l'entreprise et la conclusion de l'accord d'intéressement »⁽⁹⁸⁾. Cette analyse des faits s'impose d'elle-même pour établir la substitution partielle de l'intéressement à un élément de rémunération et vaut à l'identique pour l'appréciation d'une substitution totale. Pour des raisons objectives établies par les juges du fond et contrôlées par la Cour de cassation, la suppression peut être confirmée. Il ne peut y avoir substitution d'un accord d'intéressement à un élément de rémunération qu'à la condition que soit

(91) Cass. soc., 18 mai 1995, pourvoi n° 93-16.425 : *RJS* 7/1995, n° 803.

(92) Cass. soc., 9 mars 1995, pourvoi n° 93-13.673 : *RJS* 5/1995, n° 543. – Cass. soc., 19 déc. 1996, pourvoi n° 95-12.734, cité in *Lamy Rémunération complémentaire*, 2007, n° 217-9.

(93) Cass. soc., 27 janv. 1994, pourvoi n° 91-17.528 : *Bull. civ.* 1994, V, n° 34 ; *RJS* 3/1994, n° 283, 2^e esp.

(94) Cass. soc., 27 janv. 1994, pourvoi n° 91-16.528 : *Bull. civ.* 1994, V, n° 34 ; *RJS* 3/1994, n° 283, 1^{re} esp.

(95) J.-M. Chonnier, *Accords d'intéressement : la suppression précède la substitution ! : Semaine sociale Lamy* 1997, n° 849, p. 4.

(96) *Ibid.*

(97) *Ibid.*

(98) Cass. soc., 29 oct. 1998, pourvoi n° 97-11.256 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 469.

objectivement établi un lien de causalité entre la suppression de l'élément de salaire et l'institution de l'accord d'intéressement.

Ce lien a été considéré comme acquis dans le cadre d'une requalification en chaîne d'accords d'intéressement successifs. En l'espèce, une prime annuelle de participation à la réalisation du budget avait été instaurée par accord collectif. Une prime d'intéressement versée en application d'un accord d'intéressement s'était substituée à cette prime annuelle. Dans ce contexte, la Cour de cassation a considéré que la requalification des sommes versées au titre du premier accord d'intéressement entraînait nécessairement la requalification des sommes versées en application de l'accord d'intéressement qui a suivi celui-ci et qui s'était donc substitué à un élément de rémunération précédemment en vigueur⁽⁹⁹⁾. La requalification en salaire de sommes versées au titre de l'intéressement en cas de non-respect de la non-substitution corrompt l'accord d'intéressement conclu à l'issue de la période triennale d'application de l'accord d'intéressement antérieur mis en place afin de remplacer une prime annuelle.

85. – La violation de la règle de non-substitution à un élément de rémunération préexistant emporte réintégration des sommes versées dans l'assiette des cotisations sociales à hauteur des éléments de rémunération supprimés⁽¹⁰⁰⁾. Le redressement n'est pas limité à un montant correspondant aux seuls éléments de rémunération supprimés ; la totalité des sommes versées au titre de l'intéressement est réintégrée. La mesure est dissuasive. C'est en ce sens que la Cour de cassation s'est prononcée : la réintégration des primes d'intéressement dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale ne saurait être limitée à une fraction de leur montant, au motif que la substitution ne serait que partielle⁽¹⁰¹⁾.

La substitution ne s'apprécie pas uniquement au regard d'une diminution de la rémunération. Dans l'hypothèse où le montant de la prime d'intéressement versée à un salarié dépasse le montant de l'élément de rémunération supprimé, la Cour de cassation considère que l'intégralité de ces sommes doit être réintégrée dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale sans que cela constitue une pénalité⁽¹⁰²⁾. Le fait que les conditions d'exonération ne soient pas remplies justifie cette position. La cour s'aligne sur la jurisprudence qu'elle a adoptée concernant le respect du principe de non-exclusion. La position contraire admise par l'administration⁽¹⁰³⁾ ne peut que tomber devant cet élargissement du principe.

§ 2. – La sanction de la substitution

86. – Seule la sanction financière (A) est prévue par les dispositions relatives à la non-substitution. Établir une sanction civile en cas de non-respect du principe par les employeurs (B) peut être envisagée.

(99) Cass. soc., 27 févr. 1997, pourvoi n° 95-14.536, inédit.

(100) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 2 II : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(101) Cass. soc., 21 mars 1996, pourvoi n° 94-11.611 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 109 ; RJS 6/1996, n° 695.

(102) Cass. soc., 15 juin 2000, pourvoi n° 99-11.075 : RJS 12/2000, n° 1268.

(103) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 2 II : JO 1^{er} nov., p. 17179.

A. – La sanction financière

87. – Le principe de non-substitution permet de sanctionner la suppression ou la diminution d'une prime de nature salariale en raison du versement de l'intéressement. L'attribution de primes en vue de compenser une baisse importante de l'intéressement ou de la participation peut être exclue du champ d'application de ce principe⁽¹⁰⁴⁾. Les sommes versées en substitution d'un élément de rémunération sont requalifiées en salaires. Cette requalification a des incidences sur les relations individuelles et collectives de travail. Elle entraîne une augmentation de la masse salariale qui se répercute sur le montant de la contribution de l'employeur au titre des activités sociales et culturelles du comité d'entreprise⁽¹⁰⁵⁾ ainsi que sur la subvention de fonctionnement⁽¹⁰⁶⁾. Le comité d'entreprise est « en droit de réclamer le complément de subvention correspondant »⁽¹⁰⁷⁾. Dans les rapports entre employeur et salariés, l'incidence de la requalification pendant l'exécution du contrat de travail est faible à l'exception du droit de l'employeur de retenir sur les salaires à venir les cotisations de sécurité sociale normalement dues. Lors de la rupture du contrat de travail, les effets de la requalification se manifestent sur toutes les prestations dues par l'employeur et calculées en fonction des salaires, notamment l'indemnité de préavis, l'indemnité de licenciement ou l'indemnité de congés payés.

Selon le professeur Savatier⁽¹⁰⁸⁾, l'issue contentieuse de la requalification de l'intéressement en salaire n'est pas inéluctable. Il n'est pas certain que les personnes intéressées cherchent systématiquement à tirer profit du redressement des cotisations opérées par l'URSSAF : en général, elles « ne sont pas directement informées de ce redressement et la décision judiciaire intervenue entre l'employeur et l'URSSAF ne paraît pas avoir autorité de la chose jugée entre l'employeur et d'autres personnes »⁽¹⁰⁹⁾. Une procédure judiciaire permettant de rendre opposable à tous les intéressés la requalification de l'intéressement en salaire aurait été souhaitable. En dépit de la violation du principe de non-substitution, l'accord d'intéressement reste applicable. La mise en place de ces dispositifs a une finalité comptable importante pour l'entreprise. Le législateur a donc considéré que la sanction financière⁽¹¹⁰⁾ du non-respect était suffisante. Elle évite que le préjudice causé à l'État en raison des avantages fiscaux et sociaux ne soit trop important. Mais cette sanction a une portée limitée, le principe de non-substitution ne pouvant avoir effet que sur l'exercice annuel dans le cadre duquel l'intéressement a été substitué à un élément du salaire⁽¹¹¹⁾.

(104) Cass. soc., 16 mai 2007, pourvoi n° 05-17.288 : *RJS* 7/2007, n° 878. *A contrario*, la cour a considéré qu'il y avait substitution lorsqu'une prime « amortisseur » versée en 2001 a été remplacée en 2002 par de l'intéressement du fait des meilleurs résultats de l'accord conclu pour la période triennale 2000-2002 (Cass. 2^e civ., 17 déc. 2009, pourvoi n° 08-20.797, inédit).

(105) C. trav., art. L. 2323-86.

(106) C. trav., art. L. 2325-43.

(107) J. Savatier, *L'interdiction de substituer un intéressement à un élément du salaire* : *Dr. soc.* 1991, p. 756, spéc. p. 759.

(108) *Ibid.*

(109) *Ibid.*

(110) C'est aujourd'hui ce que constitue la réintégration dans l'assiette des cotisations de Sécurité sociale.

(111) Cass. 2^e civ., 8 oct. 2009, pourvoi n° 08-16.970 : *RJS* 1/2010, n° 78. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a précisé qu'en cas de non-respect du principe de non-substitution, toutes les sommes versées au titre de l'intéressement doivent être réintégrées dans l'assiette des cotisations. Elle ne distingue pas entre l'intéressement qui a remplacé une prime de

88. – Le risque encouru par l'employeur est la réintégration dans l'assiette des cotisations sociales des sommes versées et traitées comme de l'intéressement. Mais, théoriquement, de « faux » accords d'intéressement sont une alternative offerte aux employeurs pour remplacer un élément de rémunération certain par un élément de rémunération aléatoire qui sera maintenu pour la durée de l'accord. La finalité comptable subsiste en dépit du risque de requalification des sommes versées⁽¹¹²⁾. Les salariés concernés ne subiront qu'une perte « relative », les sommes qui leur seront versées pouvant être nulles, inférieures ou supérieures au montant de l'élément de rémunération substitué. Cet aléa porte atteinte à la protection des droits des salariés que proclame la circulaire du 29 janvier 1988⁽¹¹³⁾. La non-substitution a pour finalité de « dissuader les pratiques de substitution préjudiciables »⁽¹¹⁴⁾ aux salariés, mais aucune sanction ne protège leurs intérêts.

B. – La sanction « civile »

89. – Au regard de la protection garantie par le principe de non-substitution, une sanction civile est nécessaire (1°) pour assurer la protection des droits des salariés. Elle doit être adaptée aux spécificités des dispositifs de participation financière pour être efficace (2°).

1° Une sanction nécessaire

90. – Une sanction civile serait justifiée pour prévenir tout abus. Le mode de négociation donne une idée de la force obligatoire d'un accord d'intéressement litigieux une fois la méconnaissance du principe de non-substitution constatée. Les modalités de négociation des accords d'intéressement sont tantôt de droit commun, tantôt de droit spécial⁽¹¹⁵⁾.

nature salariale une année donnée et l'intéressement versé les autres années. À propos du pourvoi incident formé par l'URSSAF dans la même affaire, la Cour de cassation a précisé que le principe de non-substitution ne peut avoir effet que sur l'exercice annuel qui voit l'intéressement se substituer à un élément de salaire. En l'occurrence, l'accord d'intéressement avait été mis en place en 2001. Du fait des mauvais résultats de l'intéressement 2002, une prime fut versée aux salariés en compensation. La troisième année, la formule de calcul de l'intéressement pour 2003 avait été améliorée et la prime ne fut donc pas reconduite. L'administration a précisé que « si la substitution d'un élément de rémunération préexistant à l'accord d'intéressement est établie, elle entraînera la réintégration des primes versées, à hauteur des éléments de rémunération supprimés, dans l'assiette des cotisations et des taxes et participations sur les salaires » (Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 2 II : JO 1^{er} nov., p. 17179). Elle considère néanmoins que « lorsque les primes d'un accord d'intéressement sont requalifiées en éléments de salaire, l'entreprise doit respecter le délai de douze mois entre le dernier versement des primes et la date de prise d'effet d'un nouvel accord » (Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 2 II : JO 1^{er} nov., p. 17179). Il semble que l'administration considère que la prime d'intéressement requalifiée en salaire une année donnée constitue une prime qui ne peut pas être substituée par un accord d'intéressement. Par conséquent, en présence d'un accord d'intéressement triennal et d'une requalification au titre de la première année d'application dudit accord, le risque de redressement peut être reconduit pour les deux dernières années d'application en cas de non-respect d'un délai de douze mois entre la date de versement de la prime requalifiée et le versement de l'intéressement au titre de l'année suivante. Par propagation, la sanction financière peut dépasser le seul exercice annuel.

(112) En effet, l'élément de rémunération certain devenu aléatoire implique que le montant qui sera versé au salarié au titre du « faux » accord d'intéressement variera d'une année sur l'autre et sera supérieur ou inférieur à ce que touchait le salarié au titre de l'élément de rémunération certain. Le coût pour l'employeur sera alors plus ou moins important selon l'exercice.

(113) Circ. intermin. n° DRT/88-4, 29 janv. 1988, abrogée par Circ. intermin. 3 janv. 1992 relative à l'application de l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 sur la participation financière des salariés (modifiée).

(114) Circ. intermin. 3 janv. 1992 relative à l'application de l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 sur la participation financière des salariés, modifiée par L. n° 90-1002, 7 nov. 1990.

(115) L'article L. 3312-5 du Code du travail décide, d'une part, que les accords d'intéressement sont conclus « par convention ou accord collectif de travail » et « par accord entre l'employeur et les représentants d'organisations syn-

Conclu selon les modalités de droit commun, un accord d'intéressement doit pouvoir conserver sa force obligatoire. L'accord porte sur un complément de rémunération « dont la cause juridique réside dans l'effort collectif des travailleurs qui a permis d'obtenir les résultats pris en compte »⁽¹¹⁶⁾. Il en va différemment des accords conclus selon le droit spécial. Ce mode de négociation est réservé aux accords relatifs aux dispositifs de participation financière. Il convient d'admettre qu'en cas de non-respect du principe de non-substitution, l'accord conclu selon le droit spécial n'aura pas la même force obligatoire que celui négocié conformément au droit commun de la négociation collective. La violation du principe de non-substitution prive un accord de sa qualification d'accord d'intéressement, à l'instar des autres principes de la participation financière également applicables à la participation aux résultats. S'il a été négocié selon les modalités de droit spécial, il n'aura pas la nature d'un accord collectif. L'accord qui implique que « l'avantage convenu par l'accord d'intéressement se substitue à un élément de salaire en vigueur dans l'entreprise »⁽¹¹⁷⁾ ne sera pourtant pas dépourvu de portée juridique. Il sera assimilé à un accord atypique correspondant à un engagement unilatéral de l'employeur : la qualification contractuelle est écartée pour les accords d'intéressement conclus selon les modalités de droit spécial mais ne respectant pas le principe de non-substitution. Faire abstraction du droit commun des contrats permet d'être « plus fidèle à la notion de pouvoir de direction du chef d'entreprise, plus conforme aux techniques propres du droit du travail »⁽¹¹⁸⁾. L'engagement pourra être dénoncé, mais la suppression de l'élément de rémunération substitué sera maintenue.

L'employeur peut dénoncer unilatéralement les engagements unilatéraux à durée indéterminée et à exécution successive⁽¹¹⁹⁾. La dénonciation doit être notifiée aux représentants du personnel et à tous les salariés qui profitent individuellement de l'engagement unilatéral. Au visa de « la règle de dénonciation des usages et engagements unilatéraux », la Cour de cassation considère que « la dénonciation d'un usage est nulle s'il est établi que le motif qui a entraîné la décision de l'employeur est illicite »⁽¹²⁰⁾. Un élément de rémunération mis en place antérieurement à un accord d'intéressement peut résulter d'un engagement unilatéral. Sa dénonciation dans des conditions qui établissent objectivement un lien de causalité entre la suppression de l'élément de salaire institué et la mise en place de l'accord d'intéressement a un motif illicite. Elle aboutit à méconnaître le principe de non-substitution, principe fondamental de l'intéressement qui vise à protéger les droits des salariés en matière de rémunération. En toute hypothèse, l'absence de sanction civile expose les salariés à supporter un préjudice.

dicales représentatives dans l'entreprise », d'autre part, que la mise en place peut se faire « par accord conclu au sein du comité d'entreprise » ou « à la suite de la ratification à la majorité des deux tiers du personnel, d'un projet d'accord proposé par l'employeur ».

(116) J. Savatier, *L'interdiction de substituer un intéressement à un élément de salaire* : *Dr. soc.* 1991, p. 756, spéc. p. 759.

(117) *Ibid.*

(118) C. Freyia, *Les accords d'entreprise atypiques – jurisprudence commentée*, note ss *Cass. soc.*, 7 janv. 1988 : *Dr. soc.* 1988, p. 464, spéc. p. 465.

(119) J. Péliissier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 26^e éd. 2011, n° 712.

(120) *Cass. soc.*, 5 nov. 2003, pourvoi n° 01-45.207, inédit.

2° Une sanction efficace

91. – Diverses sanctions civiles sont envisageables (a). L'une mérite notamment d'être envisagée (b).

a) Les sanctions envisageables

92. – Il conviendrait de sanctionner civilement la violation du principe de non-substitution. Dans un souci de simplicité et de cohérence, la sanction devrait être la même que l'accord illégal ait été négocié d'après les modalités de droit commun ou de droit spécial. La nullité sanctionne l'inobservation de l'une des conditions prescrites par la loi pour la formation du contrat. Elle emporte sa destruction rétroactive. La résolution produit le même effet, mais elle s'applique à un contrat régulièrement conclu qu'elle détruit rétroactivement. La résolution tient à une circonstance postérieure telle que la survenance d'un élément incertain (condition résolutoire ou suspensive) ou l'inexécution de ses obligations par l'une des parties à un contrat synallagmatique. Certains auteurs considèrent qu'en vertu de l'article 1184 du Code civil, la résolution ne joue que dans ce dernier type de contrat⁽¹²¹⁾. La concordance n'est pas totale car certains contrats synallagmatiques tels que les contrats aléatoires⁽¹²²⁾ ne peuvent être résolus, et certains contrats qui ne sont pas synallagmatiques peuvent l'être⁽¹²³⁾. De plus, les modalités de mise en place d'un accord d'intéressement n'impliquent pas nécessairement l'existence de deux parties⁽¹²⁴⁾. Pour bénéficier du régime fiscal et social plus favorable, la formule de calcul d'un accord d'intéressement doit être aléatoire. L'existence de l'aléa perturbe le mécanisme de la résolution⁽¹²⁵⁾ des contrats aléatoires⁽¹²⁶⁾. Nous pouvons admettre qu'il en aille de même pour un accord d'intéressement, aléatoire par nature mais dont la nature, en droit civil, peut être discutée⁽¹²⁷⁾. En toute hypothèse, la résolution d'un accord d'intéressement ne sera pas envisageable, faute que les conditions de la résolution judiciaire puissent être réunies.

93. – L'inopposabilité a la même cause que la nullité mais s'en distingue par ses effets. Un contrat inopposable ne peut être opposé aux tiers. La notion de tiers s'apprécie au regard du principe de l'effet relatif des contrats⁽¹²⁸⁾. Les tiers ne peuvent pas devenir créanciers ou débiteurs d'un contrat qu'ils n'ont pas conclu. Le droit commun de la négociation collective déroge au droit commun des contrats. Les salariés admis au bénéfice d'un accord d'intéressement ne sont pas de véritables tiers à l'accord d'entreprise. Les stipulations d'un accord d'intéressement produisent des effets en faveur des salariés. Dans une certaine mesure, ils sont plus une partie au contrat que tiers, les obligations prévues par l'accord d'intéressement s'imposant à eux. Cette dérogation à l'effet relatif des contrats implique que l'inopposabilité ne

(121) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 10^e éd. 2009, n° 646.

(122) *Ibid.*, n° 649.

(123) V. Larribau-Terneyre, *Le domaine de l'action résolutoire : recherches sur le contrat synallagmatique*, thèse dactyl., Pau, 1988, in F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 10^e éd. 2009, p. 654, note 1.

(124) C. trav., art. L. 3312-5, 4^e et L. 3322-6, 4^e.

(125) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 10^e éd. 2009, n° 649.

(126) C. civ., art. 1964.

(127) V. *infra*, n°s 105 et s.

(128) C. civ., art. 1165.

peut être une sanction du non-respect du principe de non-substitution. Elle serait dépourvue d'effets.

b) La sanction envisagée

94. – La nullité... La seule sanction civile réellement envisageable serait donc la nullité. L'inobservation du principe de non-substitution pourrait être une cause de nullité car l'absence de substitution d'un élément de rémunération par de l'intéressement est une condition légale de formation du contrat d'intéressement. Aujourd'hui, le non-respect du principe ôte à l'accord litigieux la qualité de contrat d'intéressement, mais ce dernier produit toujours des effets. Le plus souvent, la substitution d'une prime d'intéressement à un élément de rémunération correspond à un comportement frauduleux. La nullité pour fraude répond cependant à une notion plus indécise. Selon l'adage *Fraus omnia corrumpit*⁽¹²⁹⁾, un « contrat qui, tout en étant objectivement régulier, a été conclu dans un dessein frauduleux peut être annulé »⁽¹³⁰⁾. La sanction de la fraude est l'inopposabilité de l'acte car elle frappe d'inefficacité le résultat frauduleusement obtenu.

Le remplacement d'un élément de rémunération par une prime d'intéressement porte atteinte à l'ordre public social. Il altère la rémunération des salariés et porte atteinte à leurs droits, leur causant un préjudice que la simple inopposabilité ne peut pas réparer. L'inopposabilité « doit se transformer en nullité lorsque les intérêts des tiers ne peuvent être sauvegardés que si les effets *inter partes* de l'acte disparaissent également »⁽¹³¹⁾. La nullité semble alors constituer la seule sanction civile appropriée du comportement frauduleux de l'employeur. La théorie des nullités distingue traditionnellement les nullités absolues et les nullités relatives. Les premières peuvent être invoquées par toute personne qui y a intérêt dans l'hypothèse d'une violation de règles d'ordre public. Les secondes sont destinées à protéger des intérêts privés. Dans ce cas, seules les personnes que la loi a entendu protéger peuvent s'en prévaloir. La doctrine s'accorde dans sa grande majorité sur ces critères de distinction, parfois critiqués⁽¹³²⁾.

95. – La nullité relative... La faculté de se prévaloir de la nullité relative est réservée à la personne dans l'intérêt de laquelle la règle protectrice a été édictée. En droit commun des contrats, cela ne concerne que l'une des parties. Celle qui négocie avec l'employeur un accord d'intéressement pourra se prévaloir d'une nullité relative⁽¹³³⁾. Tout dépendra du mode de mise en place⁽¹³⁴⁾. Mais en toute hypothèse, l'employeur ne pourra pas l'invoquer. Il serait légitime que les salariés puissent se prévaloir de la nullité d'un accord d'intéressement en raison des répercussions de la substitution

(129) H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd. 1999, p. 281.

(130) J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations – 1. L'acte juridique*, Sirey université, 14^e éd. 2010, n° 323, p. 298, spéc. p. 299.

(131) H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd. 1999, p. 289.

(132) Sur la critique des critères de distinction, cf. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 411, 2004, n°s 1021 et s.

(133) Il peut s'agir d'un ou plusieurs syndicats représentatifs au niveau de la branche, au niveau de l'entreprise, d'un ou plusieurs salariés mandatés par une organisation syndicale représentative ou s'il existe, du comité d'entreprise.

(134) C. trav., art. L. 3312-5, 1^o à 3^o.

sur leur rémunération, y compris lorsque l'accord en question est né d'un projet présenté par l'employeur et ratifié à la majorité des deux tiers du personnel⁽¹³⁵⁾.

Seuls les cocontractants de l'employeur peuvent se prévaloir de la théorie générale des nullités. Lorsqu'il y a représentation en vertu d'un mandat, « les effets de la convention s'accomplissent, non entre le représentant et le tiers avec lequel il contracte, mais entre le tiers et le représenté bien que celui-ci n'ait pas matériellement figuré au contrat »⁽¹³⁶⁾. En matière de représentation du personnel, il ne peut pas être « fait référence à la stricte notion de mandat »⁽¹³⁷⁾. Le « mandat » des représentants du personnel est exercé pour la défense des intérêts des salariés d'une entreprise et non des « salariés pris en tant que personnes »⁽¹³⁸⁾. L'action d'un ou plusieurs salariés concernés par la substitution reste justifiée car l'accord litigieux produit ses effets à leur encontre. Les salariés représentés doivent donc être admis à invoquer la nullité relative de l'accord d'intéressement. Une difficulté naît de la dissymétrie entre une confirmation par certains salariés en leur qualité de créancier des obligations prévues par l'accord d'intéressement et un refus de confirmation exprimé par d'autres, la confirmation n'engageant que le confirmant⁽¹³⁹⁾. Pour être efficace, il faudrait que la confirmation d'un accord nul soit un acte conjonctif⁽¹⁴⁰⁾.

96. – La nullité absolue... Cette sanction serait plus appropriée. En vertu d'une telle nullité, toute personne intéressée par les dispositions d'un accord d'intéressement peut s'en prévaloir. Les salariés qui ne sont pas parties à l'accord d'intéressement mais qui sont protégés par le principe de non-substitution seraient fondés à l'invoquer. La confirmation de l'acte frappé de nullité absolue est exclue « parce qu'il n'est pas possible de renoncer à une action en nullité absolue »⁽¹⁴¹⁾. Selon certains auteurs, la jurisprudence sociale a fait une œuvre novatrice en matière d'effets de la nullité. Alors qu'en « droit commun l'acte annulé est considéré comme n'ayant jamais existé, en droit du travail, il ne disparaît qu'en tant qu'il porte atteinte à la protection des travailleurs et dans la mesure seulement où il le fait »⁽¹⁴²⁾. Elle a élaboré une nouvelle théorie des nullités qui sublime la dichotomie existant en droit positif entre nullité relative et nullité absolue. Le droit du travail est régi par un impératif de protection des travailleurs. La distinction entre les nullités relatives et les nullités absolues s'adapte mal à l'ordre public de protection⁽¹⁴³⁾, ce qui pose difficulté.

(135) C. trav., art. L. 3312-5, 4°.

(136) P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 5^e éd. 2011, n° 532.

(137) F. Petit, *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 2000, t. 291, p. 6.

(138) *Ibid.*

(139) En théorie, il ne peut être que l'une des parties signataires en faveur desquelles la nullité est édictée. Mais en droit des relations collectives de travail, il est permis d'admettre que des salariés puissent confirmer un accord entaché de nullité, cette dernière étant en réalité édictée en leur faveur.

(140) Cf. R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 1990, t. 213.

(141) P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 5^e éd. 2011, n° 704.

(142) J. Laroque, *Réflexions sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, in *Tendances du droit du travail français contemporain*, Études offertes à G.-H. Camerlynck, Dalloz, 1978, p. 31.

(143) P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, préc.

97. – **Une nullité *sui generis*...** Alors que « la violation d'une règle d'ordre public de protection, destinée à protéger une partie faible au contrat justifie normalement une nullité relative »⁽¹⁴⁴⁾, cette violation « est pourtant parfois sanctionnée par une nullité absolue »⁽¹⁴⁵⁾. C'est donc une « nullité *sui generis* »⁽¹⁴⁶⁾ qui pourrait frapper un accord d'intéressement qui ne respecte pas le principe de non-substitution. Elle pourrait être invoquée par les parties que la loi protège mais ses effets seraient opposables à la collectivité des salariés intéressés. L'effet rétroactif de cette nullité devrait également être atténué en raison du caractère « immoral » ou « illicite » de l'accord d'intéressement litigieux.

L'« exception d'indignité »⁽¹⁴⁷⁾ résulte de la règle *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. En application de cette règle, le contractant qui a adopté un comportement immoral ne peut pas obtenir restitution de la prestation fournie⁽¹⁴⁸⁾. En négociant volontairement un accord d'intéressement qui ne respecte pas le principe de non-substitution, l'employeur fait preuve de turpitude. Lui imposer de verser au salarié le montant de l'élément de rémunération qu'il aurait normalement dû percevoir en plus du montant de la prime d'intéressement permettrait de protéger efficacement les objectifs du principe de non-substitution⁽¹⁴⁹⁾.

(144) M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 2004, t. 411, n° 1019.

(145) *Ibid.*

(146) *Ibid.*, p. 599, spéc. p. 600.

(147) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 10^e éd. 2009, n°s 428 et s.

(148) La Cour de cassation a considéré qu'en cas de substitution prohibée qui résulte de la concomitance de deux accords (un avenant qui supprime une prime et un accord d'intéressement), ils sont privés d'effet. Le salarié est alors en droit de prétendre au paiement de la prime substituée pendant la période pour laquelle il en réclamait le versement (Cass. soc., 9 nov. 2005, pourvoi n° 03-43.526, inédit). En revanche, elle a admis que l'employeur est en droit de formuler une demande de remboursement des primes versées au titre de l'intéressement si cette demande n'est pas prescrite (Cass. soc., 16 févr. 2011, pourvoi n° 09-43.089 : *RJS* 5/2011, n° 444). La Cour de cassation a considéré que la prescription de cinq ans ne s'applique pas lorsque la créance, même périodique, dépend d'éléments, qui, comme pour la participation aux fruits de l'expansion de l'entreprise, ne sont pas connus des bénéficiaires (Cass. soc., 26 oct. 2011, pourvoi n° 10-14.175 : *Bull. civ.* 2011, V, n° 244). Cette solution s'inscrit dans la jurisprudence constante de la Cour de cassation (Cass. ass. plén., 7 juill. 1978, n° 76-15.485 : *Bull. civ.* 1978, ass. plén., n° 4. – Cass. soc., 14 avr. 1988, pourvoi n° 85-46.027 : *Bull. civ.* 1988, V, n° 228. – Cass. soc., 26 janv. 1989, pourvoi n° 86-43.081 : *Bull. civ.* 1989, V, n° 81 ; *RJS* 3/1989, n° 256) selon laquelle la prime de participation se prescrit par trente ans (H. Guyot, *Prescription de la créance de participation*, note ss Cass. soc., 26 oct. 2011 : *JCP S* 2012, 1003). Dans la droite ligne des dispositions transitoires de l'article 26 de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile (*JO* 18 juin, p. 9856), la jurisprudence considère que les demandes relatives aux sommes versées au titre de l'intéressement et de la participation sont soumises à la prescription quinquennale à compter de l'entrée en vigueur de la loi (Cass. soc., 9 nov. 2011, pourvoi n° 10-12.941, inédit). En revanche, une action engagée par un acte antérieur à l'entrée en vigueur de la loi est soumise à la prescription trentenaire (Cass. soc., 8 nov. 2011, pourvoi n° 09-67.786, inédit). *A contrario*, si l'action est engagée par un acte postérieur, la prescription quinquennale devrait s'appliquer.

(149) Assurer la protection des droits des salariés en matière de rémunération et garantir les impératifs d'équilibre financier des régimes de sécurité sociale.

SECTION 2

LE PRINCIPE D'IMPRÉVISIBILITÉ⁽¹⁵⁰⁾

98. – En 1994, le législateur a inscrit dans la loi le caractère aléatoire que doit revêtir tout accord d'intéressement⁽¹⁵¹⁾ (§ 1). L'existence de cette exigence mérite examen (§ 2).

§ 1. – L'exigence d'imprévisibilité

99. – Quelle réalité recouvre l'exigence d'imprévisibilité (A) ? Comment en garantir au mieux le respect (B) ?

A. – Formulation de l'exigence

100. – **La formulation légale...** Le caractère aléatoire de l'intéressement est inscrit à l'article L. 3312-1 du Code du travail. La loi du 25 juillet 1994⁽¹⁵²⁾ a renforcé ce caractère. Elle prescrit la présence d'une formule de calcul claire, d'une part, et prévoit un double délai de conclusion et de dépôt des accords, d'autre part, afin d'éviter la prise en compte de paramètres connus ou prévisibles lors de la signature de l'accord. Le Code du travail ne se prononce pas expressément sur l'applicabilité de ce caractère à la participation aux résultats. Il dispose qu'un « accord de participation peut établir un régime de participation comportant une base de calcul et des modalités différentes »⁽¹⁵³⁾ de celles définies par la loi. L'accord de participation dérogatoire doit respecter les principes posés dans le titre relatif à la participation aux résultats, mais le titre concerné ne comporte aucune disposition prévoyant le respect du caractère aléatoire. Le sentiment que la loi n'exige pas le respect du principe d'imprévisibilité en matière de participation aux résultats, par opposition à l'intéressement, est renforcé par le régime applicable au supplément de participation⁽¹⁵⁴⁾. La loi ne prévoit pas explicitement qu'il doit respecter le principe d'imprévisibilité. Une entreprise dont l'effectif dépasse le seuil de cinquante salariés est obligée de mettre en place la participation aux résultats. Un chef d'entreprise peut reprendre la formule de calcul prévue par un accord d'intéressement antérieurement conclu⁽¹⁵⁵⁾ aux lieu et place de la formule de calcul de l'accord de participation⁽¹⁵⁶⁾. En raison de l'interchangeabilité des formules, le fait que le caractère aléatoire s'impose à l'intéressement est transposable à la participation.

(150) Le caractère aléatoire réside dans l'aléa économique de l'entreprise. L'existence de l'intéressement dépend donc d'un événement extérieur, étranger à la volonté des cocontractants et qui est imprévisible lors de la conclusion de l'accord d'intéressement ou de participation. Certains auteurs le qualifient de « principe d'acquisition ». Mais ce n'est pas tant l'acquisition d'une prime que l'imprévisibilité de cette acquisition que le caractère aléatoire recouvre.

(151) D. Boulmier, *L'accord d'intéressement et requalification des primes : Semaine sociale Lamy* 1998, suppl., n° 887, p. 23.

(152) L. n° 94-640, 25 juill. 1994, relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise (JO 27 juill. 1994, p. 10382).

(153) C. trav., art. L. 3324-2.

(154) V. *infra*, n° 409 et s.

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

(156) À défaut d'accord négocié, le régime d'autorité s'applique. Seule la formule légale permet de calculer le montant de la réserve spéciale de participation. Elle ne peut être remplacée par une autre.

101. – La formulation administrative... Le préambule de la circulaire du 9 mai 1995⁽¹⁵⁷⁾ précise que « la participation des salariés est fondée sur les résultats économiques de l'entreprise, en reconnaissant aux salariés un véritable droit sur les bénéfices réalisés ». Il en résulte que « le système de participation repose donc sur l'aléa économique de l'entreprise ». La circulaire du 14 septembre 2005 renforce cette idée. Elle considère qu'un accord qui prévoit une dérogation au mode de calcul de la réserve spéciale de participation doit respecter le caractère aléatoire. Le mode de calcul dérogatoire doit au moins s'appliquer à un exercice dont les résultats n'étaient ni connus ni prévisibles au moment de la signature de l'accord⁽¹⁵⁸⁾. L'administration ajoute que les accords de participation ne peuvent être modifiés ou dénoncés⁽¹⁵⁹⁾ avant la clôture d'au moins un des exercices⁽¹⁶⁰⁾. Un auteur considère néanmoins que la dualité des logiques, source de la dualité des systèmes d'intéressement et de participation, ne justifie pas l'identité du raisonnement administratif⁽¹⁶¹⁾. L'intéressement aurait une fonction active d'incitation à l'atteinte du résultat alors que la participation aurait un simple objet de répartition. Cette position est, selon nous, critiquable car elle impliquerait que le régime de la participation aux résultats dérogatoire serait différent de celui prévu par le droit commun.

102. – La formulation élargie... L'exigence du caractère aléatoire puise son explication dans l'objectif visé à travers la mise en place de dispositifs de participation financière. L'intéressement des salariés aux résultats ou aux performances agit comme un stimulant. Plus les résultats ou les performances sont satisfaisants, plus la prime d'intéressement dont les salariés bénéficieront sera élevée. La participation aux résultats répond à la même logique. Le bénéfice net doit être supérieur à 5 % des capitaux propres pour qu'une réserve spéciale de participation soit dégagée. L'augmentation de la production de l'entreprise accroît le montant de la réserve à partager⁽¹⁶²⁾. L'aléa tient aux résultats de l'entreprise, fonction de l'intensité du travail de chacun et du climat qui règne dans l'entreprise. Il tient également au marché, à la conjoncture économique et à la stratégie d'entreprise adoptée par ses dirigeants⁽¹⁶³⁾. Est aléatoire ce « qui dépend du hasard ; qui dépend d'un événement dont la survenance ou les résultats sont incertains ; par voie de conséquence qui comporte un risque de perte ou une chance de gain »⁽¹⁶⁴⁾. Le respect du caractère aléatoire est fonction de l'existence d'un aléa, non de son intensité. Un accord d'in-

(157) Circ. min. Affaires sociales 9 mai 1995 : BOMT 95/10.

(158) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 3 II : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(159) Les clauses de dénonciation ne peuvent pas avoir pour effet de porter atteinte au caractère aléatoire de la participation aux résultats, notamment en prévoyant la remise en cause de l'accord si un montant minimum de droits n'est pas dégagé.

(160) Circ., 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 2 III : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(161) D. Fabre, *L'aléa dans la participation* : TPS 1999, chron. 2, p. 6.

(162) Il convient de nuancer la dimension motrice de la formule légale de calcul de la réserve spéciale de participation. Indépendamment du coefficient de 1/2, le rapport de la masse salariale à la valeur ajoutée contredit partiellement cette dynamique. Plus la valeur ajoutée sera élevée par rapport à la masse salariale, plus le rapport sera faible. Ce constat traduit la réalité suivante : plus les salariés sont productifs, plus le montant final de la réserve spéciale de participation sera diminué du fait de l'action de ce coefficient de pondération. Pour considérer la formule légale comme un outil de motivation des salariés, il faut admettre que la pondération ne réduit pas significativement le montant qui résulte de la soustraction de 5 % des capitaux propres au bénéfice net.

(163) P. Lyon-Caen, *Les apprentis peuvent-ils être exclus d'un accord d'intéressement ?* : RJS 11/2000, p. 716, spéc. p. 718. – Cass. soc., 27 juin 2000, pourvoi n° 98-11.909 : Bull. civ. 2000, V, n° 252 ; RJS 11/2000, n° 1120.

(164) G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, p. 53.

téressement qui prévoit un intéressement aux performances qui induit un « aléa faible »⁽¹⁶⁵⁾ respecte le caractère aléatoire.

M. Boulmier⁽¹⁶⁶⁾ considère que la valeur ajoutée et le chiffre d'affaires ne sont pas des critères aléatoires. Cette position critiquable suppose que la participation des salariés aux résultats de l'entreprise est un dispositif qui n'a pas à respecter le principe d'imprévisibilité. Elle est contredite par la jurisprudence. La Cour de cassation décide que « le caractère aléatoire de la participation des salariés aux résultats de l'entreprise, auquel est subordonnée l'exonération des cotisations sociales, s'oppose à ce que les dispositions d'un accord relatives au calcul du montant de la réserve spéciale soient modifiées en connaissance des résultats de l'exercice à partir desquels elle est établie »⁽¹⁶⁷⁾. Cette connaissance est considérée comme acquise lorsque la moitié de l'exercice s'est écoulée, soit dès le premier jour du deuxième semestre de l'exercice. Passée cette date, toute modification de la formule de calcul privera l'accord de participation de son caractère aléatoire. La participation aux résultats est fondée sur l'expansion des entreprises⁽¹⁶⁸⁾. Elle est aléatoire par nature. Des formules fondées sur des éléments d'appréciation indépendants du résultat économique global de l'entreprise sont exclues. Le caractère aléatoire de la participation, qui réside dans l'existence d'un bénéfice, en constitue un principe fondamental⁽¹⁶⁹⁾.

B. – Sanction de l'exigence

103. – Le caractère aléatoire est une condition nécessaire pour que l'entreprise bénéficie du régime fiscal et social plus favorable prévu par la loi. L'intéressement des salariés à l'entreprise « doit présenter un caractère aléatoire et résulter d'une formule de calcul liée » soit aux résultats ou aux performances de l'entreprise, soit aux résultats de l'une ou plusieurs de ses filiales⁽¹⁷⁰⁾. À propos de la participation aux résultats, l'administration lève le doute sur ce point et précise que « les versements effectués au titre de la participation sont requalifiés en salaire dès lors que l'accord ne présente pas de caractère aléatoire »⁽¹⁷¹⁾. À l'origine, le principe d'imprévisibilité résultait d'interprétations administratives. Ce n'est qu'à compter de la loi du 25 juillet 1994 et en raison de la convergence de multiples interprétations que son respect s'impose à tous les dispositifs de participation financière. Avant son émergence, les principes fondamentaux des dispositifs de participation financière étaient suffisants pour motiver les salariés et garantir leurs droits. L'arrivée de ce caractère a probablement accentué le premier volet, non le second. Sa raison d'être est autre.

Le caractère aléatoire ne garantit pas les droits des salariés. À défaut d'aléa, un intéressement ou une réserve spéciale de participation se réalise nécessairement et

(165) Cass. soc., 2 juill. 2003, pourvoi n° 00-22.101 : RJS 10/2003, n° 1199.

(166) D. Boulmier, *L'accord d'intéressement et requalification des primes : Semaine sociale Lamy* 1998, suppl., n° 887, p. 25.

(167) Cass. soc., 19 nov. 1998, pourvoi n° 96-22.869 : Bull. civ. 1998, V, n° 510 ; RJS 1/1999, n° 82.

(168) Initialement, l'ordonnance n° 67-693 du 17 août 1967 instaure « la participation des salariés aux fruits de l'expansion de l'entreprise ».

(169) Circ. n° DRT/88/4, 29 janv. 1988, confirmée par le préambule de la circulaire du ministère des Affaires sociales du 9 mai 1995 : BOMT 95/10.

(170) C. trav., art. L. 3312-2.

(171) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 3 et fiche 2 III : JO 1^{er} nov., p. 17179.

profite aux salariés. Ce n'est pas le cas lorsque l'existence d'un aléa est requise. Le non-respect du principe d'imprévisibilité est sans incidences pour les salariés à partir du moment où des sommes sont dégagées, mais pénalise l'employeur. Ce dernier ne bénéficie pas des exonérations fiscales et sociales prévues par la loi lorsqu'il ne respecte pas le caractère aléatoire. Le non-respect du principe d'imprévisibilité connaît la même sanction que la méconnaissance des principes de non-substitution et de non-exclusion, alors même qu'il ne garantit pas les mêmes impératifs d'ordre public. L'existence des principes de non-substitution⁽¹⁷²⁾ et de non-exclusion⁽¹⁷³⁾ était acquise dès l'origine. La volonté du législateur de préserver les droits des salariés et l'impératif d'équilibre financier des régimes de sécurité sociale⁽¹⁷⁴⁾ justifie que le bénéfice des exonérations fiscales et sociales soit subordonné au respect de ces principes. La sanction du non-respect du principe d'imprévisibilité se contente de prévenir une instrumentalisation abusive, voire frauduleuse, des dispositifs de participation financière par l'employeur. Ce principe est une condition supplémentaire requise pour qu'un employeur soit admis au bénéfice du régime fiscal et social plus favorable auquel les dispositifs de la participation financière ouvrent droit.

§ 2. – L'application de l'imprévisibilité

104. – Quelle est la nature de l'aléa dans les dispositifs de participation financière (A) ? Comment l'apprécier (B) ?

A. – La nature de l'aléa

105. – Les dispositifs de participation financière doivent comporter un aléa (1°). Une obligation conditionnelle en jaillit (2°).

1° Un contrat aléatoire

106. – La doctrine et la jurisprudence qualifient un contrat d'aléatoire « dès que son utilité pour l'une des parties est subordonnée à la survenance ou à la défaillance d'un événement incertain »⁽¹⁷⁵⁾. Le contrat aléatoire implique que l'étendue d'une prestation est incertaine parce qu'elle dépend de l'effort organisé, et quelquefois du hasard, pour atteindre l'objectif fixé⁽¹⁷⁶⁾. Le contrat aléatoire de droit civil se caractérise par la perte subie par l'une des parties qui entraîne le gain de son partenaire. En droit du travail, il faut que soit établi « un gain » de l'entreprise (réalisation d'un chiffre d'affaires, progression d'un exercice sur l'autre, diminution des pertes, meilleures performances du personnel, etc.) pour que soit reconnu au profit des salariés un gain issu de la participation financière. Ce gain de l'entreprise n'est pas la contre-

(172) Ord. n° 59-126, 7 janv. 1959, tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise, art. 4 (JO 9 janv., p. 642).

(173) *Ibid.*, art. 2 (JO 9 janv., p. 641).

(174) *V. supra*, n° 67.

(175) F. Grua, *Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs* : RTD civ. 1983, p. 263, spéc. p. 281.

(176) C'est ce qu'évoque l'article 1104, alinéa 2, du Code civil lorsqu'il précise que la contre-prestation caractéristique du contrat aléatoire consiste dans une chance de gain ou de perte.

partie du gain des salariés. Il est l'événement aléatoire qui conditionne le versement des sommes issues de la participation ou de l'intéressement. La contrepartie est l'appauvrissement qui résulte du paiement des primes dues. Cet appauvrissement de l'entreprise n'est pas constitutif d'une perte réelle. La constitution d'un intéressement ou d'une réserve spéciale de participation implique un enrichissement de l'employeur proportionnellement supérieur aux coûts engendrés par le versement des primes aux salariés. En raison de l'absence d'antagonisme entre les intérêts des parties, les contrats qui mettent en place des dispositifs de participation financière ne peuvent pas être assimilés à des contrats aléatoires au sens de l'article 1104 du Code civil.

2° Une obligation conditionnelle

107. – L'article 1168 du Code civil décide qu'une obligation est conditionnelle « lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas ». Les dispositifs de participation financière font peser sur l'employeur une obligation qui est suspendue jusqu'à ce qu'un événement se réalise. C'est dans la réalisation ou l'absence de réalisation d'un événement incertain que le caractère aléatoire des dispositifs de participation financière réside. La condition suspensive en question dépend du hasard et n'est nullement au pouvoir du créancier (l'employeur) ou du débiteur (la collectivité des salariés). Elle dépend de l'aléa économique de l'entreprise. C'est une condition casuelle⁽¹⁷⁷⁾ telle que la définit le Code civil. Il y a « par nature un caractère aléatoire dans la condition »⁽¹⁷⁸⁾. Contrairement aux contrats aléatoires, la condition permet aux parties de se prémunir contre une chance de gain ou un risque de perte. Transposé aux dispositifs de participation financière, il faut considérer que le caractère aléatoire se retrouve dans l'obligation de l'employeur de verser les primes à ses salariés, et non dans la nature du contrat qui fait naître cette obligation⁽¹⁷⁹⁾. La Cour de cassation n'avait d'ailleurs pas retenu l'analyse d'une URSSAF selon laquelle un contrat d'intéressement était un contrat consensuel aléatoire par nature⁽¹⁸⁰⁾.

B. – L'appréciation de l'aléa

108. – L'aléa réside dans les différents paramètres utilisés en matière de participation financière (1°). La loi, la majorité de la doctrine et certains arrêts considèrent qu'il est caractérisé par sa formulation mathématique, et non dans son *quantum* (2°).

1° L'aléa des paramètres

109. – Une formule d'intéressement qui repose sur des critères liés aux résultats ou aux performances doit respecter le principe d'imprévisibilité. Elle doit s'appuyer

(177) C. civ., art. 1169.

(178) A. Bénabent, *Droit civil : les obligations*, Montchrestien, 12^e éd. 2010, n° 318.

(179) Pour un exemple de jugement qui considère que les modalités de calcul d'un intéressement ne s'analysent pas comme constituant une condition, au sens des articles 1168 et suivants du Code civil, à l'ouverture du droit à intéressement, cf. CA Paris, 31 oct. 2001 : *RJS* 3/2002, n° 313.

(180) Cass. soc., 14 déc. 1995, pourvoi n° 93-14.407 : *RJS* 2/1996, n° 142.

sur des éléments objectifs, quantifiables, mesurables et refléter un effort collectif d'où est né le résultat ou la performance. La formule de calcul légale de la réserve spéciale de participation répond à l'ensemble de ces critères. *A fortiori*, il doit en être ainsi pour toute formule dérogatoire prévue dans un accord de participation. Jusqu'en 2002, la Cour de cassation contrôlait le respect du principe d'imprévisibilité⁽¹⁸¹⁾. Elle avait d'abord considéré que des primes calculées en fonction du chiffre d'affaires et de l'augmentation de celui-ci présentaient un caractère aléatoire, les éléments pris en compte ayant un caractère variable⁽¹⁸²⁾. La cour avait admis qu'un accord retenant une capacité d'autofinancement positive respectait le caractère aléatoire⁽¹⁸³⁾. Aujourd'hui, elle décide que c'est dans l'exercice de leur pouvoir souverain que les juges du fond apprécient le respect du caractère aléatoire⁽¹⁸⁴⁾. La cour leur laisse toute liberté pour décider que la formule de calcul d'un accord d'intéressement respecte, ou non, ce caractère⁽¹⁸⁵⁾. Reconnaître aux juges du fond le pouvoir d'apprécier souverainement le respect du principe d'imprévisibilité dans une formule de calcul est source d'insécurité juridique⁽¹⁸⁶⁾.

110. – L'intéressement aux performances... L'intéressement à la performance « est lié à l'atteinte d'objectifs définis en termes de délais, qualité, productivité, chiffre d'affaires, etc. »⁽¹⁸⁷⁾. Ce mode de calcul offre une grande latitude dans l'élaboration de la formule de calcul. Il doit refléter le mieux possible la contribution des salariés aux performances de l'entreprise. Elles peuvent se mesurer par l'atteinte d'objectifs⁽¹⁸⁸⁾ (qualité, sécurité, satisfaction de la clientèle) autres qu'économiques

(181) La jurisprudence antérieure au revirement de 2002 avait esquissé les contours du caractère aléatoire.

(182) Cass. soc. 25 mars 1999, pourvoi n° 97-15.910 : *RJS* 5/1999, n° 708.

(183) Cass. soc., 18 janv. 2001, pourvoi n° 99-15.129 : *RJS* 4/2001, n° 481.

(184) Cass. soc., 17 déc. 2002, n° 01-20.472 : *Bull. civ.* 2002, V, n° 394 ; *RJS* 3/2003, n° 370. – Cass. soc., 29 oct. 2003, n° 01-21.466 : *RJS* 1/2004, n° 84.

(185) Certains auteurs ont considéré que l'arrêt de 2002 marquait plutôt la volonté de la Cour de cassation de ne plus s'immiscer dans le calcul des formules d'intéressement pour déterminer si, *in fine*, la formule présentait bien un caractère aléatoire. Son contrôle serait alors réduit à un simple contrôle des critères comme elle l'avait déjà fait dans un arrêt qui validait la prise en compte du taux de fréquence des accidents du travail dans un accord d'intéressement (Cass. soc., 24 sept. 2002, n° 00-18.290 : *Bull. civ.* 2002, V, n° 277 ; *RJS* 12/2002, n° 1422).

(186) L'étendue du contrôle des juges du fond sur les modalités de calcul de l'intéressement a été précisée par de récents arrêts de la Cour de cassation. À propos d'un accord d'intéressement dont le seuil déclencheur était l'atteinte d'un niveau de résultat d'exploitation, la Cour de cassation a considéré qu'il appartient aux juges du fond « de vérifier si le montant du résultat d'exploitation mentionné par l'employeur sur l'imprimé fiscal correspondait au résultat effectivement réalisé déterminé conformément aux normes comptables auquel se réfère l'accord » (Cass. soc., 31 mars 2010, pourvoi n° 08-44.056, inédit). La certification des comptes par le commissaire aux comptes est insuffisante. Il appartient à la cour d'appel « de vérifier si le résultat net comptable consolidé pris en compte par la société Natixis comme base de calcul de l'intéressement avait été établi conformément aux normes comptables en vigueur, en ce qu'il excluait les résultats de la branche apportée antérieurs au 27 juillet 2009, sans s'en tenir à la certification des comptes par les commissaires aux comptes » (Cass. soc., 30 mars 2011, pourvoi n° 09-72.590, inédit).

(187) A. Autenne, *Analyse économique du droit de l'actionnariat salarié – Apports et limites des approches contractualiste, néo-institutionnaliste et comparativiste de la gouvernance d'entreprise*, Bruylant, 2005, p. 164.

(188) Il est possible de prévoir une fixation annuelle des objectifs d'intéressement aux performances. Le cas échéant, il convient de prévoir un dispositif supplétif qui aurait pour objet de pallier le défaut de fixation des objectifs pour un exercice donné. La Cour de cassation a ainsi considéré que si les seuils de déclenchement de l'intéressement sont liés à la réalisation d'objectifs fixés au titre d'un exercice donné, l'absence de définition d'objectifs pour un exercice et l'absence de dispositif conventionnel suppléant à cette carence ne permettent pas de servir de l'intéressement au titre de la période considérée (Cass. soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 09-70.818 : *RJS* 11/2011, n° 892). Au surplus, elle précise qu'un accord d'intéressement aux performances ne peut pas être modifié par une commission paritaire de suivi lorsque les modifications envisagées, au demeurant non déposées auprès de l'autorité administrative, bouleversent l'économie de l'accord. Il en est ainsi lorsque la commission paritaire de suivi a fixé de nouveaux objectifs servant de base à l'intéressement aux performances, a changé les indicateurs et a mis en place un bonus supplémentaire. Il en résulte une remise en cause des exonérations de cotisations de sécurité sociale (Cass. 2^e civ., 16 févr. 2012, pourvoi n° 11-10.690 : *RJS* 5/2012, n° 502). Selon nous, ces solutions pourraient être étendues à un accord d'intéressement aux résultats.

ou par l'amélioration de la productivité. Les paramètres choisis doivent toujours être objectifs, quantifiables et vérifiables par rapport à une situation de référence clairement établie. Le respect du caractère aléatoire en dépend.

En raison de la souplesse inhérente aux paramètres de performances, les entreprises sont de plus en plus tentées par la mise en place d'un intéressement de ce type, et par des systèmes mixtes (résultats et performances)⁽¹⁸⁹⁾. Cette tendance est particulièrement forte dans les petites entreprises de moins de cinquante salariés alors que, souvent, elles ne disposent que « de peu de moyens techniques ou comptables en interne »⁽¹⁹⁰⁾. L'imagination des partenaires sociaux implique qu'une formule de calcul fondée sur la contribution des salariés aux performances de l'entreprise ne souffre aucune limite tant que le caractère collectif est respecté. La notion de performance étant aléatoire par nature, il n'y a pas lieu d'examiner les différents paramètres imaginables⁽¹⁹¹⁾.

111. – L'intéressement aux résultats... Bien qu'il ait été en léger recul⁽¹⁹²⁾, l'intéressement aux résultats demeure la modalité à laquelle les entreprises recourent le plus souvent⁽¹⁹³⁾. Il doit se référer à des indicateurs financiers ou comptables qui mesurent la rentabilité économique ou financière de l'entreprise. Les critères et les modalités qui servent au calcul et à la répartition des produits de l'intéressement doivent être précisément définis pour que les sommes versées ne soient pas réintégrées dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale⁽¹⁹⁴⁾. Des paramètres tels que le bénéfice fiscal, le bénéfice comptable ou le bénéfice d'exploitation peuvent être pris en compte. Peuvent également être retenues la marge brute, la marge nette ou la progression du résultat⁽¹⁹⁵⁾. Dans un groupement d'entreprises, ces paramètres peuvent s'apprécier globalement au niveau de la collectivité des entreprises. Lorsqu'un intéressement est lié à la réalisation d'un chiffre d'affaires⁽¹⁹⁶⁾, un intéressement sera nécessairement versé. Dans ces conditions, les objectifs visés par la mise en place d'un accord d'intéressement, la motivation des salariés et leur association à la bonne marche de l'entreprise, ne seront pas atteints. Il faut donc un moteur, un objectif qui intéressera les travailleurs et les associera au mouvement de l'entreprise⁽¹⁹⁷⁾.

Le chiffre d'affaires constitue un critère « suffisamment aléatoire dès lors qu'il exclut toute garantie d'un montant minimum ou forfaitaire des primes »⁽¹⁹⁸⁾. La Cour de cassation avait considéré que la prise en compte d'un pourcentage du

(189) *La participation financière*, rapport annuel du Conseil supérieur de la participation 2004-2005, La Documentation française, 2005, p. 37.

(190) *Ibid.*

(191) La circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale donne quelques exemples d'intéressement aux performances : l'intéressement par l'amélioration de la productivité, l'intéressement en fonction d'atteinte d'objectifs (qualité, sécurité, satisfaction de la clientèle, prise en considération du taux de fréquence d'accidents du travail, etc.).

(192) D'après le Conseil supérieur de la participation, 63 % des accords conclus ou renouvelés en 2004 utilisent une formule de calcul assise sur les résultats, contre 66,5 % en 2003 et 69,7 % en 2002.

(193) *V. supra*, nos 18 et s.

(194) Cass. soc., 27 juin 2000, pourvoi n° 98-11.909 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 252 ; *RJS* 11/2000, n° 1120. – Cass. soc., 21 sept. 2005, pourvoi n° 03-30.002 : *RJS* 12/2005, n° 1236.

(195) A. Autenne, *Analyse économique du droit de l'actionnariat salarié – Apports et limites des approches contractualiste, néo-institutionnaliste et comparatiste de la gouvernance d'entreprise*, Bruylant, 2005, p. 164.

(196) Peu importe son montant.

(197) Une dynamique serait impulsée par la réalisation d'un chiffre d'affaires minimum, l'atteinte de cet objectif étant incertaine.

(198) Cass. soc., 11 juin 1998, pourvoi n° 96-19.003 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 318 ; *RJS* 8-9/1998, n° 1035.

chiffre d'affaires consolidé des sociétés d'un groupe présentait un caractère aléatoire⁽¹⁹⁹⁾. La portée de cette jurisprudence a été étendue à l'entreprise. Cette solution allait « à l'encontre de la tendance dominante des décisions des cours d'appel »⁽²⁰⁰⁾ et fut critiquée par la doctrine. Selon M. Boulmier, l'impératif de l'aléa était très nettement assoupli dans chacune des décisions de la Cour de cassation⁽²⁰¹⁾. Il suffisait « de prendre des niveaux constatés de longue date pour être certain de distribuer ce que l'on souhaite aux salariés ». Que la Cour de cassation ait admis le chiffre d'affaires comme mesure des performances de l'entreprise était anormal, un intéressement calculé en fonction du chiffre d'affaires se réalisant obligatoirement. En effet, l'aléa de l'accord d'intéressement doit porter sur l'éventualité même d'une quelconque perception⁽²⁰²⁾. La cour revint sur cette jurisprudence et considéra qu'un intéressement issu d'une formule de calcul basée sur le chiffre d'affaires et l'augmentation de celui-ci respectait le caractère aléatoire « du fait du caractère variable de ces éléments »⁽²⁰³⁾. L'administration entérina cette interprétation⁽²⁰⁴⁾.

112. – L'article D. 3324-2 du Code du travail décide que la valeur ajoutée à prendre en considération pour calculer la participation⁽²⁰⁵⁾ correspond au total des montants suivants⁽²⁰⁶⁾ : les charges du personnel, les impôts, taxes et versements assimilés à l'exclusion des taxes sur le chiffre d'affaires, les charges financières, les dotations de l'exercice aux amortissements et aux provisions à l'exception de celles qui figurent dans les charges exceptionnelles, les résultats courants avant impôt. Les juges du fond⁽²⁰⁷⁾ puis la Cour de cassation⁽²⁰⁸⁾ ont admis qu'une formule de calcul de l'intéressement basée sur la valeur ajoutée respectait le principe d'imprévisibilité. La valeur ajoutée liée à l'activité de l'entreprise présente bien un caractère aléatoire qui prend en compte le risque économique. Elle participe d'un mode de rémunération collective contribuant à réaliser l'intéressement des salariés à l'entreprise⁽²⁰⁹⁾, y compris lorsque son attribution est en partie subordonnée à l'obtention d'une valeur ajoutée minimale⁽²¹⁰⁾.

(199) Cass. soc., 5 juin 1997, pourvoi n° 95-18.811 : RJS 7/1997, n° 849 : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'accord prévoyait le versement de primes calculées en pourcentage du chiffre d'affaires consolidé des sociétés du groupe auquel appartenait la société Mécanobloc et que, du fait du caractère variable de cet élément, les primes présentaient un caractère aléatoire et constituaient un mode de rémunération collective contribuant à réaliser l'intéressement des salariés à l'entreprise, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

(200) M.-R. Renard, *La notion d'aléa dans les accords d'intéressement* : TPS 1997, chron. 18, p. 4 ; JCP G 1997, II, 22920, p. 434.

(201) D. Boulmier, *L'accord d'intéressement et requalification des primes* : Semaine sociale Lamy, 1998, suppl., n° 887, p. 24.

(202) CA Poitiers, 7 déc. 1994 : RJS 2/1995, n° 145.

(203) Cass. soc., 25 mars 1999, pourvoi n° 97-15.910 : RJS 5/1999, n° 708.

(204) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 4 I : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(205) L'article D. 3324-3 du Code du travail retient une définition différente de la valeur ajoutée pour les établissements de crédit et pour les entreprises d'assurances. Pour les premiers, elle est déterminée « par le revenu bancaire hors taxe augmenté des produits nets du portefeuille titres et des revenus des immeubles. Le revenu bancaire est égal à la différence entre, d'une part, les perceptions opérées sur les clients et, d'autre part, les frais financiers de toute nature ». Pour les secondes, elle est déterminée « par la différence existant entre, d'une part, la somme des primes nettes d'impôts et des produits de placements et, d'autre part, le total des dotations aux provisions techniques et des prestations payées au cours de l'exercice aux assurés et bénéficiaires de contrats d'assurances ».

(206) Ces postes ne doivent être pris en considération que lorsqu'ils participent à la création du bénéfice réalisé en France métropolitaine et dans les départements d'outre-mer.

(207) TASS Lot-et-Garonne, 24 mai 1993 : RJS 10/1993, n° 1007.

(208) Cass. soc., 24 oct. 1996, pourvoi n° 94-16.484 : Bull. civ. 1996, V, n° 346 ; RJS 12/1996, n° 1297.

(209) Cass. soc., 12 déc. 1996, pourvoi n° 95-11.325 : RJS 1/1997, n° 71. – Cass. soc., 15 avr. 1999, pourvoi n° 97-15.594, inédit.

(210) Cass. soc., 7 avr. 2004, pourvoi n° 02-30.797 : Bull. civ. 2004, V, n° 109 ; RJS 6/2004, n° 726.

Admettre le chiffre d'affaires et la valeur ajoutée comme des paramètres aléatoires implique que la formule de calcul prévue pour le régime d'autorité de la participation des salariés aux résultats de l'entreprise est aléatoire. Elle prend en compte la moitié de la différence entre le bénéfice net et une fraction (5 %) des capitaux propres de l'entreprise. Cette différence est ensuite multipliée par le rapport de la masse salariale⁽²¹¹⁾ à la valeur ajoutée de l'entreprise. Les deux principales composantes de cette formule (la différence et le rapport)⁽²¹²⁾ répondent à l'exigence du caractère aléatoire. *A fortiori*, un accord de participation dérogatoire doit également prévoir une formule de calcul qui respecte le principe d'imprévisibilité. Les principes qui s'imposent à la formule légale de calcul d'une part, et le montant de la réserve spéciale de participation issu de l'application de cette formule d'autre part, sont des garanties minimales à respecter. Le caractère aléatoire de la participation s'oppose à ce que les dispositions d'un accord relatives au calcul du montant de la réserve spéciale de participation soient modifiées en connaissance des résultats de l'exercice à partir desquels elle est établie⁽²¹³⁾.

2° L'aléa de la formule

113. – L'appréciation du caractère aléatoire de l'intéressement et de la participation dans leur principe séduit une partie de la doctrine (a). Parce que l'aléa tient à la réalisation d'un événement incertain ou à l'éventualité du versement de sommes issues de différents dispositifs de participation financière, l'arc des solutions est largement ouvert (b).

a) Le jeu des débats

114. – La Cour de cassation avait considéré que l'aléa disparaissait lorsqu'un accord prévoyait à titre exceptionnel que le montant individuel d'une prime ne pouvait être inférieur à une somme fixée⁽²¹⁴⁾. Le *quantum* d'une prime d'intéressement ne doit pas davantage pouvoir être plafonné du fait d'une formule de calcul établie en fonction du chiffre d'affaires⁽²¹⁵⁾. Une partie de la doctrine considère qu'apprécier le caractère aléatoire dans le *quantum* n'est pas respectueux des dispositions légales ou est, au moins, insuffisant. M. Boulmier affirme que « si l'aléa intervient dans le déclenchement du versement, il ne ressort pas des textes que le montant du versement doit subir également un aléa. Ce dernier peut bien être fixé forfaitairement »⁽²¹⁶⁾. Un auteur précise que pour respecter le caractère aléatoire de l'intéressement, il ne suffit pas « que les sommes distribuées varient d'une année à

(211) La Cour de cassation a précisé que « les salaires à retenir pour le calcul du montant de la réserve spéciale de participation des salariés étant constitués, selon l'article D. 3324-1 du Code du travail, par les rémunérations définies à l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, l'employeur n'est pas fondé à contester l'intégration dans l'assiette de calcul de la réserve spéciale de participation des sommes déclarées à l'administration avoir été versées à titre de salaires ». Il en résulte que « les rémunérations servant de base au calcul de la réserve spéciale de participation s'apprécient par référence à l'assiette de calcul des cotisations de sécurité sociale en sorte que les frais professionnels peuvent être déduits des rémunérations pour ce calcul » (Cass. soc., 17 mai 2011, pourvoi n° 10-10.957 : RJS 8-9/2011, n° 718).

(212) La formule légale de calcul telle qu'elle est ici décrite comporte une troisième composante : un coefficient invARIABLE de 1/2.

(213) Cass. soc., 19 nov. 1998, pourvoi n° 96-22.869 : Bull. civ. 1998, V, n° 510 ; RJS 1/1999, n° 82.

(214) Cass. soc., 26 nov. 1998, pourvoi n° 96-19.367 : RJS 3/1999, n° 403.

(215) Cass. soc., 28 mars 2002, pourvoi n° 00-17.866 : RJS 7/2002, n° 863.

(216) D. Boulmier, *L'accord d'intéressement et requalification des primes : Semaine sociale Lamy 1998*, suppl., n° 887, p. 23.

l'autre »⁽²¹⁷⁾. Dans l'absolu, une entreprise ne peut pas déterminer précisément quels seront les montants du chiffre d'affaires et de la valeur ajoutée pour un exercice clos donné. Mais la réalité est différente.

Sont en jeu des paramètres que toute entreprise s'efforce de prévoir. Une entreprise peut anticiper l'évolution de son chiffre d'affaires en procédant à une analyse de l'évolution déjà constatée. Le coût des composantes de la valeur ajoutée est prévisible. L'analyse du carnet de commandes, de l'évolution de la masse salariale lors des exercices clos, des besoins de l'entreprise et de la conjoncture économique permet à l'employeur de prévoir une fourchette dans laquelle se situera le montant de la valeur ajoutée au cours d'un exercice. Ces paramètres réduisent au minimum l'aléa, au risque d'amputer les dispositifs de la participation financière d'une de leurs caractéristiques fondamentales s'il fallait considérer que l'aléa réside dans le *quantum*. Admettre que les dispositifs de participation financière sont aléatoires dans leur formulation pallie cette difficulté.

115. – L'important est la formulation mathématique de l'existence de l'aléa. Requis dans la formule de calcul de l'intéressement, l'aléa de principe vise le droit lui-même et non pas son *quantum*⁽²¹⁸⁾. Pour la participation, « il s'agit de partager un résultat aléatoire (...) alors même que résultat il y aura »⁽²¹⁹⁾. Elle doit être claire et comporter des éléments objectivement mesurables définis préalablement dans l'accord⁽²²⁰⁾. Les éléments pris en compte doivent assurer le caractère variable et incertain de l'intéressement⁽²²¹⁾. Dans un système d'intéressement comme de participation, le salarié n'a pas à supporter un risque. Si le résultat de la formule de calcul peut varier d'une valeur négative à une valeur positive, la prime distribuée ne peut qu'avoir une valeur nulle ou positive⁽²²²⁾.

Comme l'a constaté la cour d'appel de Poitiers⁽²²³⁾, l'aléa du seul *quantum* n'est pas suffisant pour qu'une somme distribuée soit qualifiée d'intéressement. En l'espèce, le caractère variable du chiffre d'affaires réalisé par un laboratoire pharmaceutique n'a pas été jugé suffisant. Pour garantir à l'intéressement son caractère aléatoire, la probabilité d'un chiffre d'affaires nul n'apparaissait pas sérieuse « compte tenu de l'activité de l'entreprise et du nombre de salariés employés »⁽²²⁴⁾. Il faut également que l'aléa porte sur « l'éventualité même d'une telle perception »⁽²²⁵⁾. Une autre partie de la doctrine s'accorde pour dire que l'accord d'intéressement devrait comporter un risque tant dans le montant de la prime que dans le principe du ver-

(217) M.-R. Renard, *La notion d'aléa dans les accords d'intéressement* : TPS 1997, chron. 18, p. 4 ; JCP G 1997, II, 22920, p. 434.

(218) V. Fabrega, *L'aléa dans l'intéressement* : Dr. trav. 1995, chron. 20, p. 4, spéc. p. 5.

(219) D. Fabre, *L'aléa dans la participation* : TPS 1999, chron. 2, p. 6.

(220) L'article 3 de l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 exige que l'accord d'intéressement précise les critères et les modalités servant au calcul et à la répartition des produits de l'intéressement. Peu importe l'absence d'exigence du caractère aléatoire dans sa rédaction d'origine, la loi du 25 juillet 1994 réaffirmant cet impératif.

(221) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 41 : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(222) Lorsque le régime d'autorité de la participation financière s'applique faute d'accord, la réserve spéciale de participation peut théoriquement être négative. Comme pour l'intéressement, il n'est pas concevable de pénaliser les salariés si le bénéfice net est inférieur à 5 % des capitaux propres. Il faudra considérer une réserve spéciale négative comme nulle.

(223) CA Poitiers, 7 déc. 1994, URSSAF Vendée c/ Laboratoires Mercier Pons : RJS 2/1995, n° 145.

(224) Obs. ss CA Poitiers, 7 déc. 1994, URSSAF Vendée c/ Laboratoires Mercier Pons : RJS 2/1995, n° 145.

(225) V. Fabrega, *L'aléa dans l'intéressement* : Dr. trav. 1995, préc. p. 6.

sement d'une somme au titre de l'intéressement⁽²²⁶⁾. Plus récemment, la Cour de cassation a considéré qu'une cour d'appel s'était contredite « en retenant comme quasiment certain l'absence d'aléa tout en décidant que le montant de la prime d'intéressement ne serait jamais nul »⁽²²⁷⁾. Cette solution admet qu'absence d'aléa et garantie de versement d'une prime d'intéressement dont seul le *quantum* varie ne s'opposent pas. Cet assouplissement suggère que le seul aléa du *quantum* suffit pour que le caractère aléatoire soit respecté.

b) *L'arc des solutions*

116. – L'article L. 3312-1, alinéa 2, du Code du travail dispose que l'intéressement « présente un caractère aléatoire et résulte d'une formule de calcul liée aux résultats ou aux performances ». Au-delà du caractère collectif de l'intéressement, ce dernier doit présenter un caractère aléatoire d'une part, résulter d'une formule de calcul liée aux résultats et aux performances d'autre part. L'intéressement et la participation ont un caractère aléatoire car ils sont fondés sur les résultats économiques de l'entreprise⁽²²⁸⁾. Pour garantir l'existence d'un aléa en matière d'intéressement, le calcul doit être lié à la situation de l'entreprise. L'aléa implique que les modalités de calcul de l'intéressement soient précises et objectives afin d'empêcher un employeur de moduler à sa guise une prime d'intéressement. Il n'est donc pas envisageable d'adopter une formule qui aurait pour effet l'attribution certaine de l'intéressement. Le « seuil déclencheur d'intéressement »⁽²²⁹⁾ ne peut pas être laissé à la discrétion du chef d'entreprise. Le plan d'intéressement qui ne respecte pas cet impératif « n'est pas lié aux résultats de l'entreprise »⁽²³⁰⁾. Il est dépourvu de tout aléa⁽²³¹⁾.

117. – L'administration considère que pour la participation, le principe du caractère aléatoire s'oppose à ce que soit fixé *a priori* ou garanti en fait par le jeu de la formule retenue un montant minimum ou forfaitaire qui serait indépendant du résultat dégagé : des mécanismes qui préserveraient le versement d'une prime ne peuvent être qualifiés d'intéressement ou de participation⁽²³²⁾ du fait de l'absence d'aléa qui les caractérise.

A contrario, il est possible de fixer le montant de la prime d'intéressement dès lors que son versement est subordonné à la réalisation d'événements aléatoires en relation avec le résultat. La Cour de cassation admet que le montant d'une prime d'intéressement soit prédéterminé. Respecte le caractère aléatoire de l'intéressement l'accord qui considère que la prime sera de 1/6 des salaires perçus au cours de l'exercice si la marge brute de l'exercice est au moins égale à 26 % et si le résultat

(226) C. Bapt, S. Béal et P. Berger, ss dir. M. Hallopeau, *Épargne, Retraite, Prévoyance d'entreprise*, éd. L'Argus de l'assurance, 2010, p. 189.

(227) Cass. 2^e civ., 22 janv. 2009, pourvoi n° 07-21.657, inédit.

(228) J. Savatier, *Treizième mois de salaire et primes analogues* : Dr. soc. 1993, p. 641.

(229) S. Gaillard, S. Rousseau et J. Chambon, *L'épargne salariale : Semaine sociale Lamy* 1994, suppl., n° 1196.

(230) Cass. soc., 20 mars 1997, pourvoi n° 95-16.930 : Bull. civ. 1997, V, n° 122 ; RJS 5/1997, n° 577.

(231) La participation des salariés étant calculée relativement aux résultats de l'entreprise, l'analyse exposée pour l'intéressement est transposable à la participation lorsqu'une entreprise la met en place par accord et à défaut, lorsque le régime d'autorité s'applique.

(232) Circ. min. Affaires sociales, 9 mai 1995 : BOMT 95/10.

net avant intéressement est au moins égal à 9 % du chiffre d'affaires⁽²³³⁾. Considérer que la participation et l'intéressement sont aléatoires par la réalisation d'un événement incertain concerne le droit des salariés à en bénéficier et non pas le *quantum* de ce qui sera versé. L'essentiel est la liaison entre attribution aux salariés et résultats ou performances de l'entreprise. Le caractère aléatoire pourrait donc être préservé quand bien même le *quantum* ne présenterait pas de caractère aléatoire. Une formule de calcul conserverait son caractère aléatoire dès lors que l'intéressement serait subordonné à un événement dont la réalisation n'est pas certaine.

118. – L'aléa doit donc pouvoir également s'apprécier au regard de l'éventualité d'un versement. Le montant du supplément d'intéressement ou de participation versé à un salarié est apprécié discrétionnairement par le conseil d'administration, le directoire ou l'employeur⁽²³⁴⁾. Ils dépendent respectivement de l'existence ou de l'absence d'intéressement ou de réserve spéciale de participation. En l'absence d'accord spécifique sur les modalités de répartition⁽²³⁵⁾, l'aléa réside dans la réalisation ou l'absence de réalisation d'une réserve spéciale de participation ou d'un intéressement à répartir⁽²³⁶⁾. L'attribution « unilatéralement accordée au titre de l'exercice clos »⁽²³⁷⁾ ne prive pas ces nouveaux dispositifs de leur caractère aléatoire, en dépit du défaut de formule de calcul exigée par la loi.

En matière de participation, l'hypothèse selon laquelle le régime d'autorité s'applique n'a pas à être examinée. Le versement du supplément « suppose qu'il y ait eu, au préalable, accord de participation »⁽²³⁸⁾. Le versement d'un supplément de participation est donc impossible si l'entreprise « subit » la participation⁽²³⁹⁾. Dans l'hypothèse où un accord d'intéressement ou de participation a été conclu, le caractère aléatoire de l'accord préexistant conditionne l'existence ou l'absence de supplément que la société souhaite verser. L'aléa n'est pas intrinsèque au supplément. Il réside dans la réalisation préalable d'un intéressement ou d'une réserve spéciale de participation, éléments déclencheurs d'une décision de versement d'un supplément. Si l'on considère que l'aléa peut résulter de l'éventualité d'un versement, il n'est pas possible d'affirmer que le supplément est hors du champ d'application des principes fondamentaux de la participation financière.

*
**

(233) Cass. soc., 13 févr. 1997, pourvoi n° 95-15.596 : RJS 11/1997, n° 1269.

(234) V. *infra*, n° 420 et s.

(235) C. trav., art. L. 3314-10 et L. 3324-9.

(236) Si un accord spécifique doit être négocié, le caractère aléatoire sera préservé à condition que sa conclusion intervienne avant le premier jour de la deuxième moitié de l'exercice en cours. Au jour de la conclusion de l'accord spécifique, l'employeur ne doit pas avoir connaissance des résultats de l'exercice à partir desquels sont établies les formules de calcul des « accords supports ».

(237) R. Vatinet, *Développement de la participation des salariés* (L. n° 2006-1770, 30 décembre 2006, Titre I) : JCP S 2006, 1001.

(238) Circ. n° DSS/5B/DGT/RT3/2007/199, 15 mai 2007, relative à la mise en œuvre de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, question n° 14.

(239) Cette position de l'administration renforce le fait que le principe de négociation est également requis pour les suppléments de participation financière. V. *supra*, n° 34.

119. – Souvent utilisés par les entreprises comme un complément de rémunération, les dispositifs de la participation financière s'ajoutent au salaire normalement perçu par les salariés qui en sont bénéficiaires. Pour éviter tout abus lors de la mise en place des dispositifs de participation financière, le législateur a imposé le respect du principe de non-substitution sous réserve de certains aménagements conjoncturels.

Cette exigence de non-substitution trouve son corollaire dans le principe d'imprévisibilité. Le législateur exige que les dispositifs de participation financière soient aléatoires, ce qui implique que l'éventualité d'un versement ne puisse pas être prédéfini. Si la substitution à un élément de rémunération n'était pas sanctionnée, les salariés pourraient subir une perte de rémunération substantielle en raison du caractère aléatoire des dispositifs de participation financière. L'exigence d'imprévisibilité justifie que les sommes perçues par les salariés en application d'un accord de participation financière bénéficient d'un régime fiscal et social plus favorable.

C O N C L U S I O N D U T I T R E

120. – Les quatre principes impératifs de la participation financière encadrent leur mise en place. Les respecter permet à l'entreprise de bénéficier de différents avantages tels qu'un régime fiscal et social plus favorable. Ils fixent des limites à la liberté contractuelle des négociateurs lors de la mise en place des dispositifs de participation financière. Le principe de non-exclusion implique que l'accord bénéficie à tous les salariés de l'entreprise, y compris, dans certaines hypothèses, aux salariés mis à disposition. Selon la date à laquelle le dispositif de participation financière est mis en place, la non-substitution peut s'apprécier au regard du délai de non-substitution, mesure qui vient offrir aux entreprises la sécurité qui leur est nécessaire.

Les principes qui gouvernent la mise en place de dispositifs de participation financière confèrent aux accords concernés une nature particulière. L'imprévisibilité implique qu'ils produisent leurs effets en raison de la réalisation ou de la non-réalisation d'un événement. Les sanctions financières dont la méconnaissance des principes est assortie constituent le meilleur garant de la protection des droits des salariés.

TITRE 2

DES CONTRÔLES ADMINISTRATIFS

121. – L'État doit éviter toute pratique abusive que ce soit au temps de l'organisation d'un dispositif de participation financière ou au stade de son application. Aux contrôles *a priori* (Chapitre 1) doivent faire écho des contrôles *a posteriori* (Chapitre 2).

UN CONTRÔLE A PRIORI

122. – Le contrôle *a priori* s'est d'abord exprimé au travers du pouvoir de décision qui était reconnu à l'administration (Section 1). Les vestiges de l'exercice de cet ancien pouvoir décisionnel ont disparu pour laisser la place à une procédure de dépôt (Section 2).

S E C T I O N 1

LE PASSÉ, LA DUALITÉ DU CONTRÔLE DE L'ADMINISTRATION

123. – L'admission des accords d'intéressement au bénéfice de certaines exonérations supposait une décision en ce sens des commissions administratives départementales (§ 1). Le Centre d'étude des revenus et des coûts disposait d'un pouvoir exercé préalablement à l'homologation des accords de participation dérogatoires (§ 2).

§ 1. – Le pouvoir décisionnel des commissions administratives

124. – Les accords d'intéressement étaient soumis au contrôle d'une commission départementale⁽¹⁾. En dépit de sa nature d'acte de droit privé, le contrat d'intéressement devait recevoir l'approbation d'une « commission administrative *ad hoc* »⁽²⁾ pour accéder au bénéfice d'exonérations fiscales⁽³⁾. Cet organisme administratif

(1) Ord. n° 59-126, 7 janv. 1959, tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise, art. 5, al. 1^{er} (JO 9 janv., p. 641).

(2) L. Mandeville, *Le contrôle juridictionnel des décisions accordant déductions de l'assiette des cotisations de sécurité sociale des participations attribuées aux salariés dans le cadre de la législation sur l'intéressement* : Dr. soc. 1970, p. 198, spéc. p. 199.

(3) Ord. n° 59-126, 7 janv. 1959, préc., art. 10 : « Les entreprises qui auront fait l'objet d'une admission au bénéfice des exonérations dans les conditions prévues ci-dessus sont autorisées à déduire des bases retenues pour l'assiette de l'im-

vérfiait que le contrat conclu répondait aux conditions posées par les textes et que l'entreprise faisait preuve d'une certaine « moralité sociale »⁽⁴⁾, s'acquittant régulièrement de ses impôts et des cotisations de sécurité sociale dont elle était redevable et respectant les obligations légales relatives à la représentation du personnel⁽⁵⁾. La commission pouvait consulter l'employeur et les organisations syndicales signataires de l'accord afin d'être éclairée sur la portée de ce dernier ou sur un point particulier. Les organisations syndicales pouvaient, au demeurant, demander à être entendues par la commission.

La décision de celle-ci était notifiée à l'entreprise. Si elle estimait que la demande d'exonération pouvait être admise sous réserve de certaines modifications, elle pouvait ajourner sa décision pendant un délai de quinze jours après en avoir avisé les intéressés⁽⁶⁾. Dans le cadre de la politique d'intéressement, des rapports de droit public étaient ainsi créés entre l'entreprise et l'État, au nom et pour le compte duquel agissaient les commissions départementales⁽⁷⁾. Les juridictions du premier degré du contentieux général de la sécurité sociale étaient incompétentes pour apprécier la légalité des décisions rendues par les commissions. Il appartenait à la juridiction administrative de connaître des requêtes dirigées contre leurs décisions et actes administratifs⁽⁸⁾.

En cas de refus de la commission départementale et dans les quinze jours de la notification de la décision, l'entreprise pouvait demander la transmission de son dossier à une commission nationale instituée auprès du ministre du Travail. Cette instance pouvait également être saisie sur demande de la commission départementale. L'avis de l'employeur et des organisations syndicales devait être joint au dossier transmis à la commission nationale afin de garantir le respect du contradictoire. La commission nationale émettait un avis préalable à la décision définitive notifiée à l'entreprise, laquelle était prise conjointement par les ministres des Finances et du Travail⁽⁹⁾. Cette décision était elle-même susceptible d'un recours contentieux susceptible de prospérer lorsque le refus d'accorder le bénéfice des exonérations fis-

pôt sur les sociétés ou de l'impôt sur le revenu des personnes physiques le montant des participations versées en espèces aux travailleurs en application du contrat d'intéressement ou d'association.

Ces participations sont, en outre, exonérées du versement forfaitaire sur les salaires à la charge de l'employeur et de la taxe professionnelle entre les mains des bénéficiaires. Elles sont taxées selon les règles fixées par l'article 158-5 du Code général des impôts.

Lorsque la participation ou l'intéressement est réalisé sous forme de création ou de distribution d'actions en faveur des travailleurs, les opérations afférentes sont exonérées des taxes et droits qui sont normalement applicables à de telles opérations ».

(4) L. Mandeville, *Le contrôle juridictionnel des décisions accordant déductions de l'assiette des cotisations de sécurité sociale des participations attribuées aux salariés dans le cadre de la législation sur l'intéressement* : *Dr. soc.* 1970, p. 198, spéc. p. 199.

(5) Ord. n° 59-126, 7 janv. 1959, tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise, art. 5, al. 2 (*JO* 9 janv., p. 641).

(6) *Ibid.*, art. 5, dern. al.

(7) L. Mandeville, *Le contrôle juridictionnel des décisions accordant déductions de l'assiette des cotisations de sécurité sociale des participations attribuées aux salariés dans le cadre de la législation sur l'intéressement* : *Dr. soc.* 1970, p. 198, spéc. p. 199.

(8) TA Clermont-Ferrand, 10 mai 1968 : *Dr. soc.* 1970, p. 198 : le tribunal administratif de Clermont-Ferrand avait estimé qu'une URSSAF requérante avait « qualité et intérêt pour contester devant le juge de l'excès de la décision prise par la commission départementale ».

(9) Ord. n° 59-126, 7 janv. 1959, tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise, art. 6 (*JO* 9 janv., p. 641).

cales reposait sur une appréciation inexacte de la conformité de l'accord d'intéressement aux exigences légales⁽¹⁰⁾.

125. – Le bénéfice des exonérations fiscales n'était pas acquis de manière définitive. Si l'une des conditions requises venait à défaillir, l'autorité qui en avait accordé le bénéfice pouvait revenir sur sa décision sur demande d'une organisation syndicale signataire ou de la commission départementale. Lorsque cette dernière était à l'initiative de la décision de retirer à l'entreprise le bénéfice des exonérations, la procédure de recours devant la commission nationale devait être suivie. Le bénéfice des exonérations fiscales était, en tout état de cause, uniquement accordé pour une durée égale à celle de la validité du contrat d'intéressement, sans que cette durée puisse excéder trois ans. Si l'accord d'intéressement était renouvelé (ou conclu pour une durée excédant le seuil précédent)⁽¹¹⁾, l'employeur pouvait demander que l'admission au bénéfice des exonérations fiscales soit elle-même renouvelée pour une nouvelle période (d'au maximum trois ans)⁽¹²⁾.

Si l'exonération fiscale était subordonnée à deux conditions – la validité de l'accord d'intéressement et une décision de la commission départementale –, le bénéfice des exonérations sociales était subordonné à la seule validité de l'accord. L'avantage fiscal consenti était envisagé comme une récompense accordée à l'employeur « socialement responsable ». Depuis l'ordonnance du 23 octobre 1986⁽¹³⁾, le bénéfice des exonérations fiscales et sociales est subordonné à la validité de l'accord d'intéressement, conclu pour trois ans. Fonction de la seule validité du dispositif, la perte des exonérations constitue la sanction du non-respect des principes posés.

§ 2. – Le pouvoir consultatif du Centre d'étude des revenus et des coûts

126. – Le Centre d'Étude des Revenus et des Coûts (CERC) devait contribuer « à une connaissance plus rapide et plus complète de tous les revenus et de tous les éléments constitutifs des coûts de production, et en premier lieu des conditions de formation et de distribution des revenus de toutes catégories »⁽¹⁴⁾. Pour les rédacteurs de l'ordonnance de 1967⁽¹⁵⁾, le CERC était l'institution qui offrait le plus de garanties d'impartialité, d'expérience et de compétence pour se prononcer sur le

(10) P. Durand, *L'ordonnance du 7 février 1959 tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise* : *Dr. soc.* 1959, p. 78, n° 18, p. 83, spéc. p. 84.

(11) Seule la durée du bénéfice des exonérations fiscales était prévue par l'ordonnance du 7 janvier 1959. Les accords d'intéressement pouvaient être conclus pour une durée indéterminée.

(12) Ord. n° 59-126, 7 janv. 1959, tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise, art. 11 (*JO* 9 janv., p. 641) : « Le bénéfice des exonérations est accordé pour une durée égale à celle de la validité du contrat d'association ou d'intéressement, sans toutefois que cette durée puisse excéder trois ans.

Sur demande des employeurs intéressés, l'exonération peut être renouvelée pour une même durée ».

(13) Ord. n° 86-1134, 23 oct. 1986, relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés, art. 1^{er} (*JO* 25 oct., p. 12771).

(14) D. n° 66-227, 18 avr. 1966, portant création d'un Centre d'Étude des Revenus et des Coûts, art. 2 (*JO* 19 avr., p. 3123).

(15) Ord. n° 67-693, 17 août 1967, relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion de l'entreprise (*JO* 18 août, p. 8288).

respect, par les partenaires sociaux, des dispositions obligatoires des accords dérogatoires de participation. Ces accords étaient soumis à homologation⁽¹⁶⁾ décidée par « arrêté conjoint du ministre de l'Économie et des Finances et du ministre des Affaires sociales, sur avis conforme du Centre d'étude des revenus et des coûts »⁽¹⁷⁾. Assisté par un rapporteur spécial⁽¹⁸⁾, le CERC recevait à cette occasion une composition élargie⁽¹⁹⁾, conformément aux dispositions légales et réglementaires gouvernant son intervention⁽²⁰⁾.

De cette intervention publique, un auteur concluait à la double nature de l'accord dérogatoire de participation : contrat de droit privé en raison de la qualité des cocontractants, il relèverait du droit public dans la mesure où ses éléments étaient « fixés par référence à des données établies par l'administration »⁽²¹⁾. Chargé de rendre un avis sur les accords comportant des dérogations aux règles de calcul ou de répartition établies par la loi, le CERC avait progressivement élaboré une « jurisprudence » dans laquelle les praticiens trouvaient des directives pour la rédaction des accords de participation dérogatoire. Un avis défavorable faisait obstacle à l'adoption de l'arrêté d'homologation⁽²²⁾. Lorsqu'il était favorable, les ministres pouvaient néanmoins demander une nouvelle délibération ou s'abstenir de procéder à l'homologation de l'accord⁽²³⁾. L'importance de l'enjeu attaché aux avis du CERC l'avait conduit à forger la procédure de l'avis préalable : il réservait sa position sur l'accord qui lui était soumis jusqu'à ce que les partenaires sociaux l'aient modifié dans le sens de ses observations. S'il n'entendait pas s'immiscer dans le débat contractuel, il souhaitait rappeler aux parties les principes en vigueur. Son invitation à corriger les clauses contestables lui permettait en définitive – à supposer ses souhaits satisfaits – d'exprimer un avis favorable⁽²⁴⁾.

(16) N. Chahid-Nourai, *Le contrôle juridictionnel des accords dérogatoires de participation*, note ss CE, 16 mars 1973 : *Dr. soc.* 1973, p. 560, spéc. p. 563.

(17) Ord. n° 67-693, 17 août 1967, relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion de l'entreprise, art. 16 (JO 18 août, p. 8288).

(18) N. Chahid-Nourai, *Le contrôle juridictionnel des accords dérogatoires de participation*, note ss CE, 16 mars 1973, note (D) : *Dr. soc.* 1973, p. 560, spéc. p. 563.

(19) Dans ce cadre, en plus du président et des cinq ou sept membres choisis à raison de leur compétence et de leur expérience dans les domaines d'étude du centre, le CERC comprenait quatre représentants des organisations syndicales de salariés et d'employeurs ayant voix délibérante. Cinq administrations également présentes avaient voix consultative : la Direction générale des impôts, la Direction du Trésor, la Direction des études et programmes du ministère de l'Industrie, la Direction générale du travail et de l'emploi, le Service interministériel de la participation et de l'intéressement.

(20) D. n° 66-227, 18 avr. 1966, portant création d'un Centre d'Étude des Revenus et des Coûts (JO 19 avr., p. 3123). – D. n° 67-1112, 19 déc. 1967, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 67-693 du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises (JO 18 août, p. 8288).

(21) N. Chahid-Nourai, *Le contrôle juridictionnel des accords dérogatoires de participation*, note ss CE, 16 mars 1973, note (D) : *Dr. soc.* 1973, p. 560, spéc. p. 566.

(22) Certaines dispositions des accords de participation étaient qualifiées d'irré récupérables : clauses absurdes ou manifestement destinées à violer l'esprit de l'ordonnance, dispositions comportant des conséquences telles que seul le droit commun semblait applicable au regard des caractéristiques de l'entreprise, stipulations concernant des entreprises n'entrant pas en droit dans le champ d'application de l'ordonnance ou dans lesquelles la participation ne peut en fait s'appliquer. Le CERC émettait un avis de rejet en cas de refus systématique de modification de dispositions conventionnelles de ce type ou lorsque l'entreprise qui soumettait son accord à l'homologation adoptait un comportement qui pouvait être assimilé à un refus implicite.

(23) N. Chahid-Nourai, *Le contrôle juridictionnel des accords dérogatoires de participation*, note ss CE, 16 mars 1973, note (D) : *Dr. soc.* 1973, p. 560, spéc. p. 563.

(24) *Ibid.*

SECTION 2

LE PRÉSENT, L'UNITÉ DU CONTRÔLE DE L'ADMINISTRATION

127. – L'ordonnance de 1986⁽²⁵⁾ a supprimé l'homologation administrative⁽²⁵⁾ des accords dérogatoires ainsi que les commissions administratives. Cet « effort de déréglementation, [visait] à réduire le pouvoir de l'administration, pour laisser le champ plus libre à l'initiative et à la concertation des partenaires sociaux »⁽²⁶⁾. Les accords d'intéressement et de participation font désormais l'objet d'un simple dépôt auprès de l'autorité administrative. Les unités territoriales (UT) des Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE)⁽²⁷⁾ sont chargées d'enregistrer tout accord qui met en place un dispositif de participation financière (§ 1). Les URSSAF sont intégrées à cette procédure à titre consultatif (§ 2).

§ 1. – L'enregistrement auprès de l'unité territoriale de la direction régionale

128. – La pratique du dépôt des accords auprès de l'autorité administrative est strictement encadrée (A). L'enjeu est important (B).

A. – La pratique du dépôt

129. – L'administration du travail s'assure de la présence des clauses (1°). Au-delà, elle vérifie la conformité du dispositif aux exigences légales (2°).

1° Des clauses obligatoires

130. – Les accords d'intéressement et de participation doivent contenir certaines clauses énumérées par le Code du travail. Un système d'information du personnel et de vérification des modalités d'exécution de l'accord doit être prévu⁽²⁸⁾. Doivent également figurer dans l'accord d'intéressement : la période pour laquelle l'accord est conclu ; les établissements concernés ; les modalités d'intéressement retenues ; les modalités de calcul ; les critères de répartition ; les dates de versement. Doivent être mentionnées les conditions dans lesquelles le comité d'entreprise ou, à défaut,

(25) Ord. n° 86-1134, 21 oct. 1986, relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés (JO 23 oct., p. 12771).

(26) J. Savatier, *Les accords collectifs d'intéressement et de participation* : Dr. soc. 1988, p. 89, spéc. p. 94.

(27) Depuis le décret n° 2009-1377 du 10 novembre 2009 relatif à l'organisation et aux missions des Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (JO 13 nov.), modifié par les décrets n° 2010-687 du 24 juin 2010 relatif à l'organisation et aux missions des services de l'État dans la région et les départements d'Île-de-France (JO 25 juin) et n° 2011-184 du 15 février 2011 relatif aux comités techniques dans les administrations et les établissements publics de l'État (JO 17 févr., p. 2963), les Directions départementales du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (DDTEFP) ont été remplacées par les unités territoriales (UT) des Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE).

(28) C. trav., art. L. 3313-1, al. 1^{er}.

les délégués du personnel accèdent aux informations nécessaires à la compréhension du contrat et sont mises en mesure d'en apprécier les termes. Les procédures de règlement d'éventuels différends doivent aussi apparaître⁽²⁹⁾. Le préambule de l'accord précise les motifs de sa conclusion ainsi que les raisons du choix des modalités de calcul et des critères de répartition en définitive retenue⁽³⁰⁾. Permettant de mieux connaître les conditions de conclusion de l'accord, il constitue un moyen de contrôle du respect des intentions initiales des parties⁽³¹⁾ utilisable non seulement par l'administration, mais aussi par les salariés et leurs représentants.

L'accord de participation doit également comporter plusieurs clauses⁽³²⁾. Doivent être notamment précisés⁽³³⁾ : la date de conclusion et de prise d'effet de l'accord ainsi que de la durée pour laquelle il est conclu ; la formule servant de base au calcul de la réserve spéciale de participation ; la durée d'indisponibilité des droits des salariés ; les modalités et plafonds de répartition de la réserve spéciale de participation entre les bénéficiaires ; la nature et les modalités de gestion des droits des salariés⁽³⁴⁾ ; les conditions d'information des salariés sur l'existence, le contenu et l'application du régime de participation mis en place. L'accord de participation qui déroge à la formule légale de calcul doit : 1° comporter une clause d'équivalence avec le droit commun ; 2° fixer le plafond retenu pour le montant global de la réserve spéciale de participation⁽³⁵⁾. Des dispositions de même nature doivent apparaître dans le règlement d'un plan d'épargne d'entreprise. Les conditions dans lesquelles le personnel est informé de l'existence du règlement et de son contenu⁽³⁶⁾ doivent être déterminées⁽³⁷⁾.

L'administration veille à ce que les salariés bénéficient d'une information complète sur leurs droits en matière de participation financière. Ils doivent être informés de l'existence de l'accord par le biais d'une note d'information qui en reprend le texte⁽³⁸⁾ ou par tout autre moyen qu'il prévoit ; à défaut, ils le sont par voie d'affichage⁽³⁹⁾. De cette information à caractère collectif, les accords doivent organiser

(29) C. trav., art. L. 3313-2.

(30) C. trav., art. L. 3313-1, al. 2.

(31) Circ. 14 sept. 2005 sur l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 3 IV A : JO 1^{er} nov., 17179.

(32) Circ. 14 sept. 2005 sur l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 2 IV A : JO 1^{er} nov., 17179.

(33) C. trav., art. L. 3324-5 à L. 3324-8 et L. 3324-10.

(34) La circulaire du 14 septembre 2005 précise « qu'en cas d'attribution d'actions de l'entreprise, de souscription d'actions émises par les sociétés créées par les salariés en vue du rachat de leur entreprise, ou d'acquisition de titres émis par les sociétés d'investissement à capital variable ou de parts de FCPE, l'accord doit préciser la forme des titres attribués, les modalités de leur conservation et les mesures prises pour assurer le respect de l'indisponibilité. En cas d'affectation dans un fonds commun de placement, celui-ci doit être nommément désigné ainsi que les noms du dépositaire et du gestionnaire. Tout ajout de fonds doit faire l'objet d'un avenant (un changement de fonds, de dépositaire ou de gestionnaire décidé par le conseil de surveillance n'impose pas un avenant mais une information des salariés). Si un choix individuel est ouvert aux salariés entre plusieurs modes de gestion, l'accord doit prévoir les modalités d'exercice de ce choix par chaque salarié et préciser le sort des droits des salariés n'ayant pas manifesté leur volonté. Lorsque l'accord prévoit le choix individuel entre le versement immédiat ou le réinvestissement des intérêts, le régime applicable à défaut de choix exprimé par le salarié doit également être spécifié ».

(35) À défaut de précision dans l'accord, c'est la moitié du bénéfice net comptable qui, de plein droit, sera retenue comme plafond, conformément aux dispositions prévues par l'article L. 3324-2 du Code du travail.

(36) C. trav., art. L. 3332-7.

(37) Sur les précisions fournies par l'administration, cf. Circ. 14 sept. 2005 sur l'épargne salariale, Dossier Plan d'épargne d'entreprise (PEE), fiche 2 IV : JO 1^{er} nov., 17179.

(38) C. trav., art. D. 3313-8.

(39) C. trav., art. D. 3323-2.

les modalités⁽⁴⁰⁾. Lors du versement de l'intéressement et de la répartition de la participation, une fiche distincte du bulletin de paie comportant diverses mentions⁽⁴¹⁾ doit être remise à chaque salarié et indiquer la part qui lui revient⁽⁴²⁾.

2° Un contrôle de conformité

131. – Le Conseil d'État avait pu considérer que les accords d'intéressement ne pouvaient être soumis à un contrôle préalable de validité à l'occasion de leur dépôt. Le directeur départemental du travail⁽⁴³⁾ était tenu d'accuser réception de l'accord déposé, sans pouvoir relever que les conditions de son élaboration ou son contenu ne satisfaisaient pas aux exigences légales⁽⁴⁴⁾. L'absence d'observation de sa part ne valait pas approbation, de telle sorte que si l'URSSAF considérait que les conditions d'exonération de la prime d'intéressement n'étaient pas remplies, sa réintégration dans l'assiette des cotisations sociales pouvait être décidée⁽⁴⁵⁾. Le rôle actuellement reconnu à l'administration constitue un compromis entre contrôle préalable de validité et l'enregistrement du dépôt.

L'autorité administrative s'assure de la conformité d'un accord au regard de l'existence et de la légalité des clauses obligatoires, du respect des principes fondamentaux, notamment des caractères collectif et aléatoire et de la légalité des clauses facultatives introduites dans l'accord. Celui-ci peut donner lieu à une demande de mise en conformité formulée par le directeur de l'unité territoriale. Si les parties n'accèdent pas à cette demande, l'administration du travail peut informer l'URSSAF et l'administration fiscale des irrégularités constatées. Le contrôle de conformité est obligatoire pour les accords d'intéressement. Il implique que les points clés à vérifier (champ d'application, formalités et contenu) soient recensés et que le rôle des URSSAF soit précisé, peu important que l'accord soit ou non examiné conjointement avec la direction compétente⁽⁴⁶⁾.

Aux termes de la loi du 19 février 2001⁽⁴⁷⁾, « le directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle dispose d'un délai de quatre mois à compter du dépôt de l'accord pour demander le retrait ou la modification de dispositions contraires aux lois et règlements »⁽⁴⁸⁾. À l'origine, cette mesure ne concernait que les accords d'intéressement⁽⁴⁹⁾. La loi du 30 décembre 2006⁽⁵⁰⁾ a décidé

(40) Circ. 14 sept. 2005 sur l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 6 II ; Dossier Participation, fiche 6 I ; Dossier Plan d'épargne d'entreprise (PEE), fiche 2 III : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(41) C. trav., art. D. 3313-9 et D. 3323-16.

(42) Circ. 14 sept. 2005 sur l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 6 III ; Dossier Participation, fiche 6 II : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(43) Aujourd'hui, il conviendrait de parler du directeur de l'unité territoriale de la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi.

(44) CE, avis, 8 nov. 1996 : RJS 1/1997, n° 70.

(45) Cass. soc., 19 juill. 2000, pourvoi n° 98-18.620 : RJS 1/2001, n° 90.

(46) D. Rigaud, *Le contrôle et le contentieux en matière de cotisations sociales*, thèse dactyl., Montpellier I, 2003, p. 31.

(47) L. n° 2001-152, 19 févr. 2001, sur l'épargne salariale (JO 20 févr., p. 2774).

(48) *Ibid.*, art. 11 II.

(49) La Cour de cassation a considéré que « la loi n° 2001-152 du 19 février 2001 ne prévoyant pas son application aux accords en cours d'exécution, les contrats d'intéressement demeurent soumis à la loi en vigueur lors de leur conclusion ; qu'il en va de même pour les avenants afférents à ces contrats, qui se rattachent aux contrats qu'ils visent à modifier » (Cass. 2^e civ., 18 févr. 2010, pourvoi n° 09-65.432 : RJS 5/2010, n° 455). Cette jurisprudence est aujourd'hui vidée d'effet dès lors que les accords d'intéressement ont une durée triennale.

(50) L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006, pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social (JO 31 déc., p. 20210).

qu'après consultation de l'URSSAF dont relève l'entreprise, l'autorité administrative doit prendre position sur la conformité d'un accord d'intéressement ou de participation mais aussi du règlement d'un plan d'épargne salariale aux dispositions légales et réglementaires en vigueur⁽⁵¹⁾. Dans les délais impartis, elle peut formuler des observations qui conduisent soit au retrait des clauses illicites, soit à leur modification. Afin de faciliter une éventuelle mise en conformité, le législateur a autorisé la dénonciation unilatérale des imperfections par l'une quelconque des parties⁽⁵²⁾. Afin de lever certaines incertitudes, le contrôle *a priori* prévu pour l'intéressement⁽⁵³⁾ a été étendu à la participation aux résultats et à l'ensemble de l'épargne salariale⁽⁵⁴⁾.

132. – À défaut d'observations de l'autorité administrative au terme d'un délai de quatre mois, l'accord est considéré comme conforme aux dispositions en vigueur au moment de sa conclusion. Aucune contestation ultérieure de la conformité des termes de l'accord ne pourra conduire à remettre en cause les exonérations fiscales et sociales attachées aux sommes attribuées aux salariés, au titre de l'exercice en cours ou des exercices antérieurs à une éventuelle contestation⁽⁵⁵⁾. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 30 décembre 2006, un accord validé par l'administration ne peut plus faire l'objet d'un redressement fiscal et social en raison de son contenu⁽⁵⁶⁾. La jurisprudence abonde en ce sens et maintient la distinction opérée entre la forme de l'accord de participation financière et le fond. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle considéré, à propos d'un plan d'épargne d'entreprise, que « toute modification, autre que de forme, équivaut à l'établissement d'un plan nouveau et doit faire l'objet d'un dépôt auprès de l'administration »⁽⁵⁷⁾. Un avenant dont l'objet est de supprimer le montant minimum des versements complémentaires doit donc faire l'objet d'un dépôt auprès de l'unité territoriale de la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi. N'est pas recevable l'argument selon lequel seul l'avenant qui opère des modifications substantielles⁽⁵⁸⁾, de nature à modifier l'économie du contrat, doit faire l'objet d'un dépôt obligatoire⁽⁵⁹⁾.

Compte tenu du principe d'interprétation stricte de toute règle instaurant des exonérations de charges sociales, la détermination de ce qui constitue une modification de forme est délicate. Certains auteurs considèrent que ne peuvent pas être assimilés à de simples modifications de forme d'un règlement de plan d'épargne les

(51) Cette loi se contentait d'étendre la pratique, relativement généralisée mais non formalisée, d'examen conjoint des accords d'épargne salariale par les administrations du travail et de la Sécurité sociale. Pour plus d'informations, V. A. Cormier Le Goff et A. Lemerrier, *Les apports de la loi du 30 décembre 2006 en matière de participation et d'actionariat salarié* : Dr. soc. 2007, p. 152, spéc. p. 157.

(52) V. *infra*, nos 302 et s.

(53) Finalisé en 1998, ce contrôle visait un examen conjoint de la DDTEFP (qui correspond aux actuelles unités territoriales des Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi) et de l'URSSAF, dans le cadre du contrôle de conformité *a priori* des accords d'intéressement.

(54) A. Sauret, *Les dividendes du travail* : LPA 8 févr. 2007, n° 27, p. 4, spéc. p. 11.

(55) C. trav., art. L. 3345-3.

(56) Cette sécurité ne concerne pas les sommes versées au titre du régime d'autorité de la participation qui s'applique en l'absence d'accord.

(57) Cass. soc., 16 déc. 2008, pourvoi n° 07-14.610 : Bull. civ. 2008, V, n° 256 ; RJS 3/2009, n° 267.

(58) La circulaire du 14 septembre 2005 sur l'épargne salariale précise qu'un avenant à un plan d'épargne d'entreprise doit faire l'objet d'un dépôt lorsqu'il contient des modifications substantielles qui en font en réalité un nouveau règlement.

(59) M.-C. Haller, note ss Cass. soc., 16 déc. 2008 : JSL 2009, n° 248, p. 22.

aménagements ayant pour objet ou pour effet, directement ou indirectement, de modifier l'économie ou l'esprit du plan d'épargne d'entreprise initial⁽⁶⁰⁾. Seraient des modifications de fond celles qui affectent les modalités d'approvisionnement et d'abondement du plan ou qui touchent à son périmètre. L'administration semble aller dans ce sens à propos de toute modification du périmètre d'un groupe au sein duquel est mis en place un dispositif de participation financière⁽⁶¹⁾. Un souci de sécurité juridique et de transparence commande de procéder au dépôt systématique des avenants à un dispositif de participation financière, la communication à l'autorité administrative présentant l'avantage de « sécuriser » les modifications de forme⁽⁶²⁾.

Une fois le dépôt effectué, un récépissé doit être délivré. Il établit que les « pièces nécessaires à l'accomplissement de cette formalité ont été déposées »⁽⁶³⁾. Aucune réintégration dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale ne peut être ordonnée par l'URSSAF en raison d'un défaut de dépôt si l'employeur peut se prévaloir du récépissé. Mais l'URSSAF conserve la possibilité de vérifier l'exécution de l'accord dans l'exercice de ses prérogatives normales de contrôle⁽⁶⁴⁾.

L'acte de renouvellement de l'accord d'intéressement venu à expiration doit être déposé. À défaut, un redressement serait justifié⁽⁶⁵⁾.

B. – L'enjeu du dépôt

133. – La position de la Cour de cassation... Une décision de la Cour de cassation en date du 3 juillet 2008⁽⁶⁶⁾ donne au dépôt une portée qu'il n'avait pas initialement⁽⁶⁷⁾. Elle crée une confusion entre le dépôt de l'accord de participation comme condition de son application et d'accès aux exonérations afférentes⁽⁶⁸⁾ qui relève de la compétence du tribunal des affaires de sécurité sociale⁽⁶⁹⁾ et l'application du seul régime d'autorité pour l'application duquel le dépôt n'est pas nécessaire et qui relève de la compétence de la juridiction prud'homale. La participation

(60) Y.-E. Logeais et D. Jonin, obs. ss Cass. soc., 16 déc. 2008 : *Dr. soc.* 2009, p. 370, spéc. p. 371.

(61) Circ. 14 sept. 2005 sur l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 3 I D ; Dossier Participation, fiche 2 I E, Dossier Plan d'épargne d'entreprise, fiche 2 I C : JO 1^{er} nov., 17179.

(62) R. Vatinet, *Modification d'un règlement de PEE : obligation de dépôt et obligation d'information des salariés*, note ss Cass. soc., 16 déc. 2008 : *JCP S* 2009, 1455.

(63) Cass. soc., 18 nov. 2003, pourvoi n° 02-30.083, inédit.

(64) CA Poitiers, 7 déc. 1994 : *RJS* 2/1995, n° 145.

(65) Cass. soc., 31 oct. 2000, pourvoi n° 98-22.918 : *RJS* 1/2001, n° 72.

(66) Cass. 2^e civ., 3 juill. 2008, pourvoi n° 07-17.379 : *Bull. civ.* 2008, II, n° 166 ; *RJS* 11/2008, n° 1109 ; *Semaine sociale Lamy* 2008, n° 1372, p. 14 : « ... le jugement relève, d'une part, que les parties s'accordent sur la soumission de la société à la participation des salariés aux fruits de l'entreprise, à l'absence d'accord déposé pour la période contrôlée et, par voie de conséquence, à l'obligation pour la société de constituer la réserve spéciale prévue dans le régime obligatoire ; qu'il retient que la société ne peut revendiquer le bénéfice d'une exonération de cotisations sociales que le législateur a entendu réserver aux seules entreprises ayant régulièrement conclu et déposé un accord de participation puisqu'elle a déposé le 10 novembre 2004 seulement l'accord de participation relatif à l'exercice ouvert le 1^{er} septembre 2002 et clos le 31 août 2003 ; que de ces constatations et énonciations, le tribunal a exactement déduit, en l'état des textes applicables, que la totalité des sommes versées au titre de participation devait être réintégrée dans l'assiette des cotisations sociales de la société ».

(67) La décision du 3 juillet 2008 a été confirmée par la suite. Il a été décidé que le dépôt des accords de participation auprès de l'autorité administrative conditionne l'ouverture du droit aux exonérations des cotisations prévues par la législation de la sécurité sociale. Sont donc soumises à cotisations les sommes attribuées en exécution d'un accord de participation antérieurement à son dépôt (Cass. soc., 8 déc. 2010, pourvoi n° 09-11.217 : *RJS* 5/2011, n° 443. – Cass. soc., 30 mars 2011, pourvois n° 09-72.990 et 09-72.991, inédit).

(68) Cass. soc., 30 mars 1995, pourvoi n° 93-10.495 : *RJS* 5/1995, n° 542.

(69) Cass. soc., 27 mai 1999, pourvoi n° 96-20.681 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 243 ; *RJS* 7/1999, n° 950.

aux résultats est obligatoire dans les entreprises d'au moins cinquante salariés. Le régime d'autorité résulte de l'application des seules dispositions légales. Jusqu'en 2008, les sommes issues de la réserve spéciale de participation d'autorité bénéficiaient des exonérations fiscales et sociales liées au régime de participation. La Cour de cassation avait déjà considéré que des sommes dues en exécution d'un accord de participation n'étant pas de nature salariale « pouvaient en conséquence faire l'objet d'une saisie conservatoire »⁽⁷⁰⁾. Le fait que les sommes issues de la participation soient garanties par l'Association pour la gestion du régime de Garantie des créances des Salariés (AGS) est indifférent. Cette garantie est liée au fait que les droits à participation⁽⁷¹⁾ correspondent à un droit de créance des salariés sur l'entreprise⁽⁷²⁾ « quel que soit leur emploi pendant le temps de leur indisponibilité », qui devient exigible en raison de la liquidation judiciaire de l'entreprise⁽⁷³⁾.

Certains auteurs avaient déjà mis l'accent sur le risque de réintégration dans l'assiette des cotisations des primes d'intéressement versées à titre de sanction de l'absence de dépôt ou du dépôt tardif des accords d'intéressement⁽⁷⁴⁾. Ils rappelaient que le dépôt de ces accords était d'un intérêt moindre que celui des accords de participation⁽⁷⁵⁾. La Cour de cassation adopte aujourd'hui une position plus sévère qui s'inscrit dans la ligne de cette ancienne position doctrinale. La cour se fonde sur une lecture conjointe de l'article L. 3325-1 du Code du travail qui institue un « principe général d'exonération fiscale et sociale des sommes portées à la réserve spéciale de participation au cours d'un exercice » et de l'article L. 3323-4 du même code, lequel impose le dépôt des accords de participation auprès de l'autorité administrative et précise qu'il « conditionne l'ouverture du droit aux exonérations prévues au chapitre V » du Code du travail relatif au régime social et fiscal de la participation⁽⁷⁶⁾. La lecture opérée par la Cour de cassation implique que les exonérations sociales et fiscales des sommes issues de la participation dépendent du dépôt d'un accord⁽⁷⁷⁾. Cette position sanctionne les entreprises qui n'ont pas pu négocier d'accords de participation alors même qu'elles ont l'obligation de mettre en place ce dispositif.

134. – Les conséquences de la position de la Cour de cassation... Toutes les entreprises d'au moins cinquante salariés qui ont l'obligation de mettre en place la participation aux résultats ne sont pas toujours en mesure de conclure les accords nécessaires. La difficulté peut notamment venir de l'absence de syndicats dans l'entreprise, de l'absence de salariés mandatés pour négocier sur les questions de participation ou d'une carence de comité d'entreprise. Le défaut d'accord pénalise alors une entreprise pour un manquement qui ne lui est pas imputable. Dans la logique

(70) Cass. soc., 1^{er} févr. 2005, pourvoi n° 02-14.452 : RJS 4/2005, n° 422.

(71) Les sommes employées à l'acquisition de parts d'un fonds commun de placement dont les salariés sont devenus propriétaires ne sont pas admises au bénéfice de la garantie de l'AGS du seul fait de l'affectation de ces sommes à ce plan (Cass. soc., 28 nov. 2007, pourvoi n° 05-45.354 : Bull. civ. 2007, V, n° 198 ; RJS 2/2008, n° 189).

(72) C. trav., art. L. 3253-10.

(73) Cass. soc., 30 sept. 2004, pourvoi n° 02-16.439, inédit.

(74) A. Arseguel et P. Isoux, *La nature juridique et la portée du dépôt des accords d'intéressement* : Dr. soc. 1991, p. 126, spéc. p. 130.

(75) *Ibid.*, spéc. p. 128.

(76) C. trav., art. L. 3325-1 qui précise que « les sommes portées à la réserve spéciale de participation ne sont pas prises en considération pour l'application de la législation du travail et de la sécurité sociale ».

(77) *Contra*, CA Amiens, 6 mai 1993 : RJS 6/1993, n° 637.

de la solution jurisprudentielle, la participation versée à défaut d'accord entre, comme le salaire, dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale en application de la règle selon laquelle, « pour le calcul des cotisations des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales, sont considérées comme rémunérations toutes les sommes versées au travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail, notamment les salaires ou gains, les indemnités de congés payés, le montant des retenues pour cotisations ouvrières, les indemnités, primes, gratifications et tous autres avantages en argent »⁽⁷⁸⁾. Selon la Cour de cassation, « la totalité des sommes versées au titre de la participation [doit être réintégrée dans l'assiette des cotisations sociales] ». Le défaut de dépôt ferait donc perdre leur nature – au moins en partie – aux sommes issues de l'application du régime d'autorité. Toute somme versée en application de ce régime serait considérée comme un salaire et donc intégralement soumise à charges sociales. La Cour de cassation fait, à tort⁽⁷⁹⁾, un lien entre deux articles, alors que la loi ne l'établit pas⁽⁸⁰⁾.

135. – Le dépôt des accords d'intéressement... La jurisprudence inaugurée par l'arrêt du 3 juillet 2008 est sans incidences sur l'intéressement. Ce dispositif facultatif implique nécessairement la négociation d'un accord. Aucun régime d'autorité n'a été légalement établi. La finalité de la formalité de dépôt des accords d'intéressement ne se confondait point, naguère, avec celle de l'homologation administrative. Dans l'ordonnance de 1986, aucun lien n'était établi entre le dépôt et le bénéfice des exonérations. Le texte précisait que « les accords doivent être déposés à la direction départementale du travail et de l'emploi du lieu où ils ont été conclus »⁽⁸¹⁾. Ce n'est que dans un article distinct⁽⁸²⁾ que le régime social plus favorable était visé. Les juges du fond pouvaient alors considérer que le dépôt d'un accord d'intéressement auprès de l'autorité administrative n'était pas une condition nécessaire à l'exonération des cotisations de sécurité sociale⁽⁸³⁾. La Cour de cassation avait tranché la difficulté qui résultait de la rédaction ambiguë des textes applicables en considérant qu'était justifiée la décision de l'URSSAF de réintégrer dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale les primes versées en application d'un accord d'intéressement non déposé⁽⁸⁴⁾. Avec la loi du 25 juillet 1994⁽⁸⁵⁾, le dépôt est devenu une condition nécessaire pour « l'octroi des avantages fiscaux et sociaux »⁽⁸⁶⁾ liés au versement de sommes au titre de l'intéressement. Le dépôt doit être effectué préalablement à tout versement de sommes dues en application de l'accord⁽⁸⁷⁾ et au

(78) CSS, art. L. 242-1, al. 1^{er}.

(79) *Contra*, T. Tauran, *Conséquences de l'absence de dépôt régulier d'un accord de participation*, note ss Cass. 2^e civ., 3 juill. 2008 : JCP S 2008, 1555.

(80) A. Sauret et J.-B. Cottin, *Les sommes versées au titre de la participation en application du régime d'autorité bénéficiaires du régime social et fiscal de faveur ?*, note ss Cass. 2^e civ., 3 juill. 2008 : LPA 13 oct. 2008, n° 205, p. 11, spéc. p. 12.

(81) Ord. préc., art. 2.

(82) Ord. préc., art. 4.

(83) CA Grenoble, 3 déc. 1991 : RJS 7/1992, n° 898. – CA Amiens, 6 mai 1993 : RJS 6/1993, n° 637.

(84) Cass. soc., 24 nov. 1994, pourvoi n° 92-11.167 : RJS 1/1995, n° 47. – Cass. soc., 13 avr. 1995, pourvoi n° 93-16.814 : RJS 6/1995, n° 679.

(85) L. n° 94-640, 25 juill. 1994, relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise (JO 27 juill. 1994, p. 10832).

(86) P. Maillard, *Intéressement, participation, actionnariat*, Delmas, 3^e éd. 2002, p. 73.

(87) Cass. soc., 30 avr. 1997, pourvoi n° 95-20.572 : RJS 6/1997, n° 716. – Cass. soc., 22 oct. 1998, pourvoi n° 97-11.804 : RJS 12/1998, n° 1537.

moment de son renouvellement⁽⁸⁸⁾. Ces conditions s'appliquent également à l'accord d'établissement lorsque ce dernier comporte des stipulations qui ne figurent pas dans l'accord d'entreprise. Il doit être déposé à l'unité territoriale de la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi pour que les sommes versées bénéficient du régime exonératoire⁽⁸⁹⁾.

§ 2. – Le rôle consultatif des URSSAF

136. – Lors du dépôt d'accords qui mettent en place des dispositifs de participation financière, les URSSAF sont préalablement consultées par l'unité territoriale de la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi. Cette intervention est nécessaire (A) même si sa portée est encore limitée (B).

A. – Un rôle nécessaire

137. – L'insécurité juridique qui résulte de l'abondance des interprétations administratives relatives aux dispositifs de participation financière justifie l'intervention préalable des URSSAF lors de la procédure de dépôt des accords (1°). Cette intervention confère au dépôt l'apparence d'un rescrit (2°).

1° L'insécurité juridique des interprétations administratives dans la participation financière

138. – La Cour de justice⁽⁹⁰⁾ et le Conseil d'État⁽⁹¹⁾ ont fait de la sécurité juridique un principe général du droit. La « sécurisation » des procédures de consultation des URSSAF⁽⁹²⁾ est une nécessité. La Cour de cassation considère que les unions de recouvrement sont des entités juridiquement indépendantes qui ne sont pas liées par leurs décisions respectives⁽⁹³⁾. Cette situation est une source de difficultés et d'insécurité⁽⁹⁴⁾ pour les entreprises confrontées à plusieurs URSSAF⁽⁹⁵⁾. Une entreprise à établissements multiples peut être confrontée à plusieurs unions ayant une analyse différente d'un même texte⁽⁹⁶⁾. L'employeur se trouve dans une situation où

(88) Cass. soc., 5 nov. 1999, pourvoi n° 97-22.485 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 432 ; *RJS* 12/1999, n° 1490.

(89) Cass. soc., 20 févr. 1997, pourvoi n° 95-10.730 : *RJS* 4/1997, n° 447.

(90) CJCE, 6 avr. 1962, aff. C-13-61, *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd c/ Robert Bosch GmbH et Maatschappij tot voortzetting van de zaken der Firma Willem van Rijn*.

(91) CE, 24 mars 2006, *Sté KPMG et a.* : *Rec. CE* 2006, n° 288460.

(92) O. Fouquet et T. Wanecq, *Cotisations sociales : stabiliser la norme, sécuriser les relations avec les URSSAF et prévenir les abus*, Rapport au ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique sur la sécurité juridique en matière de cotisations sociales, La Documentation française, juill. 2008.

(93) Cass. soc., 29 juin 1995, pourvoi n° 83-11.506 : *Bull. civ.* 1995, V, n° 225 ; *JCP E* 1995, II, 22509 : l'URSSAF compétente en matière de recouvrement est celle du lieu de l'établissement. La jurisprudence considère que les URSSAF « constituant autant de personnes morales distinctes, la décision prise par l'une d'elles n'engage pas les autres ».

(94) La loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004 a apporté une réponse juridique à cette difficulté. Elle ouvre la possibilité de recourir à l'arbitrage de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS) lorsqu'une entreprise est confrontée aux interprétations divergentes de plusieurs URSSAF (CSS, art. L. 243-6-1).

(95) Une réponse négative de l'URSSAF ou l'absence de réponse n'est plus une garantie d'absence de requalification ultérieure depuis l'arrêt du 29 juin 1995 précité. – Cf. F. Taquet, *À quoi sert le rescrit en matière de sécurité sociale ?* : *Gaz. Pal.* juill.-août 2000, p. 1310.

(96) P. Coursier, *De l'interprétation administrative en matière de contrôle URSSAF* : *JSL* 2005, chron. 180-1.

il lui est impossible d'appliquer une solution unique à toute son entreprise, sous peine de redressement⁽⁹⁷⁾. L'application d'un accord de participation ou d'intéressement au niveau de l'entreprise pourrait donc être différente selon les établissements.

Une lettre-circulaire⁽⁹⁸⁾ relative à la loi du 19 février 2001⁽⁹⁹⁾ adoptait une lecture particulière de l'étendue du contrôle des URSSAF en matière de participation financière. Elle considérait que la « sécurisation » juridique des accords liée à la consultation préalable des unions de recouvrement concernait leur contenu mais non les irrégularités de fait. Les irrégularités liées notamment « au non-respect de la règle de non-substitution ou à l'application irrégulière d'un accord non conforme à ses clauses, ne sont pas couvertes par la procédure de validation implicite. Ces irrégularités sont donc susceptibles de donner lieu à une remise en cause rétroactive par l'URSSAF des exonérations de cotisations »⁽¹⁰⁰⁾. Le premier cas d'irrégularité évoqué par cette circulaire libère totalement les URSSAF de la volonté du législateur de « sécuriser » les accords collectifs. Aucune instruction ultérieure n'est venue contredire cette interprétation. La circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale ne manque pas de s'arrêter sur cette disposition, apportant sa propre analyse, plus conforme au texte de la loi, sans pour autant revenir sur l'interprétation restrictive adoptée par la circulaire du 10 avril 2001⁽¹⁰¹⁾. Aucune lettre-circulaire de l'ACOSS à destination des URSSAF n'a fait écho à cette interprétation. Comme le souligne la circulaire du 14 septembre 2005, « une forte implication des services déconcentrés du travail est indispensable pour assurer la sécurité juridique voulue par le législateur, ainsi qu'une collaboration renforcée avec les URSSAF et les services fiscaux, lors de l'examen au fond des accords, et notamment des accords d'intéressement »⁽¹⁰²⁾.

Le développement de l'épargne salariale se heurte donc à une difficulté. Depuis 1998, la branche du recouvrement signe tous les trois ans une convention d'objectifs et de gestion avec les pouvoirs publics. Les engagements inscrits dans cette convention concernent notamment la qualité du service rendu aux cotisants. Ils sont repris dans le cadre de contrats signés entre l'ACOSS et chaque URSSAF. Ils n'empêchent pas chaque entité de développer sa doctrine propre dans la collecte des cotisations, dépendant de l'environnement économique et social. D'une

(97) Certains auteurs ajoutent aux sources traditionnelles du droit des obligations, les sources contemporaines qui sont constituées par la pratique : avis de la pratique administrative ou circulaires de l'administration. Les sources administratives du droit privé font débat mais n'ont fait que prendre de l'ampleur avec « le phénomène de bureaucratisation, de complexification et de technicisation croissantes » des droits. L'inflation des lois et la « décrétomanie » se conjuguent à ce phénomène et créent une « instabilité grandissante du droit ». – V. P. Malaurie et L. Aynès, *Obligations*, Cujas, 9^e éd. 1998-1999, n° 303. – V. J.-M. Olivier, *Les sources administratives du droit privé*, thèse dactyl., Paris II, 1981 ; *Les sources administratives du droit des obligations*, in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Assoc. H. Capitant, LGDJ, t. I, Lille, 1996, n° 1.

(98) Lettre-circulaire n° 2001-056, 10 avr. 2001, relative aux modifications apportées aux mécanismes de l'épargne salariale, Direction de la réglementation et des orientations du recouvrement.

(99) L. n° 2001-152, 19 févr. 2001, sur l'épargne salariale (JO 20 févr., p. 2774).

(100) Lettre-circulaire n° 2001-056, 10 avr. 2001, relative aux modifications apportées aux mécanismes de l'épargne salariale, Direction de la réglementation et des orientations du recouvrement, p. 8.

(101) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 3 III : JO 1^{er} nov., p. 17179 : « En cas de contestation, la sécurisation juridique ne vise donc que le passé ou l'année en cours. Pour la ou les années suivantes, une mise en conformité s'impose pour garantir le bénéfice des exonérations attachées à l'intéressement ».

(102) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Mission des Services, fiche 3 : JO 1^{er} nov., p. 17179.

URSSAF à l'autre, l'approche de l'épargne salariale peut varier. Certaines grandes entreprises ou grands groupes qui ont des établissements dans toute la France recourent au versement des cotisations en un lieu unique pour n'avoir qu'un seul interlocuteur. Cette capacité donnée aux groupes de centraliser leurs dossiers URSSAF trahit la disparité du traitement opéré par les différents organismes et l'insécurité qui en résulte.

2° Un rescrit social apparent

139. – La procédure de consultation préalable de l'URSSAF par la direction départementale du travail a été conçue sur le modèle d'un rescrit social (a). Mais il ne s'agit que d'une apparence (b).

a) Un rescrit

140. – Une forte suspicion de fraude ou de détournement pèse sur le chef d'entreprise lorsqu'il recourt soit à l'intéressement, soit à une formule de calcul dérogatoire en matière de participation. L'insécurité qui découle des risques de contrôle opéré par l'URSSAF constitue un frein au développement de l'intéressement. Organismes collecteurs des cotisations sociales, les unions de recouvrement sont soucieuses d'éviter les pertes de recettes. Elles veillent à éviter tout détournement des déductions, réductions et exonérations sociales définies par le législateur. « Dans le doute abstiens-toi »⁽¹⁰³⁾ est alors l'attitude habituelle des chefs d'entreprise.

La loi du 30 décembre 2006⁽¹⁰⁴⁾ a souhaité « sécuriser » les accords relatifs à l'épargne salariale. L'article L. 3345-2 du Code du travail précise que l'autorité administrative dispose d'un délai de quatre mois pour analyser et, éventuellement, faire corriger certaines dispositions des accords après consultation des URSSAF⁽¹⁰⁵⁾. « En l'absence de demande de l'autorité administrative pendant le délai de quatre mois, aucune contestation ultérieure de la conformité des termes de l'accord ou du règlement aux dispositions légales en vigueur au moment de sa conclusion ne peut avoir pour effet de remettre en cause les exonérations fiscales et sociales attachées aux avantages accordés aux salariés au titre des exercices en cours ou antérieurs à la contestation »⁽¹⁰⁶⁾. Les unités territoriales des directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi et les URSSAF sont placées devant leurs responsabilités : il ne pourra être reproché au chef d'entreprise un accord irrégulier et des pénalités rétroactives ne pourront lui être imposées dans le silence de ces autorités. Cette procédure de validation des accords est censée apporter d'avantage de sécurité au chef d'entreprise : les accords d'intéressement et de participation et les règlements de plan d'épargne salariale font l'objet d'un dépôt auprès des services déconcentrés du travail et de l'emploi qui ouvre droit aux exonérations fiscales et sociales.

(103) Zoroastre (ou Zarathoustra), *Avesta, le livre sacré des anciens Perses*, éd. Sand, coll. « Sagesse et spiritualité », 1996.

(104) L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006, pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social (JO 31 déc., p. 20210).

(105) La loi du 30 décembre 2006 élargit à tout dispositif de participation financière la procédure applicable à l'intéressement issue de l'article 11 de la loi n° 2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale.

(106) C. trav., art. L. 3345-3.

b) Une apparence

141. – Le rescrit social⁽¹⁰⁷⁾ émane d'un organisme de sécurité sociale chargé d'une mission de service public. Il constitue un acte administratif à caractère individuel que l'administration assimile à un acte administratif décisoire⁽¹⁰⁸⁾. Le rescrit social instauré par la loi du 11 février 1994⁽¹⁰⁹⁾ avait pour but « d'amenuiser les risques de requalification du travail indépendant »⁽¹¹⁰⁾. La consultation préalable de l'URSSAF par l'autorité administrative au moment du dépôt des accords d'intéressement et de participation relève de la même philosophie : la non-requalification. Seuls les sujets de droit sont différents : le rescrit social suppose une demande formulée par un cotisant auprès de l'administration. En matière de participation financière, une administration en sollicite une autre afin de « sécuriser » la situation d'un cotisant en prévenant de tout risque de requalification en salaire des sommes distribuées au titre de la participation ou de l'intéressement.

142. – La loi du 9 décembre 2004⁽¹¹¹⁾ a autorisé le Gouvernement à prendre par ordonnance « toutes mesures de nature à renforcer les droits des cotisants dans leurs relations avec les organismes chargés du recouvrement des contributions et des cotisations de sécurité sociale ». L'objectif était de « permettre aux cotisants de se prévaloir des circulaires et instructions ministérielles publiées, d'invoquer l'interprétation de l'organisme de recouvrement sur leur situation au regard de la législation relative aux cotisations et aux contributions de sécurité sociale, résoudre les difficultés qui peuvent apparaître lors de leur affiliation ou de l'application qui leur est faite des règles d'assiette ou de recouvrement de ces cotisations ou contributions ».

L'ordonnance du 6 juin 2005⁽¹¹²⁾ donne corps au dispositif envisagé mais dans certaines limites. Les URSSAF doivent se prononcer de manière explicite sur toute demande d'un employeur qui souhaiterait connaître l'application à sa situation de la législation relative aux exonérations de cotisations de sécurité sociale, aux contributions des employeurs mentionnées aux articles L. 137-3 et suivants du Code de la sécurité sociale, aux mesures réglementaires spécifiques relatives aux avantages en nature et aux frais professionnels prises en application de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, aux exemptions d'assiette mentionnées au même article, aux cotisations et contributions dues sur les rémunérations mentionnées à l'article L. 242-1-4 et aux règles de déclaration et de paiement des cotisations prévues au présent chapitre⁽¹¹³⁾.

(107) Les rescrits au sens strict sont distincts des avis. Pour « un contribuable, un agent économique ou un travailleur indépendant, il s'agit d'obtenir d'une autorité publique à qui il a exposé de bonne foi sa situation ou une opération envisagée, une sorte de sauf-conduit, de quitus, lui assurant sécurité et impunité en ce qui concerne cette situation ou cette opération ». V. J.-M. Olivier, *Les sources administratives du droit des obligations*, in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Assoc. H. Capitant, LGDJ, t. I, Lille, 1996, p. 109, spéc. p. 117, n° 14.

(108) Circ. min. 4 janv. 1994, diffusée par lettre ACOSS du 6 septembre 1994.

(109) L. n° 94-126, 11 févr. 1994, relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, art. 35 (JO 13 févr., p. 2493).

(110) J.-P. Chauchard, *Le rescrit social, procédure d'interrogation de l'URSSAF* : *Dr. soc.* 1995, p. 642, spéc. p. 646.

(111) L. n° 2004-1343, 9 déc. 2004, de simplification du droit, art. 52 (JO 10 déc., p. 20857).

(112) Ord. n° 2005-651, 6 juin 2005, relative à la garantie des droits des cotisants dans leurs relations avec les organismes de recouvrement des cotisations et contributions sociales (JO 7 juin, p. 10027).

(113) CSS, art. L. 243-6-3.

Il appartient au cotisant de solliciter l'organisme de recouvrement afin qu'il clarifie un point obscur. Dans le cadre de la participation financière, ce n'est pas le cotisant qui sollicite l'organisme mais l'unité territoriale de la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi.

Le cotisant demande à l'URSSAF le sens et la portée de la norme applicable à sa situation⁽¹¹⁴⁾. L'URSSAF doit se prononcer par une réponse motivée dans un délai de trois mois à compter de la réception de la demande complète du cotisant⁽¹¹⁵⁾. À l'issue de ce délai, l'organisme de recouvrement qui n'a pas notifié sa décision à l'auteur de la demande ne pourra pas procéder à un redressement de cotisations ou contributions sociales au titre de la période comprise entre la date à laquelle le délai a expiré et la date à laquelle la réponse explicite est notifiée. Cette décision implicite ne vaut qu'au profit de l'auteur de la demande. Elle est opposable pour l'avenir à l'organisme qui l'a prononcée. Cette opposabilité pour l'avenir à l'URSSAF qui s'est prononcée se retrouve dans les dispositifs de participation financière à propos du contenu de l'accord.

Le texte « sécurise » les effets d'une décision de l'URSSAF dont relevait un employeur antérieurement. Il dispose qu'un « cotisant affilié auprès d'un nouvel organisme peut se prévaloir d'une décision explicite prise par l'organisme dont il relevait précédemment tant que la situation de fait exposée dans sa demande ou la législation au regard de laquelle sa situation a été appréciée n'ont pas été modifiées »⁽¹¹⁶⁾. Cette opposabilité *erga omnes* ne vaut que dans l'hypothèse d'une décision explicite de l'union de recouvrement sollicitée⁽¹¹⁷⁾. La réponse de l'URSSAF cristallise la situation pour le cotisant et lie l'URSSAF qui ne pourra exercer aucune procédure de redressement contre le cotisant qui se sera conformé à la position officielle de l'organisme de recouvrement⁽¹¹⁸⁾. Ce rescrit est un moyen « redoutablement efficace de sécurité juridique »⁽¹¹⁹⁾ dont la généralisation serait souhaitable⁽¹²⁰⁾. À ce jour, les thèmes concernés sont limitativement énumérés et les dispositifs de participation financière n'entrent pas dans le champ d'application de cette procédure. L'opposabilité *erga omnes* de l'avis rendu par l'URSSAF qui s'est prononcée sur la validité du contenu d'un accord de participation financière mis en place pour la première fois au sein d'une entreprise semble néanmoins présente avec la procé-

(114) J.-J. Gatineau, *De la sécurité juridique en droit de la Sécurité sociale : Dr. soc.* 2009, p. 332, spéc. p. 336.

(115) CSS, art. R. 243-43-2, I.

(116) CSS, art. L. 243-6-3, al. 10. L'article 21, I, du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2009 définitivement adopté le 27 novembre prévoyait l'ajout d'un article L. 243-6-4. Ce texte disposait que « dans le cas d'un changement d'organisme de recouvrement lié à un changement d'implantation géographique de l'entreprise ou de l'un de ses établissements, ou à la demande de l'organisme de recouvrement, un cotisant peut se prévaloir, auprès du nouvel organisme, des décisions explicites rendues par le précédent organisme dont il relevait, dès lors qu'il établit que sa situation de fait ou de droit est identique à celle prise en compte par le précédent organisme ». Une telle disposition n'apporte rien de plus à l'ordonnement juridique. Au considérant 23 de sa décision n° 2008-571 DC du 11 décembre 2008, le Conseil constitutionnel a considéré que l'article 21 de la loi comportait des mesures relatives à la sécurité juridique des relations entre les cotisants et les organismes de recouvrement des recettes de la sécurité sociale qui n'avaient qu'un effet trop indirect sur les recettes des régimes obligatoires. Elles n'avaient pas leur place dans la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009. Ce texte a toutefois été intégré au Code de la sécurité sociale par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, art. 75 (JO 13 mai, p. 7920).

(117) P. Morvan, *Droit de la protection sociale*, Litec, 5^e éd. 2011, n° 475, p. 383, spéc. p. 384.

(118) J.-J. Gatineau, *De la sécurité juridique en droit de la Sécurité sociale : Dr. soc.* 2009, p. 332, spéc. p. 336.

(119) *Ibid.*, p. 337.

(120) P. Morvan, *Droit de la protection sociale*, Litec, 5^e éd. 2011, n° 475.

dure instaurée par la loi du 30 décembre 2006. Aucune contestation ultérieure de la conformité des termes de l'accord ou du règlement aux dispositions légales en vigueur au moment de sa conclusion ne peut avoir pour effet de remettre en cause les exonérations⁽¹²¹⁾. Subsiste néanmoins l'insécurité inhérente à la fréquence des évolutions législatives relatives au régime de la participation financière.

B. – Un rôle limité

143. – La consultation préalable des URSSAF, telle qu'elle est prévue par les textes spécifiques de la participation financière, a une portée limitée (1°). Une réflexion prospective mérite d'être menée (2°).

1° Un constat

144. – Les URSSAF sont des organismes de droit privé chargés d'une mission de service public. Elles ont des missions précises, clairement définies par le Code de la sécurité sociale⁽¹²²⁾. Le Code du travail les érige en organisme consultatif dans le cadre de la mise en place des dispositifs de participation financière. « Des rescrits au sens strict, formellement reconnus par le droit, sans doute faut-il distinguer divers "avis" que, *lato sensu*, il est encore permis de qualifier de rescrit »⁽¹²³⁾. Le rescrit social prévu par le Code de la sécurité sociale entre dans la première catégorie de rescrits. La consultation préalable de l'URSSAF par l'autorité administrative correspond à la description du rescrit entendu largement.

En pratique, le recours à la consultation préalable de l'organisme en charge du recouvrement des cotisations de sécurité sociale dont relève l'entreprise peut être effectué par l'unité territoriale de la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi compétente dans la seule hypothèse où elle envisage le retrait ou la modification de dispositions contraires aux lois et règlements ainsi qu'à sa doctrine⁽¹²⁴⁾. Une intervention ponctuelle des URSSAF sur demande de l'administration compétente, plutôt qu'une intervention systématique, est source d'insécurité pour l'entreprise. Certains contrôles URSSAF ont d'autres fondements que la contestation de la conformité, « ce qui rend quasi impossible aujourd'hui l'anéantissement du risque d'incertitude

(121) C. trav., art. L. 3345-3.

(122) CSS, art. L. 213-1 : « Des unions de recouvrement assurent : 1° Le recouvrement des cotisations d'assurances sociales, d'accidents du travail, d'allocations familiales dues par les employeurs au titre des travailleurs salariés ou assimilés, par les assurés volontaires et les assurés professionnels ; 2° Le recouvrement des cotisations d'allocations familiales dues par les employeurs et membres des professions libérales ; 3° Une partie du recouvrement des cotisations et contributions sociales dues par les employeurs et les personnes exerçant les professions artisanales, industrielles et commerciales, dans les conditions prévues aux articles L. 133-6-3 et L. 133-6-4 ; 4° Le recouvrement d'une partie de la contribution sociales généralisée selon les dispositions des articles L. 136-1 et suivants ; 5° Le recouvrement des contributions et cotisations mentionnées aux articles L. 321-4-2, L. 351-3-1 et L. 143-11-6 du Code du travail ; 6° Le contrôle et le contentieux du recouvrement prévu aux 1°, 2°, 3° et 5°.

Les unions sont constituées et fonctionnent conformément aux prescriptions de l'article L. 216-1.

Un décret détermine les modalités d'organisation administrative et financière de ces unions.

En matière de recouvrement, de contrôle et de contentieux, une union de recouvrement peut déléguer à une autre union ses compétences dans des conditions fixées par décret ».

(123) J.-M. Olivier, *Les sources administratives du droit des obligations*, in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Assoc. H. Capitant, LGDJ, t. I, Lille, 1996, n° 13, p. 109, spéc. p. 116.

(124) A. Sauret, *Les dividendes du travail* : LPA 8 févr. 2007, n° 27, p. 4, spéc. p. 11.

juridique »⁽¹²⁵⁾. L'URSSAF qui ne serait pas consultée pourrait plus facilement contester la validation d'un accord en raison d'une divergence d'interprétation avec l'autorité administrative.

145. – La procédure de consultation préalable des URSSAF concerne exclusivement le contenu des accords et porte sur les termes de l'accord au moment de son dépôt. Le succédané de sécurité juridique dont bénéficie l'entreprise ne vaut que pour le contenu de l'accord. Les irrégularités liées à sa mise en œuvre, décelées exclusivement lors des opérations de contrôle *a posteriori* (notamment celles afférentes au non-respect de la règle de non-substitution ou à l'application irrégulière d'un accord non conforme aux clauses qu'il contient)⁽¹²⁶⁾, sont donc susceptibles de donner lieu à une remise en cause rétroactive par l'URSSAF des exonérations de cotisations. Il en est de même si l'entreprise n'accède pas à la demande de mise en conformité formulée par l'autorité administrative avant le terme de quatre mois⁽¹²⁷⁾. Cette incertitude juridique n'est pas anéantie par la procédure mise en place par la loi du 30 décembre 2006. Les disparités qui résultent des interprétations divergentes d'URSSAF différentes ne permettent pas de faire de cette procédure une garantie suffisante, des contestations étant toujours susceptibles d'intervenir. Passé le délai de quatre mois, l'administration fiscale et l'URSSAF pourront remettre en cause les exonérations pour les exercices suivants⁽¹²⁸⁾.

Les limites du rôle de la consultation préalable des URSSAF transparaissent au regard de la position de la Cour de cassation. Elle considère que lorsque l'administration a formulé des observations sur un accord d'intéressement régulièrement déposé et qu'un avenant modificatif de mise en conformité a lui-même été déposé, la fin de non-recevoir instituée pour assurer la sécurité juridique des personnes redevables de cotisations sociales peut être opposée à l'URSSAF pour la période couverte par le délai de reprise sur les points mis en conformité dans l'avenant. La fin de non-recevoir ne peut pas être étendue aux points que l'avenant n'aurait pas mis en conformité, l'entreprise ne pouvant se prévaloir du silence de l'administration suite au dépôt de l'avenant modificatif⁽¹²⁹⁾.

2° Des solutions

146. – Une « responsabilisation » collective (a) ou individuelle (b) des protagonistes à la procédure de dépôt des accords de participation financière mérite d'être envisagée.

a) Une « responsabilisation » collective

147. – En matière de validation, il importe de ne pas mettre en cause les seules URSSAF. Les organismes et administrations publics doivent être placés devant leur responsabilité. La loi a mis en place une procédure de validation qui ne donne pas

(125) *Ibid.*, spéc. p. 12.

(126) *V. infra*, n° 150 et s.

(127) Lettre-circulaire ACOSS n° 2007-48, 6 mars 2007.

(128) R. Vatinet, *Développement de la participation des salariés* (L. n° 2006-1770, 30 décembre 2006, Titre I) : JCP S 2007, 1001, n° 55.

(129) Cass. 2° civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 08-14.279 : RJS 11/2009, n° 871.

satisfaction aux entreprises cotisantes. Chaque entité publique concernée continue à mettre en œuvre ses propres contrôles. Dans un rapport au Premier ministre⁽¹³⁰⁾, il était avancé qu'il « appartient aux pouvoirs publics de se doter d'un outil à la mesure de l'ambition qu'ils portent à la participation »⁽¹³¹⁾. Les rapporteurs proposaient de créer un Centre national de la participation. Extension d'une ou plusieurs URSSAF dont les personnels spécialement formés bénéficieraient du renfort d'agents des services fiscaux, des directions départementales du travail et de l'Autorité des marchés financiers, le Centre national de la participation serait la seule autorité de validation des accords et avenants liés à la participation et aux dispositifs connexes de l'épargne salariale. Il deviendrait l'organisme destinataire de tous ces accords aux fins de validation. Son autorisation officielle donnée dans un délai de quatre mois engagerait l'ensemble des pouvoirs publics.

Destinataire des rapports annuels des entreprises sur l'application des accords, le Centre national de la participation veillerait à leur bonne exécution et serait habilité à demander aux contrôleurs des impôts ou de l'URSSAF de mener, le cas échéant, des investigations complémentaires. L'enjeu était de faire des organismes publics « un tiers de confiance pour l'entreprise et non de défiance »⁽¹³²⁾. Cette proposition n'a pas été suivie par le législateur. Il serait pourtant nécessaire de prévoir un dispositif complémentaire à la généralisation du contrôle préalable des URSSAF afin de remédier aux problèmes suscités par leurs différences d'analyse.

b) Une « responsabilisation » individuelle

148. – Plusieurs voies sont envisageables pour tendre vers plus de sécurité juridique pour les employeurs qui ont mis en place un ou plusieurs dispositifs de participation financière. Il serait concevable de conférer à l'avis rendu par les URSSAF – à la suite de la consultation de l'unité territoriale de la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi – une portée juridique de même force que le rescrit social. Ce ne serait que dans de telles conditions qu'une URSSAF ne pourrait pas revenir sur son analyse d'un accord reconnu conforme aux dispositions légales et n'ayant fait l'objet d'aucune observation de l'autorité administrative. Une intervention législative tendant vers cet objectif serait nécessaire afin de prévenir les effets de la décision de la Cour de cassation qui considère que les URSSAF « constituant autant de personnes morales distinctes, la décision prise par l'une d'elle n'engage pas les autres »⁽¹³³⁾.

Il conviendrait d'étendre le champ d'application de l'article L. 243-6-3 du Code de la sécurité sociale aux dispositifs de participation financière afin d'offrir aux employeurs la sécurité dont ils ont besoin. Une telle mesure serait conforme aux indications du rapport joint à l'ordonnance du 6 juin 2005, « l'idée étant d'assurer une montée en charge progressive du rescrit social »⁽¹³⁴⁾. L'organisme de recouvre-

(130) F. Cornut-Gentile et J. Godfrain, *Une ambition : la participation pour tous*, Rapport au Premier ministre, 29 sept. 2005, Site de l'Assemblée nationale.

(131) *Ibid.*, p. 51.

(132) *Ibid.*

(133) Cass. soc., 29 juin 1995, pourvoi n° 83-11.506 : *Bull. civ.* 1995, V, n° 225 ; *JCP E* 1995, II, 22509.

(134) *Vers plus de sécurité juridique pour les cotisants : Semaine sociale Lamy* 2005, n° 1219, p. 2, spéc. p. 3.

ment peut modifier pour l'avenir une décision explicite en respectant la procédure prévue par l'article R. 243-43-2, III, du Code de la sécurité sociale⁽¹³⁵⁾ ainsi que les règles de forme édictées⁽¹³⁶⁾. Appliquer le rescrit à des dispositifs de participation financière réduirait sensiblement l'insécurité liée à un changement de position de l'administration. Ce ne serait qu'à l'occasion d'un nouveau dépôt auprès de l'unité territoriale de la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi qu'une nouvelle interprétation pourrait être retenue.

Le rescrit social tel qu'issu de l'ordonnance de 2005 s'est vu conférer une opposabilité qui permet de prévenir tout risque de contestation ou de redressement : la portée qui lui est ainsi reconnue fait primer le principe de sécurité juridique sur le principe de légalité. Certains auteurs considèrent qu'il « n'est pas certain que la sécurité juridique gagne à de telles conceptions déséquilibrées, le respect de la légalité constituant, faut-il le rappeler, la première forme de sécurité juridique »⁽¹³⁷⁾. Cette affirmation ne tient pas compte de l'inflation législative que connaît le droit de la sécurité sociale, notamment depuis l'instauration des lois de financement de la sécurité sociale⁽¹³⁸⁾. Dans un régime où la législation est stable, le respect de la légalité est la première forme de sécurité juridique. Lorsque le respect de la légalité est rendu difficile en raison de l'instabilité de la loi, il passe par l'administration, garante de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi⁽¹³⁹⁾.

*
**

149. – L'encadrement des dispositifs de participation financière par les principes fondamentaux permet à l'employeur de mesurer l'importance des enjeux qui découlent de la mise en place de ce type d'accords. L'employeur n'est pas le seul à intervenir lors de la mise en place de ces dispositifs. Il doit passer par l'administra-

(135) « III. – Lorsqu'un organisme de recouvrement entend modifier pour l'avenir une décision explicite prise à la suite d'une demande présentée sur le fondement des dispositions de l'article L. 243-6-3, sa nouvelle décision, notifiée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, est motivée et précise au cotisant :

1° Les voies et délais de recours contre cette nouvelle décision ;

2° La faculté de saisir à fin d'intervention, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale dans les trente jours suivant la notification de la décision ;

3° Les dispositions prévues par le VI du présent article. »

(136) « V. – Les délais de recours prévus à l'article R. 142-1 sont interrompus si l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale est saisie par une demande complète dans le délai fixé au 2° du IV du présent article.

La demande d'intervention présentée à l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale n'a pour effet ni d'interrompre ni de suspendre les délais de prescription.

L'Agence centrale des organismes de sécurité sociale dispose d'un délai de quarante jours, courant à compter de la date à laquelle la demande complète a été reçue, pour communiquer à l'organisme de recouvrement sa position quant à l'interprétation à retenir et la transmettre pour information au cotisant.

Si avant cette transmission, le cotisant présente une réclamation, devant la commission de recours amiable, contre la nouvelle décision prise par l'organisme de recouvrement, sa demande d'intervention de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale devient caduque.

L'organisme de recouvrement notifie au cotisant la position prise par l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale dans le délai d'un mois à compter de sa réception. »

(137) X. Prétot, *La sécurité juridique et les décisions de l'administration du travail* : Dr. soc. 2006, p. 753, spéc. p. 765.

(138) L. org. n° 96-646, 22 juill. 1996, relative aux lois de financement de la sécurité sociale (JO 23 juill., p. 11103).

(139) Cons. const., déc. 16 déc. 1999, n° 99-421 DC (JO 22 déc., p. 19041).

tion pour que l'accord conclu soit considéré comme applicable une fois qu'il a été négocié. L'administration exerce son contrôle sur les dispositifs établis au sein de chaque entreprise, leur impact sur les finances publiques impliquant un étroit contrôle de l'action des employeurs.

Pour autant, afin de ne pas freiner à l'excès la mise en place de ces dispositifs, le rôle de l'administration a été allégé, l'homologation administrative ayant été supprimée, seul le dépôt des accords étant exigé. Sans pour autant empêcher un dispositif de produire ses effets, ce dépôt permet de s'assurer de la conformité de ce qui a été négocié avec les exigences légales. Nécessaire, le contrôle opéré lors du dépôt reste insuffisant en ce qu'il ne prémunit pas l'employeur contre toute réaction des URSSAF. L'encadrement des dispositifs de participation financière par leur dépôt auprès de l'administration tel qu'il est conçu aujourd'hui, constitue cependant un premier pas vers la « sécurisation » juridique à laquelle aspire l'employeur qui souhaite promouvoir l'association du capital et du travail.

UN CONTRÔLE A *POSTERIORI*

150. – Le contrôle *a posteriori* concerne la mise en œuvre des accords de participation financière (Section 1). Son importance ne doit pas être sous-estimée (Section 2).

S E C T I O N 1

LE CONTRÔLE

151. – Le contrôle exercé par l'administration intéresse la mécanique de la participation financière (§ 1) et les plafonds applicables en ce domaine (§ 2).

§ 1. – Le contrôle de la mécanique de la participation financière

152. – Lorsque la mécanique de la participation financière est enclenchée, l'administration peut contrôler que la mise en œuvre du dispositif est effectuée conformément aux principes en vigueur (A) dans le respect des plafonds légaux (B).

A. – Des principes

153. – Le contrôle *a posteriori* des principes fondamentaux de la participation financière est nécessaire (1°). Il intéresse directement le versement aux bénéficiaires des sommes qui leur sont dues (2°).

1° Un contrôle nécessaire

154. – La procédure de dépôt auprès de l'autorité administrative n'assure qu'un contrôle formel. Le respect des principes dans la mise en œuvre des accords de participation financière relève d'un contrôle *a posteriori*.

Les sommes issues de l'intéressement ne peuvent se substituer à aucun élément de rémunération pendant le délai de non-substitution⁽¹⁾. Il ne suffit pas de vérifier le respect de ce principe au moment de la négociation de l'accord ; un contrôle s'impose aussi au stade de son exécution, étant précisé qu'en cas de suppression totale ou partielle d'un élément de rémunération, la violation de la règle de non-substitution ne peut remettre en cause les exonérations fiscales et sociales dès lors qu'un délai de douze mois s'est écoulé entre le dernier versement de l'élément de rémunération supprimé et la date d'effet de l'accord.

2° Un contrôle du versement

155. – Le versement d'avances (a) et de l'abondement (b) sont autant d'occasion de mesurer la pertinence du contrôle *a posteriori*.

a) Le versement d'avances

156. – La loi n'interdit pas le versement d'avances sur intéressement, mais n'apporte aucune précision à ce sujet. Sachant que l'intéressement doit présenter un caractère aléatoire⁽²⁾ pour que l'entreprise qui le met en place bénéficie des exonérations fiscales et sociales attachées au versement des sommes qui en sont issues⁽³⁾, le versement d'avances est concevable car il affecte le *quantum* de la prime individuelle d'intéressement et non la formule de calcul : le caractère aléatoire n'est pas mis en cause. L'administration n'admet cependant cette pratique que sous certaines réserves⁽⁴⁾. Selon la circulaire du 14 septembre 2005, si l'enveloppe totale de l'intéressement est inférieure au montant des avances versées en cours d'année, les excédents doivent être reversés en totalité par les salariés. Ce reversement est opéré entre les mains de l'employeur⁽⁵⁾. L'accord dans lequel une clause de versement d'avances a été insérée doit également comporter une clause de reversement des trop-perçus : l'information des salariés est ainsi assurée⁽⁶⁾. Les clauses qui prévoient l'acquisition définitive des excédents sont illégales. Les avances n'ont pas vocation à permettre aux salariés de toucher un intéressement plus important qu'en cas de versement unique.

Une difficulté peut survenir si les acomptes sur intéressement sont affectés à un plan d'épargne d'entreprise alors même que leur montant serait supérieur à l'intéressement réellement dû. Les sommes ainsi affectées sont bloquées pendant cinq ans. Le salarié n'est donc pas en mesure de reverser à l'entreprise les acomptes excédentaires d'intéressement perçus. Le surplus d'intéressement ainsi versé sera

(1) V. *supra*, n°s 81 et s.

(2) C. trav., art. L. 3312-1. Sauf clause contraire, un accord d'intéressement prend effet au début de l'exercice de référence pour le calcul de la prime (Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 2 II : JO 1^{er} nov., p. 17179).

(3) C. trav., art. L. 3314-2.

(4) Selon l'administration, le supplément d'intéressement peut également faire l'objet de versements fractionnés si l'accord d'intéressement préexistant le prévoit déjà (Circ. n° DSS/5B/DGT/RT3/2007/199, 15 mai 2007, relative à la mise en œuvre de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, question n° 11).

(5) Sur les moyens de recouvrement du trop-perçu dont l'employeur dispose, cf. R. Huber, *Les risques engendrés par le versement d'une avance sur intéressement* : JCP S 2006, 1859.

(6) R. Huber, *Les risques engendrés par le versement d'une avance sur intéressement* : JCP S 2006, 1859.

assimilé à des versements volontaires et intégré à l'assiette des cotisations sociales. Il devra être déclaré au titre de l'impôt sur le revenu en tant que complément de rémunération. Le salarié sera imposé sur ces sommes et devra s'acquitter de sa part des cotisations sociales⁽⁷⁾.

157. – Avec l'instauration de la disponibilité immédiate de la participation aux résultats, se pose la question de savoir si l'employeur est en droit de verser une avance de participation ? Le tribunal administratif de Dijon avait déjà considéré que l'offre de prêts aux salariés à hauteur de leurs droits à participation pour la durée de blocage de celle-ci ne constituait pas une distribution anticipée de la participation contraire au principe d'indisponibilité dès lors que le salarié était libre de refuser l'offre, qu'il était tenu au remboursement du principal et des intérêts et que le contrat de prêt n'excluait pas les remboursements anticipés. La remise en cause des avantages fiscaux attachés à la participation au titre de l'abus de droit n'était donc pas justifiée⁽⁸⁾. *A contrario*, toute distribution anticipée de la participation était proscrite et sanctionnée par la perte du régime fiscal et social plus favorable dont bénéficient les sommes versées à ce titre.

Les droits à participation au titre de l'exercice clos peuvent être perçus immédiatement par le salarié. Il convient donc d'admettre qu'une avance sur les sommes dont le déblocage immédiat est demandé peut être versée. Cette modalité de versement devra être prévue par l'accord de participation dans les mêmes conditions qu'une avance d'intéressement. Dans l'hypothèse où une avance serait versée alors que le salarié n'aurait pas demandé la perception immédiate de ses droits, il serait tenu de rembourser à l'employeur le montant de l'avance, sauf à solliciter la perception immédiate d'un *quantum* de quote-part de participation équivalant au montant avancé. En sus des exigences requises par l'administration pour que le versement d'une avance d'intéressement soit valable, il conviendrait de préciser dans l'accord de participation que toute avance perçue devra faire l'objet d'une demande de perception immédiate d'une partie de la quote-part de réserve spéciale de participation versée au titre de l'exercice clos dès lors qu'elle existe.

b) Le versement de l'abondement

158. – Les versements complémentaires de l'employeur à un plan d'épargne entreprise font l'objet d'un contrôle *a posteriori*. Le caractère collectif d'un système d'épargne d'entreprise s'oppose à ce que le montant de l'abondement soit fondé sur les performances individuelles des bénéficiaires sous peine d'être réintégré dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale⁽⁹⁾. Les sommes versées au titre de l'abondement sont soumises au respect du principe de non-substitution à un élément de rémunération⁽¹⁰⁾. La règle formulée découle de la nature du plan d'épargne d'entreprise conçu comme un système d'épargne collectif qui ouvre aux salariés la faculté de participer à la constitution d'un portefeuille de valeurs mobilières. Selon la Cour

(7) *Ibid.*

(8) TA Dijon, 18 avr. 1989 : *RJS* 7/1989, n° 609.

(9) Cass. soc., 4 juill. 2002, pourvoi n° 01-20.308 : *RJS* 11/2002, n° 1265. – Cass. soc., 10 déc. 2003, pourvoi n° 01-21.096 : *RJS* 2/2004, n° 244.

(10) C. trav., art. L. 3323-13.

de cassation, « l'employeur ne peut pas s'acquitter de son obligation de paiement de tout ou partie du salaire sous forme de versement au plan d'épargne d'entreprise »⁽¹¹⁾. Cette décision de principe a une portée générale et normative⁽¹²⁾.

Même si certains textes conventionnels laissent les entreprises libres de fixer les modalités de versement des primes accordées aux salariés, ce versement reste subordonné au respect des normes d'ordre public. Lorsqu'il prend la forme d'un versement à un plan d'épargne d'entreprise, le respect des principes fondamentaux applicables aux dispositifs de participation financière s'impose. Dans l'exercice de son pouvoir de contrôle *a posteriori*, l'administration doit s'assurer que l'abondement de l'employeur ne se substitue pas à un élément de rémunération.

B. – Des clauses

159. – La portée du contrôle *a posteriori* est variable selon que les enjeux financiers – tenant aux exonérations dont peut bénéficier une entreprise en application d'un accord de participation financière – sont préservés (1°) ou compromis (2°) par les décisions de l'employeur.

1° Des enjeux financiers préservés

160. – Dès l'instauration d'un plan d'épargne d'entreprise, l'employeur est débiteur d'une obligation d'information qui porte sur l'existence et le contenu du plan⁽¹³⁾. L'employeur doit également informer en temps utile chacun des salariés des modifications intervenues par rapport au règlement initial portant sur les dates auxquelles les versements des salariés doivent être réalisés⁽¹⁴⁾. Il doit, plus généralement, informer les salariés de toute modification du plan⁽¹⁵⁾. Cette obligation d'information, à caractère individuel⁽¹⁶⁾, peut être étendue aux autres dispositifs de participation et d'intéressement.

161. – Quelle peut être la sanction d'un défaut d'information individuelle des salariés ? Un accord de participation financière fait naître des obligations à la charge de l'employeur et non des obligations réciproques à la charge des parties⁽¹⁷⁾. Ses effets atteignent « la sphère juridique de personnes n'ayant pas manifesté leur volonté à l'acte »⁽¹⁸⁾. Il constitue un contrat unilatéral collectif pas ses effets car il profite à l'ensemble des salariés. Les règles relatives à l'exception d'inexécution et à la résolution pour inexécution ainsi que la théorie des risques ne sont pas appli-

(11) Cass. soc., 10 mai 2007, pourvoi n° 05-45.676 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 72 ; *RJS* 7/2007, n° 879. En l'espèce, l'employeur avait versé la deuxième moitié d'une prime de treizième mois au plan d'épargne d'entreprise qu'il avait mis en place. La convention collective applicable prévoyait que ce versement pouvait intervenir selon des modalités différentes de celles applicables à la première moitié de la prime. La cour a donné suite à la demande de rappel de prime du salarié.

(12) Note ss Cass. soc., 10 mai 2007 : *RJS* 7/2007, n° 879.

(13) *C. trav.*, art. L. 3332-7. – Cass. soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 06-45.205 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 45.

(14) Cass. soc., 17 juin 2009, pourvoi n° 07-45.560 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 150 ; *RJS* 8-9/2009, n° 738. En l'espèce, le changement de date avait privé une salariée du bénéfice de l'abondement sur les sommes qu'elle avait affectées à la réalisation du plan. La cour fit donc obligation à l'employeur d'abonder les sommes versées.

(15) R. Vatinet, *Modification d'un règlement de PEE : obligation de dépôt et obligation d'information des salariés*, note ss Cass. soc., 16 déc. 2008 : *JCP S* 2009, 1455.

(16) *Ibid.*

(17) *C. civ.*, art. 1102.

(18) A.-L. Pastré-Boyer, *L'acte juridique collectif en droit privé français*, PUAM, 2006, n° 192.

cables⁽¹⁹⁾. L'employeur est tenu d'une obligation de résultat à l'égard de la collectivité du personnel. L'inexécution de son obligation d'information se résoudra en dommages-intérêts⁽²⁰⁾ au profit des salariés victimes d'un préjudice⁽²¹⁾. Une condamnation en nature peut être ordonnée par le juge si elle est réclamée et se révèle concevable⁽²²⁾..., ce qui dépend des circonstances de l'espèce.

Il est en revanche fort audacieux d'admettre, comme le fit la Cour de cassation en 2009⁽²³⁾, que la méconnaissance de l'obligation d'information peut justifier la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié. L'erreur est manifeste : la cour a considéré que l'obligation d'information individuelle du salarié sur les modifications apportées à un plan d'épargne d'entreprise naissait du contrat de travail alors qu'elle naît du règlement du plan, ce qui est juridiquement fort différent.

2° Des enjeux financiers compromis

162. – La participation aux résultats de l'entreprise est obligatoire dans les entreprises qui emploient habituellement cinquante salariés⁽²⁴⁾ et peut être mise en place volontairement dans celles de moindre taille⁽²⁵⁾. La volonté des parties n'est pas déterminante lorsque l'employeur a l'obligation de mettre en place un accord de participation aux résultats : à défaut d'accord, le régime d'autorité s'applique. Dans ce cas, l'administration du travail se borne à vérifier le respect des conditions auxquelles sont subordonnées les exonérations fiscales et sociales applicables aux sommes issues de la réserve spéciale de participation⁽²⁶⁾.

En présence d'un accord de participation financière, le contrôle *a priori* de l'autorité administrative⁽²⁷⁾ se limite à la conformité des termes de l'accord aux dispositions légales et réglementaires applicables au moment de sa conclusion. Ce contrôle peut donner lieu à une demande de mise en conformité suivie, si les parties n'accèdent pas à cette demande, de l'information de l'administration fiscale sur les irrégularités constatées⁽²⁸⁾. Les irrégularités survenues au stade de la mise en œuvre de l'accord⁽²⁹⁾ sont susceptibles de donner lieu à une remise en cause rétroactive par

(19) V. P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 5^e éd. 2011.

(20) C. civ., art. 1142.

(21) Tout salarié doit recevoir un livret d'épargne salariale lors de la conclusion de son contrat de travail (C. trav., art. L. 3341-6). Pour la Cour de cassation, l'envoi tardif de ce livret ne fait subir aucun préjudice au salarié. Elle rejette la demande de réparation formulée à ce titre (Cass. soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-11.043 : RJS 11/2011, n° 894).

(22) Pour une analyse favorable à l'exécution forcée de l'obligation d'information, cf. R. Vatinet, *Modification d'un règlement de PEE : obligation de dépôt et obligation d'information des salariés*, note ss Cass. soc., 16 déc. 2008 : JCP S 2009, 1455.

(23) Cass. soc., 17 juin 2009, pourvoi n° 07-45.560 : Bull. civ. 2009, V, n° 150.

(24) C. trav., art. L. 3322-1. Le calcul de l'effectif doit être effectué mois par mois au cours des douze mois précédents et l'effectif au titre d'un mois donné se calcule nécessairement à la fin de la période considérée (Cass. soc., 8 déc. 2010, pourvoi n° 09-65.380 : RJS 3/2011, n° 261). La Cour de cassation apporte ainsi d'utiles précisions sur la méthode de décompte des effectifs (R. Vatinet, *Calcul du seuil d'effectifs pour la mise en place de la participation*, note ss Cass. soc., 8 déc. 2010 : JCP S 2010, 1064). Elle laisse néanmoins un léger trouble lorsqu'elle affirme que la condition d'emploi habituel doit s'apprécier « au cours des douze mois précédents » alors que la loi (C. trav., art. R. 3322-1) précise que l'atteinte de l'effectif doit s'apprécier au cours de l'exercice considéré (J.-S. Lipski, *La Cour de cassation, garante de la dualité des dispositifs de participation financière ?* : Gaz. Pal. 2011, n° 63 à 64, p. 21, spéc. p. 23).

(25) C. trav., art. L. 3323-6.

(26) Cass. 2^e civ., 3 juill. 2008, pourvoi n° 07-17.379 : Bull. civ. 2008, II, n° 166 ; RJS 11/2008, n° 1109.

(27) C. trav., art. L. 3345-3.

(28) *Épargne salariale*, Dossiers Pratiques Francis Lefebvre, 2^e éd. 2004.

(29) Notamment les irrégularités afférentes au non-respect de la règle de non-substitution ou à l'application d'un accord en violation des clauses qu'il prévoit.

l'URSSAF des exonérations de cotisations de sécurité sociale. Le contrôle *a priori* étant exclu lorsqu'une entreprise applique le régime d'autorité, un contrôle *a posteriori* de l'application des dispositions légales s'impose.

§ 2. – Un contrôle des plafonds prévus par la loi

163. – Plusieurs plafonds sont applicables aux dispositifs de participation financière (A). Du contrôle de leur respect, les enjeux ne sont pas minces (B).

A. – La pluralité des plafonds

164. – Des plafonds s'exercent en matière de participation (1°), d'intéressement (2°) et de plan d'épargne d'entreprise (3°).

1° Les plafonds applicables en matière de participation

165. – **Un plafond collectif dérogatoire...** Un accord de participation dérogatoire ouvre droit au régime fiscal et social plus favorable à concurrence d'une réserve spéciale de participation dont le montant n'excède pas la moitié du bénéfice net comptable ou, au choix des parties, l'un des trois plafonds collectifs prévus par la loi⁽³⁰⁾ : le bénéfice net comptable diminué de 5 % des capitaux propres, le bénéfice net fiscal diminué d'autant ou la moitié du bénéfice net fiscal. Ces plafonds permettent de limiter le montant maximal requis pour qu'une réserve spéciale de participation soit exonérée des cotisations de sécurité sociale et d'impôt sur les sociétés⁽³¹⁾ et sur le revenu⁽³²⁾ : c'est un plafond collectif d'exonération. La raison d'être de ces limites réside dans la volonté du législateur de réserver aux actionnaires une rémunération d'au moins 5 % des capitaux investis⁽³³⁾. Ce plafond collectif ne concerne pas les accords de participation non dérogatoires.

166. – **Des plafonds individuels...** Le salaire servant de base à la répartition proportionnelle de la réserve spéciale de participation est égal au total des rémunérations perçues par chaque bénéficiaire au cours de l'exercice considéré. Cette somme est au plus égale à quatre fois le plafond annuel de la sécurité sociale⁽³⁴⁾. Le montant des droits susceptibles d'être attribués à un même salarié ne peut, pour un même exercice, excéder une somme égale aux trois quarts du montant du plafond prévu à l'article D. 3324-10 du Code du travail⁽³⁵⁾. Cette disposition soulève quelques difficultés d'interprétation. Faut-il entendre par « plafond » une référence au plafond annuel de la sécurité sociale mentionné à l'article D. 3324-10 ou le montant qui correspond à quatre fois le plafond annuel de la sécurité sociale mentionné au même article ? La circulaire du 14 septembre 2005 précise que le pla-

(30) C. trav., art. L. 3324-2.

(31) C. trav., art. L. 3325-1.

(32) C. trav., art. L. 3325-2.

(33) A. Autenne, *Analyse économique du droit de l'actionariat salarié – Apports et limites des approches contractualiste, néo-institutionnaliste et comparativiste de la gouvernance d'entreprise*, Bruylant, 2005, p. 169.

(34) C. trav., art. D. 3324-10.

(35) C. trav., art. D. 3324-12.

fond visé à l'article D. 3324-12 du Code du travail est le plafond annuel de la sécurité sociale.

Les deux plafonds visés sont des plafonds individuels⁽³⁶⁾. Le premier permet d'apprécier la part de la réserve spéciale de participation censée revenir au salarié une fois la répartition effectuée. Il fixe un montant maximum qui limite les effets de la hiérarchie des salaires⁽³⁷⁾ sur la répartition de la réserve spéciale de participation entre les bénéficiaires⁽³⁸⁾ : c'est un plafond de répartition⁽³⁹⁾. Le second permet de limiter le montant de la quote-part de réserve spéciale de participation versée annuellement à chaque salarié et admise au bénéfice du régime fiscal et social plus favorable : il s'agit d'un plafond individuel d'exonération⁽⁴⁰⁾.

167. – Des plafonds absolus... Après que les juges du fond eurent décidé que les plafonds des droits à participation susceptibles d'être attribués à un même salarié avaient un caractère impératif⁽⁴¹⁾, la Cour de cassation, par un arrêt de portée générale⁽⁴²⁾, a considéré que les dispositions légales et réglementaires relatives à la participation obligatoire étaient d'ordre public absolu⁽⁴³⁾. Elles contribuent à promouvoir la constitution d'une épargne salariale et son orientation vers un secteur déterminé de l'économie nationale. La loi du 30 décembre 2006⁽⁴⁴⁾ a offert une consécration à cette solution jurisprudentielle⁽⁴⁵⁾. Le plafond individuel d'exonération ne peut faire l'objet d'aucun aménagement, ni à la hausse, ni à la baisse⁽⁴⁶⁾. En revanche, lorsque le salarié n'a pas accompli une année entière dans la même entreprise, les plafonds de répartition et d'exonération sont calculés à due proportion de la durée de présence⁽⁴⁷⁾.

L'article D. 3324-10 du Code du travail prévoit que le total des rémunérations par salarié bénéficiaire, qui servent à fixer le montant du plafond de répartition proportionnelle au salaire, est « au plus égal » à quatre fois le plafond annuel de la sécurité sociale. En aucun cas un plafond supérieur ne peut être conventionnellement prévu. L'administration précise que les parties à un accord de participation peuvent retenir un plafond inférieur à celui réglementairement fixé pour la répartition proportionnelle aux salaires. Ce plafond doit être défini par l'accord et identique pour tous les salariés⁽⁴⁸⁾. Un plancher prévu pour le salaire servant de base au

(36) En pratique, les plafonds fixés sont rarement atteints, sauf dans certains secteurs d'activités (banque, luxe, assurances, etc.).

(37) Circ. 14 sept. 2005 sur l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 4 III B : JO 1^{er} nov., 17179.

(38) Sont pénalisés par le plafond de répartition les salariés dont le salaire annuel s'élève à un montant qui dépasse celui de ce plafond.

(39) Le professeur Raymonde Vatinet qualifie ce plafond de « plafond d'assiette » (R. Vatinet, *Caractère d'ordre public absolu du plafond de répartition de la participation*, note ss Cass. soc., 23 mai 2007 : JCP S 2007, 1748).

(40) Le professeur Raymonde Vatinet qualifie ce plafond de « plafond de répartition individuelle » (R. Vatinet, *Caractère d'ordre public absolu du plafond de répartition de la participation*, note ss Cass. soc., 23 mai 2007 : JCP S 2007, 1748).

(41) TGI Paris, 29 avr. 2003 : RJS 8-9/2003, n° 1044.

(42) R. Vatinet, *Caractère d'ordre public absolu du plafond de répartition de la participation*, note ss Cass. soc., 23 mai 2007 : JCP S 2007, 1748.

(43) Cass. soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 04-20.157 : Bull. civ. 2007, V, n° 83 ; RJS 12/2007, n° 980. Sur la validité de la fixation d'un plafond inférieur aux plafonds légaux, cf. CA Paris, 24 sept. 2004 : RJS 3/2005, n° 300.

(44) L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006, pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social (JO 31 déc., p. 20210).

(45) M.-C. Haller, note ss Cass. soc., 23 mai 2007 : JSL 2007, n° 214, p. 24.

(46) C. trav., art. L. 3324-5 al. 4.

(47) C. trav., art. D. 3324-13.

(48) Circ. 14 sept. 2005 sur l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 4 III B : JO 1^{er} nov., p. 17179.

calcul de la part individuelle du salarié⁽⁴⁹⁾ peut également être arrêté. Il permet d'atténuer les effets de la hiérarchie des salaires au moment de la répartition de la réserve spéciale de participation⁽⁵⁰⁾.

2° Les plafonds applicables en matière d'intéressement

168. – Un plafond collectif... Le montant global des primes distribuées aux bénéficiaires d'un accord d'intéressement ne doit pas dépasser annuellement 20 % du total des salaires bruts versés par l'entreprise qui a mis en place un tel accord, ou payé dans le cadre des établissements dans lesquels il s'applique. Ce plafond collectif⁽⁵¹⁾ doit prendre en considération le total des salaires bruts versés à l'ensemble des salariés qui entrent dans le champ d'application de l'accord⁽⁵²⁾. Il a la même fonction que le plafond collectif d'exonération qui doit figurer dans un accord dérogatoire de participation aux résultats.

169. – Un plafond individuel... Le montant maximum qu'un salarié peut recevoir au titre d'un même exercice est plafonné à une somme égale à la moitié du plafond annuel moyen des salaires retenus pour le calcul des cotisations de sécurité sociale⁽⁵³⁾. Si le salarié n'est pas présent pendant toute la durée de l'exercice, il convient de retenir le plafond obtenu par la somme des demi-plafonds mensuels correspondant à la présence du bénéficiaire pendant l'exercice. Il en est de même dans les entreprises dont l'année de calcul ou l'exercice ne correspond pas à l'année civile⁽⁵⁴⁾.

170. – L'absence de plafond légal de répartition... Les plafonds précédemment visés sont des plafonds d'exonération, non de répartition. La répartition de l'intéressement effectuée proportionnellement aux salaires est envisagée par le Code du travail⁽⁵⁵⁾ mais celui-ci n'apporte pas de précisions sur les montants à prendre en compte pour y procéder⁽⁵⁶⁾. Selon l'administration⁽⁵⁷⁾, un plafond de répartition peut être prévu par l'accord d'intéressement sous réserve de définir la notion de salaire retenue : il peut s'agir « soit du salaire effectivement versé, soit du salaire de référence correspondant à la rémunération habituelle des salariés »⁽⁵⁸⁾. Un plancher ou un plafond peut être prévu – mais il ne s'agit que d'une faculté – afin d'atténuer l'impact de la hiérarchie des rémunérations.

(49) C. trav., art. L. 3324-5, al. 3.

(50) Les salariés dont la rémunération annuelle sera inférieure au plancher prévu par l'accord seront favorisés par rapport aux salariés situés au plancher.

(51) C. trav., art. L. 3314-8.

(52) C. trav., art. D. 3314-1.

(53) C. trav., art. L. 3314-8.

(54) Circ. 14 sept. 2005 sur l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 5 III B : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(55) C. trav., art. L. 3314-5, al. 1^{er}.

(56) Une exception existe en ce qui concerne les chefs des entreprises de moins de deux cent cinquante salariés. Dans cette hypothèse, l'article L. 3314-6 du Code du travail considère que la répartition proportionnelle « doit prendre en compte la rémunération annuelle ou le revenu professionnel imposé à l'impôt sur le revenu au titre de l'année précédente, dans la limite d'un plafond égal au salaire le plus élevé versé dans l'entreprise ». Il existe donc un plafond de répartition applicable en matière d'intéressement dont le champ d'application englobe uniquement les chefs d'entreprises et mandataires sociaux des entreprises dont l'effectif est inférieur à deux cent cinquante salariés.

(57) Circ. 14 sept. 2005 sur l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche V I A : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(58) *Ibid.*

3° Les plafonds applicables au plan d'épargne d'entreprise

171. – **Un plafond d'affectation...** L'administration opère un contrôle de l'affectation des sommes issues d'un accord de participation financière. Les sommes issues de l'intéressement sont directement versées aux salariés. Ces derniers peuvent ensuite les affecter à un plan d'épargne d'entreprise, au même titre que les sommes issues de la participation. Les sommes versées peuvent faire l'objet d'un abondement dans certaines conditions. Le plan d'épargne d'entreprise peut en effet être alimenté par des versements annuels des salariés⁽⁵⁹⁾ composés des sommes issues de l'intéressement, de la participation et de versements volontaires. Le montant de ces versements annuels est plafonné au quart de la rémunération annuelle du salarié⁽⁶⁰⁾. Le bénéfice des exonérations fiscales et sociales dont peuvent bénéficier les versements annuels est subordonné au respect de ce plafond.

172. – **Un plafond d'abondement...** Une entreprise peut verser annuellement des sommes dans un plan d'épargne, à titre d'abondement, dans la limite de 8 %⁽⁶¹⁾ du plafond annuel de la sécurité sociale⁽⁶²⁾ sans qu'elles puissent excéder le triple de la contribution du bénéficiaire⁽⁶³⁾. Depuis la loi du 3 décembre 2008⁽⁶⁴⁾, les versements issus de la participation sont pris en compte pour le calcul du plafond précédent. Le bénéfice des exonérations fiscales et sociales applicables à l'abondement est subordonné au respect de ces plafonds. Toute somme excédentaire sera analysée par l'administration en un élément de rémunération au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale.

B. – Les enjeux du contrôle

173. – Il peut arriver que les sommes issues de la participation aux résultats ou de l'intéressement ne soient ni réparties, ni distribuées en totalité aux salariés bénéficiaires. Des mesures spécifiques s'appliquent lorsque la réserve spéciale de participation est trop importante ; tel n'est pas le cas, en revanche, lorsqu'un intéressement excédentaire est constaté. Les sommes qui n'ont pu être mises en distribution font l'objet d'une répartition immédiate entre tous les salariés auxquels sont versées des sommes d'un montant inférieur au plafond de droits individuels⁽⁶⁵⁾, donc au plafond individuel d'exonération. Le reliquat éventuel correspond à une créance de l'entreprise à l'égard des salariés. Elle ne peut donc pas l'utiliser « à sa guise et encore moins la conserver à son profit, car elle est sortie du patrimoine de l'entreprise »⁽⁶⁶⁾.

(59) C. trav., art. L. 3332-10.

(60) Le Code du travail fait référence aux revenus professionnels pour les personnes visées par l'article L. 3332-2 du Code du travail dans les entreprises de moins de deux cent cinquante salariés : les chefs d'entreprises, les présidents-directeurs généraux, gérants ou membres du directoire, conjoint collaborateur ou conjoint associé du chef d'entreprise.

(61) Ce plafond est porté à 16 % pour l'abondement des sommes placées dans un plan d'épargne pour la retraite collectif (C. trav., art. R. 3334-2). L'exonération qui y est attachée est partielle (pour de plus amples développements au sujet du plan d'épargne pour la retraite collectif, cf. J.-S. Lipski et G. Bordier, *Le PERCO, un complément d'avenir au régime de retraite par répartition* : CDE sept.-oct. 2010, n° 5, dossier 27).

(62) C. trav., art. R. 3332-8.

(63) C. trav., art. L. 3332-11.

(64) L. n° 2008-1258, 3 déc. 2008, en faveur des revenus du travail, art. 14 (JO 4 déc., p. 18488).

(65) C. trav., art. L. 3324-7.

(66) M. Hallopeau, S. Béal et D. Hoff, *Épargne, retraite, prévoyance d'entreprise*, L'Argus de l'assurance, 2^e éd. 2011, p. 222.

L'administration considère qu'il convient de procéder à la répartition aussi longtemps que certains salariés n'ont pas atteint le plafond individuel d'exonération⁽⁶⁷⁾. L'accord de participation peut prévoir qu'il soit ainsi procédé⁽⁶⁸⁾ ; mais légalement, rien ne l'impose. Les textes et la jurisprudence offrent un appui à cette interprétation⁽⁶⁹⁾. Il ressort de l'article D. 3324-14 du Code du travail que le reliquat qui demeure dans la réserve spéciale de participation pour un exercice ne peut ouvrir droit au bénéfice des exonérations fiscales et sociales. Ce n'est que pour les répartitions opérées au cours des exercices ultérieurs que ces sommes peuvent bénéficier du régime de faveur. L'autorité administrative compétente doit contrôler que la répartition de la réserve spéciale de participation effectuée par l'employeur respecte ces règles d'ordre public et les plafonds imposés.

174. – Le respect par l'employeur des plafonds applicables en matière d'intéressement est moins strictement encadré par la loi. À défaut de précision sur ce point, l'administration estime que le dépassement des plafonds de droits individuels ou du plafond global de 20 % applicables en matière d'intéressement emporte assujettissement aux charges sociales et fiscales de la fraction excédentaire de l'intéressement, mais ne remet pas en cause les exonérations accordées au titre de la fraction inférieure au plafond individuel d'exonération et, le cas échéant, au plafond collectif⁽⁷⁰⁾.

Il n'existe pas de dispositif de répartition spécifique en cas d'excédent d'intéressement. Pourrait être prévu dans un accord d'intéressement ce qui est prévu par la loi pour la réserve spéciale de participation : l'excédent d'intéressement serait réparti entre les salariés qui n'auraient pas encore atteint le plafond individuel d'exonération⁽⁷¹⁾. À l'occasion de contrôles sur pièces ou sur place, les organismes de sécurité sociale et les services fiscaux peuvent s'assurer que les exonérations appliquées par une entreprise aux sommes versées au titre de l'intéressement et de la participation sont justifiées. À défaut, ces organismes sont en droit de les contester. La procédure normale de réintégration des sommes versées dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale sera alors suivie.

(67) Circ. 14 sept. 2005 sur l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 4 IV : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(68) Une mention spécifique doit donc impérativement figurer dans l'accord (cf. M. Hallopeau, S. Béal et D. Hoff, *Épargne, retraite, prévoyance d'entreprise*, L'Argus de l'assurance, 2^e éd. 2011, p. 222).

(69) Cass. soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 04-20.157 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 83 ; *RJS* 12/2007, n° 980.

(70) Cette solution se distingue de celle retenue par la Cour de cassation (*V. supra*, n° 55 et s.) en présence d'un accord d'intéressement qui comprend une clause contraire au caractère collectif (Cass. soc., 18 mai 2000, pourvoi n° 98-22.219 : *RJS* 7-8/2000, n° 836) et en cas de mauvaise exécution d'un accord d'intéressement qui a pour conséquence une remise en cause du caractère collectif. Le cas échéant, l'intégralité des sommes versées à ce titre pour l'exercice au cours duquel l'accord a été mal appliqué est réintégrée dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale (Cass. soc., 9 déc. 2003, pourvoi n° 02-30.562 : *RJS* 2/2004, n° 243).

(71) La mise en œuvre de ce dispositif de redistribution du reliquat d'intéressement doit être précisément encadrée par l'accord d'intéressement. Néanmoins, la prudence s'impose. En effet, la Cour de cassation a considéré qu'en versant le reliquat d'intéressement engagé en application du plafond individuel d'exonération aux salariés dont les droits demeuraient inférieurs à celui-ci, une société ne respecte pas les termes de son accord d'intéressement selon lesquels le montant de l'intéressement global doit être réparti proportionnellement aux salaires dans la limite du plafond individuel. En l'occurrence, la redistribution du reliquat n'avait pas été organisée conventionnellement. Il a donc été réintégré dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale (Cass. 2^e civ., 10 nov. 2011, pourvoi n° 10-20.105 : *RJS* 1/2012, n° 70).

SECTION 2

L'ISSUE DU CONTRÔLE

175. – Le Code civil dispose que les « conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »⁽⁷²⁾ et qu'elles « doivent être exécutées de bonne foi »⁽⁷³⁾. La bonne foi au temps de la formation ou de l'exécution du contrat impose de ne pas surprendre la confiance du cocontractant. Elle est l'expression du « devoir général de loyauté du comportement »⁽⁷⁴⁾ et prolonge la force obligatoire du contrat. Il est permis d'y déceler un véritable « principe directeur »⁽⁷⁵⁾ du contrat. Qu'en est-il au titre des accords de participation financière ? La complexité des règles relatives à la participation financière influe sur leur mise en œuvre. L'administration doit prendre en compte la bonne foi de l'employeur (§ 1), ne sanctionnant que la fraude (§ 2).

§ 1. – La prise en compte de la bonne foi de l'employeur

176. – Tout accord collectif doit être exécuté de bonne foi. Un manquement à cette obligation ouvre « droit à indemnisation au profit du salarié évincé »⁽⁷⁶⁾. La règle vaut en matière de participation financière. La bonne foi implique le respect de l'ensemble des stipulations de l'accord, préambule compris⁽⁷⁷⁾. Le propos est ici d'importance, le Code du travail exigeant que le préambule d'un accord d'intéressement indique ses motifs ainsi que les raisons du choix des modalités de calcul et des critères de répartition des produits⁽⁷⁸⁾. Le préambule complète le dispositif d'information et donne aux salariés et à leurs représentants un moyen supplémentaire de contrôle du respect des intentions initiales des parties⁽⁷⁹⁾. Mais il offre aussi à l'administration du travail un outil de contrôle *a posteriori*.

Le rôle de la bonne foi dans l'appréhension judiciaire de l'exécution des contrats est irremplaçable : il permet d'appréhender la réalité des comportements et de sanctionner ceux qui entendraient jouer avec les dispositions légales pour en retirer un bénéfice déloyal⁽⁸⁰⁾. Ce rôle est identique dans le cadre d'un contrôle par l'administration. Lorsqu'un employeur propose à celle-ci de régulariser sa situation en raison de l'application imparfaite d'un accord de participation financière au cours d'un exercice, elle peut faire preuve de tolérance à son égard et accepter la régularisation

(72) C. civ., art. 1134, al. 1^{er}.

(73) C. civ., art. 1134, al. 3.

(74) P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 5^e éd. 2011, n° 764.

(75) O. Anselme-Martin, *Étude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi* : LPA 1997, n° 10, p. 17, spéc. p. 18.

(76) Cass. soc., 25 avr. 2007, pourvoi n° 05-43.399. – V. également Cass. soc., 15 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.175. – Cass. soc., 22 févr. 2006, pourvoi n° 04-42.464.

(77) Cass. soc., 7 mai 2008, pourvoi n° 06-43.989 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 99 ; *JCP S* 2008, 1470.

(78) C. trav., art. L. 3313-1.

(79) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 6 II : *JO* 1^{er} nov., p. 17179.

(80) J. Mestre, *Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé* : *Rev. Lamy dr. civ.* mars 2009, n° 58, p. 9.

proposée sans effectuer un redressement. Telle peut être l'issue lorsqu'en application d'un accord d'intéressement dont les stipulations respectent le caractère collectif, une entreprise n'a pas versé les sommes dues à l'ensemble des bénéficiaires en raison d'une mauvaise identification de ces derniers. La régularisation qui consiste « à verser aux salariés exclus la prime qu'ils auraient dû percevoir, et à considérer comme salaires soumis à cotisations les sommes versées en trop aux autres membres du personnel », préserve les droits des salariés et permet une application conforme de l'accord pour les exercices ultérieurs⁽⁸¹⁾.

§ 2. – La prise en compte de la fraude de l'employeur

177. – La fraude est un « acte de mauvaise foi (...) accompli dans le dessein de préjudicier à des droits que l'on doit respecter »⁽⁸²⁾. Lorsqu'un employeur fait volontairement une application imparfaite d'un accord relatif à la participation financière, les droits auxquels il est porté atteinte peuvent être ceux des salariés ou de l'État. La mauvaise foi est établie dès lors qu'il y a fraude aux droits des bénéficiaires des primes versées au titre du dispositif de participation financière mis en place dans l'entreprise ou fraude aux droits des organismes de sécurité sociale. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle admis le redressement sur trois ans d'un accord d'intéressement dans des circonstances où son application avait été marquée par la violation du caractère collectif. L'entreprise concernée avait certes manifesté sa volonté de corriger les erreurs commises et s'était prévalu de cette velléité pour que son application imparfaite de l'accord soit « considérée comme régulière en cas de premier contrôle révélant une erreur de ce type en l'absence d'allégation de fraude »⁽⁸³⁾. Mais les primes avaient été versées pendant toute la durée de l'accord triennal et les salariés exclus, dont le nombre était faible, étaient partis en cours d'année ou avaient été oubliés. Ce n'est qu'en raison du contrôle opéré par l'administration que la société avait proposé une régularisation de sa situation. Aucune initiative personnelle de l'employeur n'établissait sa bonne foi et l'absence de comportement frauduleux à l'égard des salariés ou des organismes de sécurité sociale.

Le fait que, pendant trois années, certains salariés aient été systématiquement exclus conduit à conclure à une fraude aux droits de ces derniers⁽⁸⁴⁾. En revanche,

(81) Cass. soc., 5 nov. 1998, pourvoi n° 97-11.202 : RJS 1/1999, n° 84. En l'espèce, en l'absence de fraude alléguée, et eu égard à ce qu'à partir de 1992, avant tout contrôle, la société mise en cause avait fait une application régulière de l'accord, la Cour de cassation avait considéré que la régularisation par l'employeur permettait à la société de bénéficier des exonérations légales pour les exercices postérieurs. L'employeur avait fait une application de bonne foi de l'accord au regard de la répartition effectuée au cours des exercices postérieurs, indépendamment de tout contrôle *a posteriori* de l'administration.

(82) G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2007, p. 430.

(83) Cass. soc., 9 déc. 2003, pourvoi n° 02-30.562 : RJS 2/2004, n° 243.

(84) La décision rendue par la Cour de cassation le 9 décembre 2003 (Cass. soc., 9 déc. 2003, pourvoi n° 02-30.562 : RJS 2/2004, n° 243) ne constitue pas un revirement de jurisprudence par rapport à ce qui avait été décidé le 5 novembre 1998 (Cass. soc., 5 nov. 1998, pourvoi n° 97-11.202 : RJS 1/1999, n° 84). Dans le premier arrêt, la mauvaise application avait perduré pendant plusieurs années consécutives. Dans le second arrêt, seule une erreur d'application au cours du premier exercice avait été commise et l'entreprise avait tenté d'y remédier immédiatement et avant tout contrôle. L'arrêt du 9 décembre 2003 est en adéquation avec la doctrine administrative alors applicable. La circulaire du 22 novembre 2001, qui commentait la loi du 19 février 2001, apportait des précisions sur les conditions de redressement d'un accord d'intéressement improprement appliqué. Dans l'hypothèse où la mise en œuvre d'un accord était

aucune fraude aux droits de la sécurité sociale n'était caractérisée, l'erreur n'ayant pas « modifié le montant global de l'intéressement »⁽⁸⁵⁾. La caractérisation d'un seul des deux types de fraude est néanmoins suffisante pour que l'administration exerce son pouvoir de contrôle *a posteriori*⁽⁸⁶⁾.

*

**

178. – Le contrôle *a posteriori* des dispositifs de participation financière est un contrôle de la mise en œuvre, corollaire du contrôle de la mise en place que constitue celui opéré *a priori*. Il constitue un contrôle du respect des principes fondamentaux de la participation financière (non-substitution, non-exclusion et imprévisibilité) et a l'ambition d'assurer l'effectivité des dispositions relatives à l'encadrement de ces dispositifs. La mauvaise foi de l'employeur dans la mise en œuvre des accords doit être sanctionnée.

CONCLUSION DU TITRE

179. – Les contrôles administratifs applicables à la participation financière sont les garants du respect des principes fondamentaux à caractère impératif édictés par le législateur. Ils interviennent en amont et en aval de la mise en place des dispositifs de participation, ce qui permet d'assurer un contrôle de la forme et du fond des accords conclus. Au jeu de la liberté contractuelle, cette intervention de l'administration à tous les stades de l'existence des accords de participation financière apporte de sensibles restrictions.

Si le bénéfice d'un régime fiscal et social favorable justifie un strict respect des exigences légales, la pluralité des contrôles susceptibles d'être exercés place les entreprises dans des situations délicates. Pensée comme un contrôle de prévention, la mission de l'administration lors du dépôt des accords laisse une trop large place au contrôle *a posteriori* et aux sanctions susceptibles d'en constituer la suite.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

180. – Sous couvert d'une totale liberté contractuelle des employeurs, les dispositifs de participation financière restent un instrument de partage de la valeur dont l'utilisation est strictement encadrée. Le moindre écart, tant au regard des principes impératifs que des contrôles administratifs qui viennent jaloner la mise en place

contraire au caractère collectif alors que ses termes étaient réguliers, il n'y avait pas lieu de requalifier en salaire l'ensemble des sommes versées, 1° si le nombre de salariés exclus était très réduit, 2° s'il s'agissait du premier contrôle qui révélait cette irrégularité et 3° si la bonne foi de l'employeur était avérée. Ces trois éléments cumulatifs susceptibles de prémunir une entreprise de la requalification de la totalité des sommes en salaires ont été repris par la circulaire ACOSS 2002-032 du 30 janvier 2002 ainsi que par la circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale. En l'occurrence, les trois conditions n'étaient pas réunies, ce qui explique la décision de la Cour de cassation.

(85) Cass. soc., 9 déc. 2003, pourvoi n° 02-30.562 : RJS 2/2004, n° 243.

(86) Cass. soc., 9 oct. 2001, pourvoi n° 98-43.905 : Bull. civ. 2001, V, n° 305 ; RJS 12/2001, n° 1448.

de ces dispositifs, peut avoir des conséquences financières importantes pour l'entreprise. L'incertitude qui découle de la position de la jurisprudence en ce qui concerne l'appréciation du caractère aléatoire rend l'appréhension de ce principe parfois complexe. Le contrôle *a priori* de l'administration tend à lever les doutes qui peuvent assaillir l'employeur qui doit répondre à l'exigence d'imprévisibilité lorsqu'il élabore une formule de calcul.

Principe posé par la loi, la non-substitution peut être constatée lors de la mise en place du dispositif de participation financière et lors de sa mise en œuvre. Le contrôle *a posteriori* ainsi que le contrôle *a priori* de l'administration sont indispensables pour s'assurer que l'employeur ne sacrifie pas une partie du salaire des salariés à la mise en place de l'intéressement ou de la participation.

Le contrôle *a posteriori* est l'occasion pour l'administration de sanctionner l'entreprise qui n'applique pas le dispositif mis en place conformément aux dispositions légales. Il permet de préserver les intérêts financiers des salariés et de l'État. Telle est la contrepartie de dispositifs financièrement avantageux. Leur encadrement est garant de la sécurité économique de leurs bénéficiaires, de la sécurité des finances publiques et de la sécurité de la trésorerie de l'entreprise « socialement responsable »

LES VECTEURS DES DISPOSITIFS DE PARTICIPATION FINANCIÈRE

181. – L'examen de l'encadrement des dispositifs de participation financière a révélé la rigueur avec laquelle le législateur envisage leur mise en place. Cette rigueur est « compensée » par la multiplicité des vecteurs qui permettent d'organiser un régime d'intéressement ou de participation. La diffusion en est facilitée ; les mutations subies par les dispositifs de participation financière sont mises en lumière.

Alors que les dispositifs « historiques » sont pérennes, les plus récents ont un caractère ponctuel. Les premiers avaient pour objet d'associer le capital et le travail à moyen ou long terme (Titre 1). Les seconds répondent à des préoccupations de court terme : assurer le maintien ou le renforcement du pouvoir d'achat des salariés (Titre 2).

TITRE 1

LES DISPOSITIFS PÉRENNES

182. – Les dispositifs pérennes forment le droit commun des dispositifs de participation financière. Assurant l'association du capital et du travail, ils naissent d'accords collectifs soumis à des normes spécifiques. Il est vrai qu'ils répondent à des impératifs particuliers que l'ambition qui les anime éclaire, croisant finalités sociales, objectifs économiques et volonté politique. Cette spécificité pèse sur leur mise en place (Chapitre 1) ; elle s'exprime aussi au temps de leur disparition (Chapitre 2).

C H A P I T R E 1

LA MISE EN PLACE DES DISPOSITIFS PÉRENNES

183. – La mise en place des dispositifs pérennes de participation financière implique une identification préalable des lieux où elle peut s'exprimer (Section 1). Les modalités de cette mise en place seront ensuite examinées (Section 2).

S E C T I O N 1

LES LIEUX DE LA MISE EN PLACE

184. – Les champs offerts aux dispositifs de participation financière sont vastes (§ 1). Lorsque vient le temps de leur organisation, il convient d'identifier plus précisément les terres sur lesquelles ils seront organisés et exerceront leurs effets (§ 2).

§ 1. – Les champs offerts aux dispositifs de participation financière

185. – Quels sont les dispositifs de participation financière qui sont applicables tant aux employeurs qui relèvent du droit public (A) qu'à ceux qui relèvent du droit privé (B) ?

A. – Les employeurs relevant du droit public

186. – L'employeur peut être un établissement public administratif (1°) ou un établissement public industriel et commercial (2°).

1° L'établissement public administratif

187. – Seul l'intéressement peut concerner les établissements publics administratifs qui emploient du personnel de droit privé. Aucune précision n'est apportée par

la loi sur l'application de la participation aux résultats à ces établissements. En principe, ces derniers correspondent « à des services dont le caractère économique n'est pas pleinement développé »⁽¹⁾. Les notions de valeur ajoutée, bénéfice net ou capitaux propres n'ont pas de traduction concrète au sein d'un établissement public administratif. Toutefois, ces établissements peuvent effectuer aussi des tâches, à caractère industriel ou commercial, encore que la jurisprudence semble aujourd'hui vouloir en limiter l'ampleur⁽²⁾.

La question de la mise en place de l'intéressement est complexe en ce qui concerne les salariés employés par des établissements publics administratifs. Le Tribunal des conflits considère que « les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi »⁽³⁾. Une difficulté apparaît dans l'hypothèse où une personne publique reprend en régie une activité précédemment confiée à une personne privée, lui conférant le caractère d'un service public administratif⁽⁴⁾. Le Tribunal des conflits considère que les contrats de travail antérieurement conclus par la personne privée demeurent soumis à un régime de droit privé aussi longtemps que l'employeur public n'a pas placé les intéressés sous un régime de droit public⁽⁵⁾. La loi du 26 juillet 2005⁽⁶⁾ avait consacré cette position jurisprudentielle, mais le dispositif introduit fut abrogé par l'ordonnance du 12 mars 2007⁽⁷⁾. En principe, la qualification de contrat de droit public s'impose en l'absence de dispositions législatives contraires⁽⁸⁾. Ainsi, les salariés embauchés par une collectivité territoriale ou toute personne morale de droit public dans le cadre d'un contrat emploi-jeune bénéficient d'un contrat de travail de droit privé⁽⁹⁾. En sus de quelques « coups de canif » apportés à la jurisprudence *Berkani*⁽¹⁰⁾, l'emploi du personnel de droit privé par des établissements publics administratifs semble marginal.

Lorsqu'un établissement public administratif met en place un dispositif d'intéressement dont les bénéficiaires sont les seuls personnels de droit privé et non les agents publics, qu'en est-il du respect du caractère collectif ? Tous les travailleurs, agents publics et contractuels de droit privé, doivent-ils bénéficier de l'intéressement ? Entrent dans le champ d'application de l'intéressement les seuls établissements publics administratifs qui emploient du personnel de droit privé⁽¹¹⁾. Cette précision suggère que l'intéressement peut être mis en place au sein de ce type d'établissement public en raison de l'emploi de contractuels de droit privé⁽¹²⁾. La

(1) J. Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 23^e éd. 2010, n° 223, p. 189, spéc. p. 190.

(2) J.-P. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, LGDJ, 5^e éd. 2010, n° 1349.

(3) T. confl., 25 avr. 1996, *Berkani* : Rec. CE 1996, n° 3000.

(4) M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 18^e éd. 2011, n° 38, p. 231, spéc. p. 235.

(5) T. confl., 19 janv. 2004, *M^{me} Devun c/ Cne de Saint-Chamond* : Rec. CE 2004, n° 3393.

(6) L. n° 2005-843, 26 juill. 2005, portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, art. 20 (JO 27 juill., p. 12183).

(7) Ord. n° 2007-329, 12 mars 2007, relative au Code du travail (partie législative), art. 12, 23° (JO 13 mars, p. 37291).

(8) J. Péliissier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 26^e éd. 2011, n° 192, p. 229, spéc. p. 231.

(9) C. trav., art. L. 5134-9.

(10) A. Mazeaud, note ss T. confl., 19 janv. 2004, *M^{me} Devun c/ Cne de Saint-Chamond* : Dr. soc. 2004, p. 433, spéc. p. 434.

(11) C. trav., art. L. 3311-1.

(12) À propos d'un centre hospitalier, la Cour de cassation a précisé que n'étant ni une entreprise publique, ni un établissement public industriel et commercial, ni un établissement qui assure à la fois une mission de service public à caractère administratif et commercial, les dispositions relatives à l'intéressement ne leurs sont pas applicables (Cass.

philosophie de ce texte est de ne pas léser ces salariés de droit privé par rapport aux salariés des entités de droit public ou de droit privé qui ont une activité industrielle ou commerciale. L'appréciation du respect du caractère collectif implique l'examen de la seule situation des salariés de droit privé, les fonctionnaires devant être exclus du bénéfice de l'intéressement en raison de leur statut.

2° L'établissement public industriel et commercial

188. – Les dispositions relatives à l'intéressement sont applicables à tous les établissements publics à caractère industriel et commercial. Le champ des établissements publics concernés est plus large que ce qui est prévu pour la participation des salariés aux résultats. Ce dispositif de participation financière doit être mis en place au sein d'établissements publics de l'État à caractère industriel et commercial déterminés par un décret en Conseil d'État⁽¹³⁾. Un service industriel et commercial a la faculté de faire des bénéfices, mais il n'en a pas l'obligation : il reste un service public⁽¹⁴⁾. Dans ces conditions, l'efficacité d'un dispositif de participation aux résultats est limitée, l'absence de bénéfices ne permettant pas de dégager une réserve spéciale de participation en application de la formule de calcul légale.

Le Conseil d'État voit dans le personnel des établissements publics industriels et commerciaux non des agents publics mais des employés soumis au droit privé⁽¹⁵⁾. Il a introduit une « innovation très intéressante ayant trait à la condition juridique de certains agents des établissements publics industriels et commerciaux »⁽¹⁶⁾. Il considère qu'il n'appartient qu'aux tribunaux judiciaires de se prononcer sur les litiges individuels concernant les agents d'un établissement public industriel et commercial, à l'exception des litiges relatifs à l'agent chargé de la direction de l'ensemble des services de l'établissement ainsi que du chef de la comptabilité lorsque ce dernier possède la qualité de comptable public⁽¹⁷⁾. Est consacré le fait que les agents subalternes des établissements publics industriels et commerciaux sont dans la situation de salariés de droit privé⁽¹⁸⁾.

189. – Plusieurs difficultés relatives au respect du caractère collectif au sein d'un établissement public industriel et commercial doivent être soulevées. Le directeur de l'ensemble des services d'un établissement et le chef de la comptabilité qui

soc., 6 juill. 2011, pourvoi n° 10-15.348 : *RJS* 10/2011, n° 829). Il a été soutenu que cette solution est d'autant plus évidente depuis la recodification (sur l'impact de la recodification en matière d'intéressement, cf. A. Sauret et J.-S. Lipski, *L'intéressement des salariés aux résultats ou aux performances de l'entreprise : l'impact de la recodification* : *JCP S* 2009, 1279. – H. Lanouzière, *Recodification du Code du travail et intéressement : pourquoi le droit constant a bien été respecté* : *JCP S* 2010, 1165. – A. Sauret et J.-S. Lipski, *Du constat au débat : l'impact de la recodification sur l'intéressement* : *JCP S* 2010, 1166). En effet, l'article L. 3311-1 du Code du travail dispose notamment que les dispositions sur l'intéressement sont applicables aux établissements publics à caractère industriel et commercial et aux établissements publics administratifs qui emploient du personnel de droit privé (sur cette catégorie issue de la recodification du Code du travail, cf. J. Chorin, *Le nouveau Code du travail et les personnes publiques employant des personnels de droit privé* : *JCP S* 2010, 1463. – P.-H. Antonmattei et M. Morand, *La réécriture des champs d'application du Code du travail : Semaine sociale Lamy* 2010, suppl., n° 1472, p. 60, spéc. p. 62), ce qui ne serait en principe pas le cas d'un établissement public de santé (obs. ss Cass. soc., 6 juill. 2011 : *RJS* 10/2011, n° 829).

(13) C. trav., art. L. 3321-1.

(14) CE, 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, *Extrait des conclusions de M. Mosset* : *D.* 1957, p. 378.

(15) Y. Gaudemet, *Droit administratif*, LGDJ, 19^e éd. 2010, p. 23.

(16) J. Dufau, note ss CE, 8 mars 1957 : *JCP G* 1957, II, 9987.

(17) CE, 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau* : *Rec. CE* 1957, p. 158 ; *JCP G* 1957, II, 9987 ; *D.* 1958, jurispr. p. 378.

(18) CE, 14 déc. 1928, *Billiard* : *Rec. CE* 1928, n° 1316.

possède la qualité de comptable public sont-ils admis au bénéfice d'un dispositif de participation financière ? En qualité de fonctionnaires, ils ne relèvent pas du droit privé et ne sont pas titulaires d'un contrat de travail. Dans ces conditions, le bénéfice de l'intéressement ou de la participation ne devrait pas leur être accordé. La situation légale et réglementaire de droit public dans laquelle se trouvent certains fonctionnaires affectés à des services publics industriels et commerciaux, qu'ils soient détachés, en disponibilité⁽¹⁹⁾ ou bénéficiaires d'un statut transitoire⁽²⁰⁾, mérite examen. Le Code du travail ne leur est pas applicable, ce qui aboutit à les priver du bénéfice de l'intéressement et de la participation. L'appréciation du respect du caractère collectif doit donc être effectuée à la lumière de ces éléments, le bénéfice des sommes issues de la participation financière étant subordonné à l'existence d'un contrat de travail de droit privé.

B. – Les employeurs relevant du droit privé

190. – Circonscrire le champ d'application des dispositifs de participation financière requiert l'identification préalable de l'employeur de droit privé visé par les dispositions légales relatives à la participation financière. Entrent assurément dans cette catégorie les employeurs non contrôlés par l'État (1°). Mais qu'en est-il de l'entreprise publique, employeur contrôlé par l'État (2°) ?

1° L'employeur non contrôlé par l'État

191. – Le Code du travail comporte peu de textes relatifs au champ d'application de l'intéressement, de la participation et des plans d'épargne d'entreprise⁽²¹⁾. Les dispositions prévues sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés. Le contrat de travail est la convention par laquelle une personne physique ou morale (l'employeur) s'engage à fournir un travail rémunéré à une personne physique qui s'oblige à exécuter celui-ci en respectant les instructions qui lui seront données⁽²²⁾. L'existence du contrat de travail donne aux parties les qualités d'employeur et de salarié.

Le champ d'application des plans d'épargne salariale se limite aux employeurs de droit privé⁽²³⁾. N'entrent pas dans le champ d'application du plan d'épargne d'entreprise les entreprises publiques, les établissements publics administratifs et industriels et commerciaux. La restriction qui découle de cette dissymétrie entre les champs d'application des différents dispositifs de participation financière peut poser des difficultés, notamment en ce qui concerne l'affectation dans un plan d'épargne de la quote-part de réserve spéciale de participation perçue par chaque salarié. Cette somme peut être affectée à des comptes ouverts au nom des intéressés en application d'un plan d'épargne salariale et à un compte que l'entreprise doit

(19) G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, Montchrestien, 3^e éd. 2011, n° 975.

(20) Cass. soc., 4 juill. 1990, pourvoi n° 85-44.260 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 343.

(21) C. trav., art. L. 3311-1, L. 3321-1, L. 3331-1.

(22) J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 26^e éd. 2011, n° 190.

(23) C. trav., art. L. 3331-1.

consacrer à des investissements⁽²⁴⁾. Or, un accord de participation ne peut prévoir l'affectation des sommes constituant la réserve spéciale de participation uniquement à un compte courant bloqué⁽²⁵⁾. L'affectation des sommes perçues par le salarié d'une entreprise publique ou d'un établissement public industriel et commercial identifié par décret sera difficile. Les sommes issues de l'intéressement peuvent également être affectées à la réalisation d'un plan d'épargne d'entreprise⁽²⁶⁾. À la lumière des dispositions légales applicables, le salarié de droit privé d'un établissement public administratif n'aura pas la possibilité d'affecter la prime d'intéressement perçue à un plan d'épargne d'entreprise.

Le champ d'application de l'intéressement et de la participation ne se limite pas au seul employeur de droit privé. Le salarié qui travaille au service d'une personne morale différente de l'employeur de droit privé auquel les textes font référence et qui entre dans le champ d'application des dispositifs de participation financière évoqués ne peut pas affecter les sommes perçues à un plan d'épargne d'entreprise⁽²⁷⁾. Une intervention du législateur serait ici souhaitable. Il conviendrait que le champ d'application des plans d'épargne salariale soit identique à celui de l'intéressement et de la participation.

2° L'employeur contrôlé par l'État

192. – Les entreprises publiques entrent dans le champ d'application des dispositions relatives aux dispositifs de participation aux résultats et d'intéressement collectif. Le basculement vers l'entreprise publique comme lieu de mise en place des dispositifs de participation financière (a) implique l'identification des entreprises publiques concernées (b).

(24) C. trav., art. L. 3323-2. À compter de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social (JO 31 déc., p. 20210), les accords de participation conclus après le 1^{er} janvier 2007 devaient prévoir une affectation à un plan d'épargne salariale. Les accords antérieurs à cette date n'étaient pas concernés. Depuis la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites (JO 10 nov., p. 20034), « tout accord de participation existant à la date de promulgation de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites doit être mis en conformité avec le présent article et l'article L. 3323-3 au plus tard le 1^{er} janvier 2013 » (L. n° 2010-1330, 9 nov. 2010, portant réforme des retraites, art. 110 : JO 10 nov., p. 20034). Au 1^{er} janvier 2013, un accord de participation qui ne prévoit pas cet adossement à un plan d'épargne salariale contrevient à une disposition législative. L'administration considère que l'absence de cette clause obligatoire dans un accord de participation a pour conséquence l'inapplicabilité des exonérations sociales et fiscales qui sont attachées à la participation (Circ. DGT, 19 avr. 2012, relative aux décrets n° 2011-1449 et n° 2011-1450 du 8 novembre 2011 portant sur l'alimentation et la gestion du plan d'épargne pour la retraite collectif et l'information des bénéficiaires, question n° 23).

(25) C. trav., art. L. 3323-3.

(26) C. trav., art. L. 3315-2. Le texte vise le plan d'épargne d'entreprise. Il s'agit d'un manque de précision qui résulte de la recodification. En effet, l'ancienne version de cet article visait le plan d'épargne d'entreprise au sens large. Avec la recodification, l'expression consacrée est le plan d'épargne salariale. En tout état de cause, le texte cité vise les plans d'épargne salariale. Pour plus d'informations sur l'impact de la recodification en matière d'intéressement, cf. A. Sauret et J.-S. Lipski, *L'intéressement des salariés aux résultats ou aux performances de l'entreprise : l'impact de la recodification* : JCP S 2009, 1279, spéc. n°s 11 et s.

(27) Il convient de relever que la loi a autorisé la Chambre de commerce et d'industrie de Paris à mettre en place un dispositif d'épargne volontaire selon les règles prévues pour les plans d'épargne d'entreprise et les plans d'épargne retraite collective (L. n° 2005-882, 2 août 2005, en faveur des petites et moyennes entreprises, art. 70 : JO 3 août, p. 12639) alors même qu'elle constitue un établissement public administratif. À notre connaissance, cette situation légale est la seule dans laquelle un établissement public administratif peut mettre en place un plan d'épargne d'entreprise au sens du Code du travail.

a) *Le basculement vers l'entreprise publique*

193. – Le droit de l'Union européenne définit les entreprises publiques comme « toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent »⁽²⁸⁾. La doctrine retient généralement trois caractéristiques pour identifier l'entreprise publique : elle est une personne morale distincte de l'État qui exerce une activité industrielle et commerciale et sur laquelle la puissance publique exerce un pouvoir patrimonial qui découle de sa participation majoritaire au capital ou aux organes de l'entreprise⁽²⁹⁾. Le trait commun à toutes les entreprises publiques est leur soumission de principe au droit privé et principalement au droit commercial. Le personnel de ces entreprises est soumis au droit du travail⁽³⁰⁾. Néanmoins, dans le souci de faire bénéficier les salariés d'un statut plus favorable, le législateur prévoit la possibilité de substituer un statut réglementaire à la convention collective.

Beaucoup d'entreprises publiques sont organisées sous la forme d'établissements publics. Nombre d'entreprises publiques se présentent sous la forme d'un établissement public industriel et commercial⁽³¹⁾. À côté de l'établissement public, l'entreprise publique est susceptible d'emprunter la forme de la société du droit commercial⁽³²⁾. Les entités juridiques⁽³³⁾ désignées par les dispositions légales relatives au champ d'application de la participation aux résultats sont des personnes morales de droit privé. L'intéressement peut concerner les entreprises publiques et les sociétés nationales qui ne peuvent pas conclure une convention ou un accord collectif de travail⁽³⁴⁾.

b) *L'identification des entreprises publiques*

194. – La recodification de la législation du travail a eu certains effets indésirables sur l'étendue du champ d'application de la participation aux résultats dans les entreprises publiques. Il convient de mettre en exergue la portée de l'élargissement opéré par le législateur quant aux entreprises publiques potentiellement concernées (1) et de préciser quelles sont les entreprises publiques effectivement visées (2).

1) Les entreprises publiques potentiellement concernées

195. – Avec le nouveau Code du travail, le champ d'application de la participation aux résultats comprend les employeurs de droit privé et leurs salariés. Sont également concernés les établissements publics de l'État à caractère industriel et commercial et les entreprises publiques dont plus de la moitié du capital est détenue, directement ou indirectement, par l'État et dont la liste est déterminée par un

(28) J. Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 23^e éd. 2010, n° 231, p. 197, spéc. p. 198.

(29) J.-P. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, LGDJ, 5^e éd. 2010, nos 1603 et s.

(30) J. Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 23^e éd. 2010, n° 239.

(31) *Ibid.*, n° 244.

(32) Y. Gaudemet, *Droit administratif*, LGDJ, 19^e éd. 2010, p. 375.

(33) Le texte vise des sociétés, des groupements ou des personnes morales et les distingue de l'établissement public industriel et commercial.

(34) C. trav., art. L. 3311-1.

décret en Conseil d'État. Sont exclus de ce champ d'application les sociétés, groupements ou personnes morales qui bénéficient de subventions d'exploitation, qui sont en situation de monopole ou soumis à des prix réglementés⁽³⁵⁾.

Ce champ a été élargi par la loi du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail⁽³⁶⁾. Un amendement n° 40 fut présenté en première lecture devant l'Assemblée nationale. Il avait pour objet de « rectifier une erreur commise en 2007 lors de la recodification du Code du travail »⁽³⁷⁾. La nouvelle rédaction excluait du champ d'application de la participation les entreprises publiques⁽³⁸⁾ dont plus de la moitié du capital était détenue indirectement par l'État lorsqu'elles ne figuraient pas sur une liste⁽³⁹⁾. Avant la recodification, ces entreprises de « second rang »⁽⁴⁰⁾ étaient assujetties de droit à la participation⁽⁴¹⁾. L'amendement a donc pris le soin de rétablir le droit antérieur. Corrélativement, le champ d'application de la participation a subi un élargissement supplémentaire. Un décret en Conseil d'État peut déterminer, à titre dérogatoire, les entreprises publiques de second rang qui bénéficient de subventions d'exploitation, qui sont en situation de monopole ou qui appliquent des prix réglementés, susceptibles d'être soumises à la participation⁽⁴²⁾.

2) Les entreprises publiques effectivement concernées

196. – Des incertitudes quant aux entreprises publiques concernées... Les dispositions légales relatives au champ d'application de la participation des salariés aux résultats de l'entreprise précisent qu'un décret en Conseil d'État détermine les sociétés, groupements ou personnes morales, quel que soit leur statut juridique, dont plus de la moitié du capital est détenue directement par l'État⁽⁴³⁾ et qui ont l'obligation de mettre en place la participation aux résultats. Le décret en Conseil d'État⁽⁴⁴⁾ initial auquel fait référence le Code du travail fixait deux modalités pour ouvrir le champ de la participation aux entreprises publiques : la première était d'autorité puisqu'il s'agissait d'une liste d'entreprises déterminées ; la seconde était optionnelle s'agissant d'une procédure d'agrément⁽⁴⁵⁾. Il a été modifié par un décret

(35) C. trav., art. L. 3321-1.

(36) L. n° 2008-1258, 3 déc. 2008, en faveur des revenus du travail, art. 9, I (JO 4 déc., p. 18488).

(37) P. Ollier : JOAN CR 24 sept. 2008, p. 5096.

(38) Les entreprises publiques dont il est fait état sont les sociétés, groupements ou personnes morales mentionnés par l'article L. 3321-1 du Code du travail.

(39) I. Debré, Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, en faveur des revenus du travail, séance du 22 octobre 2008, n° 43, p. 44.

(40) Sont des entreprises de premier rang celles qui ont le statut juridique d'établissement public national (ERAP, SNCF, RFF, RATP, CEA) et celles qui sont constituées sous la forme de sociétés de droit privé dont l'État détient directement la majorité du capital (La Poste, SNECMA, EDF, etc.). Les entreprises publiques de second rang sont des filiales majoritaires de plus de deux cents salariés qui sont soit détenues par l'une des entreprises de premier rang, soit co-détenues par l'État et une ou plusieurs entreprises de premier rang (cf. J.-P. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, LGD), 5^e éd. 2010, n°s 1610 et 1611).

(41) I. Debré, Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, en faveur des revenus du travail, séance du 22 octobre 2008, n° 43, p. 44.

(42) *Ibid.*

(43) C. trav., art. L. 3321-1, al. 2.

(44) D. n° 87-948, 27 nov. 1987, déterminant les établissements publics et entreprises publiques et sociétés nationales soumises aux dispositions concernant la participation de l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés, ainsi que les conditions dans lesquelles les dispositions de cette ordonnance leur sont applicables : JO 27 nov., p. 13833.

(45) J. d'Aleman, *Le droit à participation des salariés dans les entreprises publiques* : JCP S 2005, 1330.

du 27 décembre 2005⁽⁴⁶⁾, notamment en ce qui concerne la liste des établissements publics à caractère industriel et commercial et les entreprises publiques dont plus de la moitié du capital est détenue par l'État⁽⁴⁷⁾.

Les nationalisations et privatisations opérées ont créé des incertitudes quant aux entreprises publiques concernées. Depuis la publication du décret du 27 décembre 2005, certaines des entreprises visées ont fait l'objet d'une privatisation totale ou partielle⁽⁴⁸⁾. Les dispositions relatives à l'intéressement, à la participation et aux plans d'épargne d'entreprise sont applicables à ces entreprises en raison de leur qualité d'employeur de droit privé.

197. – Des certitudes quant aux entreprises publiques concernées...
L'intéressement peut être mis en place au sein d'entreprises publiques ou de sociétés nationales ne pouvant pas conclure une convention ou un accord collectif de travail. Un décret en Conseil d'État détermine les conditions dans lesquelles les dispositions relatives à l'intéressement leur sont applicables⁽⁴⁹⁾. Pour les entreprises publiques dont le personnel est soumis à un statut législatif et réglementaire, les accords d'intéressement peuvent fixer le montant maximum des sommes à distribuer dans la limite du cinquième du total des salaires bruts versés aux salariés⁽⁵⁰⁾. Lesdits accords ne peuvent entrer en application qu'après homologation ministérielle⁽⁵¹⁾. L'organisation de l'intéressement au sein d'entreprises publiques est très restrictive, toutes les entreprises de cette nature ne pouvant pas mettre en place un tel accord.

Le champ d'application de la participation aux résultats est plus large. Sont concernés « les sociétés, groupements ou personnes morales, quel que soit leur statut juridique, dont plus de la moitié du capital est détenue, ensemble ou séparément, indirectement par l'État et directement ou indirectement par ses établissements publics, s'ils ne bénéficient pas de subventions d'exploitation, ne sont pas en situation de monopole et ne sont pas soumis à des prix réglementés »⁽⁵²⁾. Cette disposition résulte d'une modification de la législation opérée à la suite de la jurisprudence *Frantour*⁽⁵³⁾. La société *Frantour* était une entreprise publique dont le capital appartenait principalement à la SNCF. Elle n'était pas visée par le décret du 27 novembre 1987. La Cour de cassation avait néanmoins considéré qu'elle avait

(46) D. n° 2005-1650, 27 déc. 2005, modifiant le décret n° 87-948 du 26 novembre 1987 déterminant les entreprises publiques et sociétés nationales soumises aux dispositions du Code du travail concernant la participation des salariés aux résultats de l'entreprise (JO 28 déc., p. 20091). L'article 2 du décret du 27 décembre 2005 modifie le titre du décret du 26 novembre 1987 dont l'intitulé fait désormais référence aux établissements publics et entreprises publiques et non aux entreprises publiques et sociétés nationales.

(47) Les entreprises énumérées par le décret sont les suivantes : Aéroport de Paris, Banque de France, Caisse centrale de réassurance, Caisse des dépôts-développement, CNP Assurances SA, DCN (aujourd'hui dénommée DCNS), Entreprise minière et chimique, GIAT Industries, La Française des jeux, SNPE, Société Air France, Société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont-Blanc ; Société des autoroutes du sud de la France, Sociétés des autoroutes du nord et de l'est de la France, Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône, Société française du tunnel routier de Fréjus et la Société nationale immobilière.

(48) Ont été partiellement privatisées Aéroport de Paris et DCNS. Les Sociétés des autoroutes du sud de la France, du nord et de l'est de la France et Paris-Rhin-Rhône ont été totalement privatisées.

(49) C. trav., art. L. 3311-1.

(50) C. trav., art. R. 3311-1.

(51) C. trav., art. R. 3311-2.

(52) C. trav., art. L. 3321-1, al. 3.

(53) Cass. soc., 6 juin 2000, pourvoi n° 98-20.304 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 216 ; *RJS* 7-8/2000, n° 835.

l'obligation de mettre en place la participation aux résultats car elle était constituée en la forme d'une société à responsabilité limitée qui exploitait une activité concurrentielle d'hôtellerie. La loi⁽⁵⁴⁾ qui a validé la jurisprudence *Frantour* a réaffirmé le principe d'exclusion des entreprises publiques du régime de droit commun de la participation à l'exception de celles qui entrent dans le champ d'application du décret, mécanisme dérogatoire maintenu. Elle a étendu le champ d'application de la participation aux résultats aux entreprises publiques qui évoluent dans le secteur concurrentiel⁽⁵⁵⁾.

Un décret en Conseil d'État peut déterminer « les sociétés, groupements ou personnes morales, quel que soit leur statut juridique, dont plus de la moitié du capital est détenue, ensemble ou séparément, indirectement par l'État et directement ou indirectement par ses établissements publics, bénéficiant de subventions d'exploitation, étant en situation de monopole ou soumis à des prix réglementés »⁽⁵⁶⁾, qui peuvent mettre en place la participation aux résultats. Ce pouvoir de détermination est une faculté reconnue au pouvoir réglementaire, non une obligation.

§ 2. – Les cercles d'organisation des dispositifs de participation financière

198. – Selon le choix opéré par l'employeur de droit privé, un dispositif de participation financière peut être mis en place dans le cadre d'une entité (A) ou d'une pluralité d'entités (B).

A. – Une entité unique

199. – Le Code du travail dispose que les dispositifs de la participation financière peuvent être mis en place au sein d'une entreprise, sans précision quant à son statut juridique. Il convient donc de distinguer l'entité dotée de la personnalité morale (2°) de celle qui en est dépourvue (1°).

1° L'entité non dotée de la personnalité morale

200. – Une entité non dotée de la personnalité morale peut accueillir un dispositif de participation financière. Encore faut-il l'identifier (a) avant de l'utiliser (b).

a) L'identification des entités non dotées de la personnalité morale

201. – Les modalités de calcul de l'intéressement peuvent varier selon les établissements et les unités de travail. À cet effet, l'accord de participation financière peut renvoyer à des accords d'établissement pour que soient fixées les modalités de calcul de l'intéressement⁽⁵⁷⁾. Les critères de répartition peuvent varier selon les

(54) L. fin. 2005, n° 2004-1484, 30 déc. 2004, art. 85 (JO 31 déc., p. 22459).

(55) J. d'Aleman, *Le droit à participation des salariés dans les entreprises publiques* : JCP S 2005, 1330.

(56) C. trav., art. L. 3321-1, al. 4.

(57) C. trav., art. L. 3314-1.

établissements et les unités de travail⁽⁵⁸⁾. L'administration précise que l'unité de travail renvoie à différentes structures qui sont fonction de l'activité exercée par l'entreprise pendant la durée de l'accord. Des salariés sont considérés comme appartenant à une même unité de travail lorsqu'ils travaillent habituellement ensemble, qu'ils ont des contenus de travail proches ou identiques, des conditions de travail analogues et qu'ils sont placés sous la responsabilité d'un même encadrement. Dans le respect du caractère collectif, cette notion ne doit pas être confondue avec la référence à une catégorie de travailleurs⁽⁵⁹⁾. Elle peut désigner un bureau, un service, un atelier, une unité de production, un magasin... Ces structures doivent présenter un caractère de stabilité suffisant pour que leur existence soit compatible avec les périodes de calcul retenues dans l'accord. Le chantier ne peut être identifié comme unité de travail qu'à cette condition.

b) L'utilisation des entités non dotées de la personnalité morale⁽⁶⁰⁾

202. – L'établissement distinct peut constituer le cadre de négociation des modalités de calcul et de répartition prévues par un accord d'intéressement d'entreprise (1). L'unité de travail est plutôt un cadre d'adaptation du dispositif mis en place (2).

1) L'établissement distinct, cadre de négociation

203. – Un accord d'intéressement d'entreprise peut concerner un ou plusieurs établissements⁽⁶¹⁾. Par le biais d'un accord-cadre, l'entreprise peut renvoyer la fixation des modalités de calcul⁽⁶²⁾ et des critères de répartition⁽⁶³⁾ à des accords d'établissement. L'accord d'intéressement peut également être mis en place dans une entreprise et éventuellement être décliné en accords d'établissement. Encore faut-il identifier l'établissement apte à servir de cadre à la négociation d'accords d'établissement.

L'administration précise que la notion d'établissement ici retenue doit être la même que celle adoptée pour la mise en place des comités d'établissement⁽⁶⁴⁾, ce qui suppose une implantation géographique distincte, de la stabilité et une autonomie suffisante tant pour la gestion du personnel que pour l'exécution du service⁽⁶⁵⁾. L'accord d'intéressement peut moduler son champ d'application en considérant les

(58) Si l'article L. 3314-1 du Code du travail autorise la mise en œuvre de modalités de calcul de la prime d'intéressement différentes selon les établissements et les unités de travail, les critères de répartition de cette prime sont ceux prévus par l'article L. 3314-5, soit la répartition uniforme, proportionnelle à la durée de présence dans l'entreprise pendant l'exercice ou proportionnelle aux salaires ou leur combinaison. Si des critères de répartition non prévus par les dispositions légales sont stipulés par des accords d'intéressement, ces derniers sont illicites et ouvrent droit à des dommages-intérêts au bénéfice des salariés (Cass. soc., 16 mars 2011, pourvoi n° 09-72.384 : *RJS* 6/2011, n° 542).

(59) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 4 III : *JO* 1^{er} nov., p. 17179.

(60) Le tribunal administratif de Paris a pu considérer qu'étant dépourvue de la personnalité morale, une société en participation ne pouvait pas constituer elle-même une réserve de participation (TA Paris, 3 déc. 2008 : *RJS* 4/2009, n° 387).

(61) C. trav., art. L. 3313-2.

(62) C. trav., art. L. 3314-1.

(63) C. trav., art. L. 3314-5.

(64) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 1 II : *JO* 1^{er} nov., p. 17179.

(65) CE, 6 mars 2002 : *RJS* 7/2002, p. 647, n° 834.

différents centres d'activité de l'entreprise ayant donné lieu à l'institution de comités d'établissement⁽⁶⁶⁾.

204. – La mise en place d'un accord de participation au sein d'un établissement distinct présente quelques difficultés. Aucune disposition légale ne vise expressément l'établissement distinct comme cadre de mise en place de la participation. Dès lors que la condition d'effectif est atteinte, une entreprise a l'obligation de mettre en place un accord de participation aux résultats. L'administration identifie les entreprises concernées comme étant des personnes morales⁽⁶⁷⁾, ce que confirme la jurisprudence. Un salarié ne saurait être privé du bénéfice de la participation aux résultats au motif qu'il travaille dans un établissement distinct dont l'effectif est inférieur à cinquante salariés : « L'effectif à partir duquel la participation est obligatoire s'apprécie au niveau de l'entreprise »⁽⁶⁸⁾. L'entreprise visée par les dispositions relatives à la participation aux résultats désigne la personne morale et non l'établissement distinct⁽⁶⁹⁾ ; ce n'est point dans ce cadre que s'apprécie la condition d'effectif⁽⁷⁰⁾. Au demeurant, la participation obligatoire ne pourrait pas être aménagée au niveau d'un établissement distinct non personnalisé puisqu'elle suppose la constitution d'une réserve spéciale de participation calculée sur la base du bénéfice net imposable réalisé par l'entreprise⁽⁷¹⁾.

2) L'unité de travail, cadre d'adaptation

205. – L'établissement distinct est une notion à géométrie variable selon l'institution représentative mise en place en son sein. La notion d'unité de travail au sens du Code du travail⁽⁷²⁾ est une notion unique. L'unité de travail identifiée par la circulaire du 14 septembre 2005 ne constitue pas un cadre électoral au sein duquel des institutions représentatives du personnel peuvent être élues ou un délégué syndical désigné. Un accord collectif ne pourra pas être négocié avec un délégué du personnel ou un comité d'entreprise⁽⁷³⁾, leur mise en place étant impossible au sein de l'unité de travail. Rien n'exclut en revanche que le salarié de l'unité de travail mandaté par une organisation syndicale⁽⁷⁴⁾ négocie un accord d'intéressement. L'entrée en vigueur du dispositif serait alors subordonnée à sa ratification par les salariés à la majorité des suffrages exprimés⁽⁷⁵⁾.

L'unité de travail ne semble pas constituer un cadre autonome de mise en place d'un dispositif de participation financière. Cette notion n'existe pas dans les

(66) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 1 II : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(67) *Ibid.*

(68) Cass. soc., 24 janv. 2006, pourvoi n° 03-43.073 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 20 ; *RJS* 4/2006, n° 480.

(69) La Cour de cassation a considéré qu'une entreprise étrangère qui dispose 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 (Cass. soc., 8 févr. 2012, pourvoi n° 10-28.526 : *RJS* 5/2012, n° 486). La condition d'emploi habituel d'au moins cinquante salariés doit néanmoins être remplie par l'entreprise étrangère (J.-S. Lipski, *Obligation de constituer une réserve spéciale de participation pour les entreprises étrangères*, note ss Cass. soc., 8 févr. 2012 : *JCP S* 2012, 1165).

(70) Note ss Cass. soc., 24 janv. 2006 : *RJS* 4/2006, n° 480.

(71) R. Vatinet, *Champ d'application de la participation*, note ss Cass. soc., 24 janv. 2006 : *JCP S* 2006, 1363.

(72) C. trav., art. L. 3314-1.

(73) C. trav., art. L. 2232-21.

(74) C. trav., art. L. 2232-24.

(75) C. trav., art. L. 2232-27.

dispositions relatives à la participation aux résultats. Elle n'est jamais évoquée distinctement de l'établissement par les dispositions du Code du travail relatives à l'intéressement. Les modalités de calcul de l'intéressement et les critères de répartition peuvent varier selon « les établissements et les unités de travail »⁽⁷⁶⁾. L'utilisation de la conjonction de coordination « et » et non « ou » suggère que l'établissement constitue le cadre au sein duquel les modalités de calcul et de répartition générales peuvent être fixées, l'unité de travail permettant à l'accord d'être « modulé avec une très grande souplesse »⁽⁷⁷⁾ au sein de cet établissement. Elle permet d'adapter les modalités de calcul et de répartition de l'intéressement à la diversité des activités exercées au sein d'un ou plusieurs établissements.

La définition administrative de l'unité de travail étant très souple, des juges du fond avaient admis que le groupe des VRP d'une entreprise constituait une telle unité. Même s'ils ne travaillent pas ensemble, il serait possible d'admettre qu'ils forment un service particulier et autonome de l'entreprise⁽⁷⁸⁾. Telle n'est pas l'analyse de la Cour de cassation : leur situation, leur mode de rémunération et leurs conditions de travail ne permettent pas de caractériser une unité de travail. Un accord ne peut donc pas comporter, à leur égard, des modalités de calcul spécifiques de l'intéressement⁽⁷⁹⁾.

2° Une entité dotée de la personnalité morale

206. – La personne morale au sein de laquelle un dispositif de participation financière est mis en place peut être de dimension nationale (a) ou européenne (b).

a) Une entité de dimension nationale

207. – Les dispositifs de participation financière peuvent être mis en place dans différentes catégories de personnes morales. Les unes relèvent du droit commun (1) ; mais le *sui generis* n'est pas exclu (2).

1) Les catégories de droit commun

208. – L'entreprise se laisse pénétrer par le droit ; elle ne peut être enfermée dans une catégorie juridique connue⁽⁸⁰⁾. La notion d'employeur de droit privé qui figure dans les dispositions légales relatives au champ d'application de la participation financière est suffisamment large pour englober toutes sortes d'entreprises. Pourront donc mettre en place un dispositif de participation financière les commerçants individuels et les commerçants dotés de la personnalité morale, les personnes privées exerçant des professions non commerciales et les artisans, quel que soit leur effectif pour l'intéressement ou la participation volontaire. En raison de la régression dans le droit moderne des notions d'acte de commerce, de commerçant ou de commercialité, il convient plus généralement de considérer que les entreprises

(76) C. trav., art. L. 3314-1, L. 3314-5.

(77) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 1 II : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(78) R. Vatinet, *Critères de répartition de l'intéressement*, note ss Cass. soc., 20 juin 2006 : JCP S 2006, 1842.

(79) Cass. soc., 20 juin 2006, pourvoi n° 04-45.932 : Bull. civ. 2006, V, n° 219 ; RJS 10/2006, n° 1102.

(80) N. Catala, *L'entreprise*, t. 4, Dalloz, 1980, p. V, n° 1.

dotées de la personnalité morale qui exercent une activité économique⁽⁸¹⁾ sont toutes en droit de mettre en place un dispositif de participation financière.

Une prime globale d'intéressement peut être dégagée au sein de toutes les entreprises de droit privé. Il n'en va pas de même, cependant, d'une réserve spéciale de participation. Une réserve est dégagée dès lors que des bénéficiaires sont susceptibles d'être imposés. Le montant du bénéfice net pris en compte pour le calcul de la réserve spéciale de participation est celui qui résulte d'une attestation établie par l'inspecteur des impôts ou le commissaire aux comptes⁽⁸²⁾. L'attestation peut faire l'objet d'une contestation devant les juridictions administratives⁽⁸³⁾ mais le montant établi ne peut pas être remis en cause à l'occasion de litiges nés de l'application des dispositions de la participation aux résultats qui sont de la compétence des juridictions judiciaires⁽⁸⁴⁾. Cette impossibilité – qui vaut pour les litiges qui opposent un salarié à son employeur⁽⁸⁵⁾ – s'applique également au comité d'entreprise signataire de l'accord⁽⁸⁶⁾ et aux organisations syndicales qui agissent en exécution d'un accord de participation, nonobstant la circonstance qu'elles n'en soient pas signataires⁽⁸⁷⁾. Elle peut être remise en cause à l'occasion de litiges nés de l'application de la participation par un tiers⁽⁸⁸⁾. L'Association pour la gestion du régime de Garantie des créances des Salariés (AGS), tiers au contrat de travail, dispose d'un droit propre⁽⁸⁹⁾ qui lui permet de contester le principe et l'étendue du bénéfice net, ainsi que celui des capitaux propres tels qu'établis par une attestation de l'inspecteur des impôts ou du commissaire aux comptes⁽⁹⁰⁾. En tout état de cause, le calcul de la réserve spéciale de participation implique une intervention de l'inspecteur des impôts ou d'un commissaire aux comptes.

Sont donc normalement soustraits aux obligations légales relatives à la participation l'entreprise à forme mutualiste, l'organisation professionnelle (association ou syndicat), l'organisme à but social, l'association à but non lucratif et, de manière générale, l'entreprise dotée de la personnalité morale qui ne réalise aucun bénéfice passible de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés. Toute personne morale de droit privé dont l'activité est à but lucratif peut mettre en place un dispositif de participation aux résultats ou d'intéressement. Les personnes morales

(81) J. Paillusseau, *Un « nouveau » Code de commerce en cette fin de siècle, est-ce une bonne idée ?*, in *Études offertes à Jacques Barthélémy*, p. 99, spéc. p. 103.

(82) Cass. soc., 11 mars 2009, pourvoi n° 08-41.140 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 80 ; *RJS* 6/2009, n° 565.

(83) L'attestation délivrée par l'inspecteur des impôts qui établit le montant du bénéfice net de la participation est un acte susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. En cas d'annulation de cette attestation par le juge administratif, les membres du personnel de l'entreprise ainsi qu'un syndicat de l'entreprise où la fédération dont il relève peuvent faire appel du jugement (CE, 26 janv. 1990, n° 60.197 : *RJS* 3/1990, n° 235).

(84) Cass. soc., 24 nov. 1982, pourvoi n° 81-13.195 : *Bull. civ.* 1982, V, n° 636.

(85) R. Vatinet, *Le bénéfice net, base de calcul de la réserve spéciale de participation*, note ss Cass. soc., 11 mars 2009 : *JCP S* 2009, 1454.

(86) Cass. soc., 7 nov. 2001, pourvoi n° 00-12.216 : *RJS* 1/2002, n° 64. La question de la contestation du bénéfice net ou des capitaux propres par le comité d'entreprise non signataire reste posée. Toutefois, une cour d'appel ne saurait modifier, à la demande du comité d'entreprise, le montant des capitaux propres qui figurent sur l'attestation des commissaires aux comptes afin de prendre en compte l'augmentation de capital consécutive à un apport partiel d'actif à la date de sa réalisation juridique et non à sa date d'effet (Cass. soc., 8 déc. 2010, pourvoi n° 09-65.810 : *RJS* 3/2011, n° 262).

(87) Cass. soc., 9 févr. 2010, pourvoi n° 08-11.338 : *RJS* 4/2010, n° 363.

(88) Obs. ss Cass. soc., 9 févr. 2010, pourvoi n° 08-11.338 : *RJS* 4/2010, n° 363.

(89) Au regard des dispositions relatives à la participation aux résultats, la consécration de ce droit propre par la jurisprudence est effectuée *contra legem*. Cf. C. Radé, obs. ss Cass. soc., 10 févr. 1999 : *Dr. soc.* 1999, p. 413, spéc. p. 414.

(90) Cass. soc., 10 févr. 1999, pourvoi n° 96-22.157 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 62 ; *RJS* 3/1999, n° 402.

dont l'activité est à but non lucratif ne peuvent mettre en place qu'un dispositif d'intéressement. En raison de leur statut juridique, les personnes morales qui ne sont pas imposées dans les conditions de droit commun à l'impôt sur les sociétés au titre des bénéficiaires qu'elles réalisent ne sont pas tenues d'instaurer un régime de participation⁽⁹¹⁾.

Une exception à ce principe doit néanmoins être soulignée. Un établissement d'enseignement catholique dirigé par une association dépendant elle-même d'une congrégation religieuse entre dans le champ d'application de l'obligation de constituer une réserve spéciale de participation dès lors qu'il réalise un bénéfice imposé au taux de droit commun de l'impôt sur les sociétés ou de l'impôt sur le revenu⁽⁹²⁾. En cas de contentieux, le juge du fond doit donc rechercher si une association réalise un bénéfice imposable, au risque d'être censuré à défaut⁽⁹³⁾, afin d'établir si elle est soumise à l'obligation de mettre en place la participation aux résultats. Sous réserve de conditions spécifiques, une association peut ainsi être tenue de mettre en place un dispositif de participation aux résultats.

2) Une catégorie *sui generis*⁽⁹⁴⁾

209. – Le comité d'entreprise est une personne morale de droit privé qui ne peut être assimilée à aucune autre, pas même à une association à but non lucratif. Il constitue une catégorie juridique *sui generis* qui a pour objet d'assurer une expression collective des salariés⁽⁹⁵⁾.

Certaines catégories de personnes morales ont pour raison d'être la recherche de bénéfices, entendus d'un « gain pécuniaire ou matériel » qui ajoute à la fortune de leurs membres⁽⁹⁶⁾. Selon le professeur Vidal⁽⁹⁷⁾, la mise en commun de biens ou d'activités peut avoir différentes causes économiques : le partage des bénéfices, la réalisation sans partage des bénéfices, la réalisation d'une économie. La cause économique d'un groupement de droit privé détermine souvent sa qualification juridique. Le comité d'entreprise se distingue de la société dont la cause économique est le partage des bénéfices. Il est un instrument d'intervention, de formation et de contrepropositions dans le domaine de la gestion de l'entreprise⁽⁹⁸⁾. Il assure, contrôle ou participe à la gestion de toutes les activités sociales et culturelles établies dans l'entreprise prioritairement au bénéfice des salariés ou de leur famille⁽⁹⁹⁾. Ces missions ne témoignent pas d'un rôle de réalisation, entendu comme cause économique, du comité d'entreprise ; elles semblent plutôt illustrer l'absence de but économique.

210. – Selon la Cour de cassation, « la différence qui distingue la société de l'association consiste en ce que la première comporte essentiellement, comme condi-

(91) CA Paris, 5 févr. 2009, n° 07-6758 : RJS 6/09, n° 564, à propos d'une congrégation constituée sous forme d'association.

(92) Cass. soc., 20 déc. 2006, pourvoi n° 04-16661 : Bull. civ. 2006, V, n° 394 ; RJS 3/2007, n° 364.

(93) R. Vatinet, *Champ d'application de la participation obligatoire*, note ss Cass. soc., 20 déc. 2006 : JCP S 2007, 1381.

(94) M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 9^e éd. 2009, p. 67.

(95) C. trav., art. L. 2323-1.

(96) B. Teyssié, *Droit civil – Les personnes*, Litec, 13^e éd. 2011, n° 860.

(97) D. Vidal, *Droit des sociétés*, LGD, 7^e éd. 2010, n° 49.

(98) M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, préc., p. 66.

(99) C. trav., art. L. 2323-83.

tion de son existence, la répartition entre associés des bénéfices faits en commun, tandis que la seconde l'exclut nécessairement »⁽¹⁰⁰⁾. En cas de cessation définitive de l'activité de l'entreprise, le comité d'entreprise décide de l'affectation des biens dont il dispose ; il ne peut, en revanche, les répartir entre les salariés ou les membres du comité⁽¹⁰¹⁾.

Le comité d'entreprise apparaît comme un organisme de droit privé dont l'activité est à but non lucratif, au même titre qu'une association. La participation des salariés aux résultats de l'entreprise est un dispositif de participation financière qui ne peut donc pas être mis en place au sein du comité d'entreprise. Seul l'intéressement des salariés aux performances ou aux résultats et un plan d'épargne d'entreprise peuvent l'être. Il en est de même dans une association dont l'activité est à but non lucratif⁽¹⁰²⁾. Les sociétés de courses de chevaux et du Pari Mutuel Urbain sont constituées sous la forme d'associations sans but lucratif en application de la loi du 1^{er} juillet 1901⁽¹⁰³⁾. En cette qualité, elles ne sont pas soumises à l'impôt sur les sociétés. Elles ne sont donc pas assujetties aux dispositions relatives à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise⁽¹⁰⁴⁾.

b) Une entité de dimension européenne

211. – La personne morale de dimension européenne envisagée est la société européenne. Après avoir identifié les dispositifs normatifs qui lui sont applicables (1), la question de la mise en place d'un dispositif de participation financière sera examinée (2).

1) Les dispositifs normatifs applicables à la société européenne

212. – Quatre modes principaux de constitution d'une société européenne sont prévus, excluant une création *ex nihilo* de ce type de société. La constitution d'une société européenne peut résulter d'une fusion de sociétés anonymes, de la création d'une société européenne filiale, de la création d'une société européenne holding à l'initiative de plusieurs sociétés de l'Union européenne ou de la transformation d'une société anonyme en société européenne. Un mode supplémentaire de constitution existe dans l'hypothèse où un État membre a prévu qu'une société n'ayant pas son administration centrale dans l'Union européenne⁽¹⁰⁵⁾ peut participer à la constitution d'une société européenne. Cette société doit être constituée selon le droit d'un État membre, avoir son siège statutaire dans ce même État membre et un lien effectif et continu avec l'économie d'un État membre⁽¹⁰⁶⁾.

(100) Cass. ch. réunies, 11 mars 1914, www.legifrance.gouv.fr, non publié.

(101) C. trav., art. R. 2323-39.

(102) Le professeur Vidal a évoqué l'existence d'associations qui exercent une activité économique et qui poursuivent en droit ou en fait un but lucratif (*Droit des sociétés*, LGDJ, 7^e éd. 2010, nos 127 et s.). Pour cet ilot de personnes morales nées d'un contrat d'association, il conviendrait d'admettre qu'un dispositif de participation aux résultats leur soit applicable.

(103) L. 1^{er} juill. 1901 relative au contrat d'association (JO 2 juill., p. 4025).

(104) Cass. soc., 2 mars 1989, pourvoi n° 86-15.987 : *RJS* 4/1989, n° 373.

(105) Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, art. 1^{er}, 2), b) (JOUE n° 2007/C 306/1).

(106) Règl. (CE) n° 2157/2001 du Conseil, 8 oct. 2001, relatif au statut de la société européenne (SE), art. 2 (JOCE 10 oct., n° L 294/1, spéc. n° L 294/4).

La philosophie initiale du règlement relatif à la société européenne était l'édiction de règles spécifiques pour une forme de société différente de celles qui existent en droit interne. La version définitive du règlement en fait un hybride soucieux de ne pas heurter le droit national⁽¹⁰⁷⁾. Le règlement du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne ne contient pas « l'alpha et l'omega du droit applicable à une société européenne »⁽¹⁰⁸⁾. Compléter le dispositif implique donc de désigner un droit des sociétés précis et complet par le rattachement de la société européenne à un droit étatique.

En France, l'acquisition de la personnalité morale de la société européenne est subordonnée à son immatriculation au registre du commerce et des sociétés⁽¹⁰⁹⁾. Le règlement précise⁽¹¹⁰⁾ qu'en cas de lacune dans le statut communautaire ou sur renvoi exprès de celui-ci, la loi de l'État dans lequel la société européenne a son siège statutaire et son administration centrale est applicable subsidiairement⁽¹¹¹⁾. Le Code civil dispose que « toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française »⁽¹¹²⁾. La *lex societatis* régit la constitution, l'émission des titres et leur régime, l'organisation interne, le fonctionnement, l'aptitude à contracter, les pouvoirs des organes, la dissolution et la liquidation. Elle est parfois écartée par des lois de police, mais celles-ci concernent essentiellement l'activité de la société dans les pays autres que celui dont la loi est applicable⁽¹¹³⁾.

2) Les dispositifs de participation financière appliqués à la société européenne

213. – Les difficultés liées à l'absence de dispositions légales... Aucune disposition légale ne prévoit la mise en place d'un accord sur la participation financière au sein d'une société européenne et le statut communautaire n'apporte pas de précision sur ce point. Employeur de droit privé, la société européenne entre dans le champ d'application des dispositifs français de participation financière dès lors qu'elle a son siège en France.

214. – Les difficultés liées au mode de constitution de la société européenne... Pour la mise en place d'un dispositif de participation financière au sein d'une société européenne, aucune difficulté ne se rencontre lorsque deux sociétés⁽¹¹⁴⁾ constituées selon le droit d'un État membre et ayant leur siège statutaire et leur administration centrale dans l'Union européenne constituent une troisième société qui bénéficiera du statut de société européenne. La société européenne ainsi

(107) M. Coipel, *La pluralité des rattachements aux normes applicables à la société européenne*, in *La société européenne*, Bruylant, 2005, Centre d'étude Jean Renauld, p. 19, spéc. p. 25.

(108) J. Béguin, *Le rattachement de la société européenne*, in *La société européenne – Organisation juridique et fiscale, intérêts, perspectives*, ss dir. K. J. Hopt, M. Menjucq et E. Wymeersch, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 31, spéc. p. 33.

(109) C. com., art. L. 229-1.

(110) Règl. (CE) n° 2157/2001 du Conseil, 8 oct. 2001, relatif au statut de la société européenne (SE), art. 9 (JOCE 10 oct., n° L 294/1, spéc. n° L. 294/6).

(111) M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Les sociétés commerciales*, LGDJ, 19^e éd. 2009, n° 2062-1, p. 756, spéc. p. 757.

(112) C. civ., art. 1837.

(113) P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 10^e éd. 2010, n° 1041, p. 761, spéc. p. 762.

(114) Ces sociétés devront relever du droit d'États membres différents ou devront avoir, depuis au moins deux ans, une société filiale relevant du droit d'un autre État membre ou une succursale située dans un autre État membre.

constituée dont le siège est situé en France est une nouvelle société dont la direction et l'administration sont régies, pour l'essentiel, par les dispositions applicables aux sociétés anonymes⁽¹¹⁵⁾. Le dispositif de participation financière mis en place profitera à tous les salariés de cette société.

Une difficulté apparaît lorsque la société européenne a été constituée par voie de fusion-absorption ou de fusion par création d'une nouvelle société. En cas de fusion, les salariés des sociétés participantes deviennent salariés de la société européenne⁽¹¹⁶⁾. Se pose alors la question de l'identification des bénéficiaires de l'intéressement et de la participation. En application du principe de non-exclusion, tous les salariés de la société européenne peuvent-ils bénéficier de l'intéressement ou de la participation ou seuls les salariés qui exercent leur activité en France sont-ils admis au bénéfice des dispositifs de participation financière ?

215. – Les difficultés liées à l'absence de précisions quant aux bénéficiaires...

Le Code du travail précise que « les accords d'intéressement conclus au sein d'un groupe de sociétés établies dans plusieurs États membres de la Communauté européenne ouvrent droit aux exonérations prévues aux articles L. 3315-1 à L. 3315-3 pour les primes versées à leurs salariés ainsi qu'aux personnes mentionnées à l'article L. 3312-3 par les entreprises situées en France, parties à ces accords »⁽¹¹⁷⁾. Ce texte fait bénéficier du régime fiscal plus favorable les sommes versées en application d'un accord d'intéressement conclu au sein d'un groupe de sociétés de dimension communautaire aux salariés des entreprises situées en France. Des précisions identiques ne sont pas apportées pour la participation des salariés aux résultats. L'existence d'un contrat de travail est nécessaire pour qu'un salarié soit admis au bénéfice d'un dispositif de participation financière. En application du principe de non-exclusion, tous les salariés de la société européenne sont en droit de bénéficier des sommes versées en application d'un dispositif d'intéressement ou de participation, sous réserve de distinguer selon que le dispositif mis en place l'est au niveau de la société européenne ou au sein d'un ou plusieurs établissements français de la société européenne.

S'il l'est au niveau de la société européenne, le respect du caractère collectif implique que tous les salariés de l'entreprise (français et étrangers) soient admis au bénéfice du dispositif. La participation aux résultats mise en place au niveau d'une société européenne dont le siège social est situé en France vaut pour tous les salariés qui ont un contrat de travail avec la société européenne. Exclure du bénéfice de la participation aux résultats ceux qui travaillent hors de France fait courir le risque que les sommes versées aux salariés qui travaillent en France soient réintégrées dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale.

(115) M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Les sociétés commerciales*, LGDJ, 19^e éd. 2009, p. 759, n° 2062-3.

(116) C. Cathiard, *La société européenne en droit français. Première partie : Les modalités de constitution d'une SE en vue de son immatriculation en France : Dr. sociétés 2005*, n° 12, étude 15, n° 13.

(117) C. trav., art. L. 3315-4.

B. – Une pluralité d’entités

216. – La participation financière peut être organisée dans une pluralité non dotée (1°) ou dotée de la personnalité morale (2°).

1° Une pluralité d’entités non dotée de la personnalité morale

217. – Il est une pluralité d’entités non dotée de la personnalité morale. Dans le groupe (a), les entreprises qui en font partie sont dotées de la personnalité morale mais l’entité que constitue le groupe en est dépourvue. Une autre figure juridique de même nature est offerte par l’unité économique et sociale (b). Spécifique à l’intéressement, le projet mérite également examen (c).

a) Le groupe

218. – Le groupe d’entreprises pris comme cadre de mise en place de la participation financière doit être identifié (1) sans qu’une approche duale soit exclue (2).

1) L’identification du cadre de mise en place

219. – **Émergence de la notion de groupe dans la participation financière...** L’ordonnance du 17 août 1967⁽¹¹⁸⁾, modifiée par la loi de finances pour 1969⁽¹¹⁹⁾, a réglementé les accords de participation conclus au sein d’un groupe. Reprenant ses dispositions, l’ordonnance du 21 octobre 1986 disposait que dans le cas d’accords conclus au sein d’un groupe de sociétés, l’équivalence des avantages consentis aux salariés devait s’apprécier globalement au niveau du groupe et non entreprise par entreprise⁽¹²⁰⁾. La loi du 19 février 2001⁽¹²¹⁾ a précisé que l’intéressement, la participation et un plan d’épargne d’entreprise peuvent être mis en place au sein d’un groupe constitué par des entreprises juridiquement indépendantes mais ayant établi entre elles des liens financiers et économiques⁽¹²²⁾. Elles peuvent conclure un accord applicable à l’ensemble de leurs salariés⁽¹²³⁾.

220. – **L’accord de groupe dans la participation financière...** La convention ou l’accord de groupe fixe son champ d’application constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe⁽¹²⁴⁾. Les parties⁽¹²⁵⁾ à l’accord sont en droit d’en

(118) Ord. n° 67-693, 17 août 1967, relative à la participation des salariés aux fruits de l’expansion de l’entreprise, art. 5 et 8 (JO 18 août, p. 8288).

(119) L. fin. 1969, n° 68-1172, 27 déc. 1968, art. 62, V et VIII (JO 29 déc., p. 12339).

(120) Ord. n° 86-1134, 21 oct. 1986, relative à l’intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l’entreprise et à l’actionnariat des salariés, art. 12 (JO 23 oct., p. 12771).

(121) L. n° 2001-152, 19 févr. 2001, sur l’épargne salariale, art. 4 (JO 20 févr., p. 2774).

(122) C. trav., art. L. 3344-1.

(123) Circ. 14 sept. 2005 relative à l’épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 1 II : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(124) C. trav., art. L. 2232-30.

(125) La loi a prévu des modalités spécifiques de négociation d’un accord de groupe de participation aux résultats. L’accord doit être conclu entre les mandataires des sociétés intéressées et le ou les salariés appartenant à l’une des entreprises du groupe mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives. Le cosignataire du mandataire des sociétés intéressées peut également être un représentant mandaté par chacun des comités d’entreprise concernés. Le mandataire des sociétés du groupe au sein duquel la mise en place d’un accord de participation aux résultats est envisagée peut également proposer un projet d’accord qui devra être ratifié à la majorité des deux tiers du personnel appréciée au niveau de l’ensemble des sociétés concernées (C. trav., art. L. 3322-7). Ces modalités de négociation ne sont pas identiques aux modalités de négociation des accords collectifs de groupe de droit commun (C. trav., art. L. 2232-31). En effet, la convention ou l’accord collectif de groupe de droit commun est négocié et conclu entre, d’une part, l’entreprise dominante ou un ou plusieurs représentants des employeurs des entreprises

limiter la portée à une fraction des entreprises appartenant au groupe. Cette faculté peut être exercée dès l'ouverture des négociations ou à l'issue de celles-ci⁽¹²⁶⁾. La Cour de cassation avait déjà admis que le périmètre des accords de groupe pouvait être réduit à une fraction du groupe dès lors que les accords en question portaient sur des sujets d'intérêt commun aux personnels des entreprises concernées⁽¹²⁷⁾. Il est inutile d'imposer comme unique périmètre tout le groupe. Ce type de négociation peut donc abriter de nombreuses combinaisons⁽¹²⁸⁾ : l'accord de groupe peut concerner deux entreprises au moins ou l'ensemble des sociétés ; il peut prendre en compte un groupe dont le périmètre serait le même que celui de l'unité économique et sociale reconnue conventionnellement ou judiciairement. La mise en place d'un accord de participation financière au niveau du groupe laisse beaucoup de souplesse aux entreprises qui appartiennent à ce groupe.

La notion de groupe dont il est question en matière de participation financière fait-elle référence au groupe entendu au sens du droit commercial ou du droit du travail ? Le Code de commerce ne traite pas en tant que tel le groupe de sociétés. Il ne contient aucune construction cohérente de cette entité⁽¹²⁹⁾. Par le jeu de certaines dispositions relatives aux filiales, aux participations et aux sociétés contrôlées, il identifie les sociétés en contrôlant une autre⁽¹³⁰⁾ ainsi que les sociétés commerciales qui en contrôlent exclusivement ou conjointement une autre ou qui exercent une influence notable sur cette dernière⁽¹³¹⁾. Le groupe étant une réalité juridique à

concernées par le champ de la convention ou de l'accord, et d'autre part, les organisations syndicales de salariés représentatives dans le groupe ou dans l'ensemble des entreprises concernées par le champ de la convention ou de l'accord. En revanche, aucune modalité spécifique n'est prévue pour la négociation d'un accord d'intéressement de groupe. Chaque entreprise peut être partie à l'accord d'intéressement commun ou celui-ci peut être conclu selon les modalités de droit commun des accords de groupe.

(126) B. Teysié, *Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe* : Dr. soc. 2005, p. 643, spéc. p. 650, n° 30.

(127) Cass. soc., 30 avr. 2003, pourvoi n° 01-10.027 : Bull. civ. 2003, V, n° 155.

(128) P.-H. Antonmattei, *La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations* : Dr. soc. 2004, p. 601, spéc. p. 602, n° 7.

(129) M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 24^e éd. 2011, n° 1526.

(130) C. com., art. L. 233-3 : « I. – Une société est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre :

1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

II. – Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

III. – Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale ».

(131) C. com., art. L. 233-16 : « I. – Les sociétés commerciales établissent et publient chaque année à la diligence du conseil d'administration, du directoire, du ou des gérants, selon le cas, des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe, dès lors qu'elles contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises ou qu'elles exercent une influence notable sur celles-ci, dans les conditions ci-après définies.

II. – Le contrôle exclusif par une société résulte :

1° Soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise ;

2° Soit de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise. La société consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40 %

géométrie variable⁽¹³²⁾, la définition retenue par le Code du travail est sans grande ressemblance avec celle du droit commercial. Le groupe au sens du droit du travail fait référence à celui au sein duquel peut être mis en place le comité de groupe issu de la loi du 28 octobre 1982⁽¹³³⁾. Le groupe ainsi identifié renvoie limitativement aux articles L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du Code de commerce. Le comité de groupe est constitué au sein du groupe formé par une entreprise dominante et des entreprises sous contrôle ou sous influence⁽¹³⁴⁾.

221. – La référence à l'entreprise dominante figure dans les dispositions du Code du travail relatives aux conventions et accords de groupe⁽¹³⁵⁾. Pour la mise en place d'un accord de groupe, la circulaire du 22 septembre 2004⁽¹³⁶⁾ précise que si le législateur n'a donné aucune définition du groupe, l'article L. 2232-31 faisant référence à la notion d'entreprise dominante, il est ainsi renvoyé à la définition du groupe que retient l'article L. 2331-1 du Code du travail pour la mise en place du comité de groupe selon lequel un groupe est formé par une entreprise dominante et des entreprises qu'elle contrôle ou sur lesquelles elle exerce une influence dominante. Le groupe au sein duquel peut être mis en place un dispositif de participation financière par le biais d'un accord de groupe serait donc le groupe au sens du comité de groupe. L'examen du processus législatif qui a conduit à l'adoption de l'article L. 2232-31 suggère cependant une conclusion différente⁽¹³⁷⁾. Initialement, le projet de loi⁽¹³⁸⁾ précisait que l'accord de groupe était conclu dans le cadre du groupe au sens de l'ancien article L. 439-1⁽¹³⁹⁾. L'amendement n° 355 a supprimé la référence à l'article relatif au comité de groupe, le rapporteur de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales considérant qu'il était « préférable de développer la négociation de groupe sur le fondement du droit commun de la négociation collective selon lequel les accords fixent eux-mêmes leur champ d'application »⁽¹⁴⁰⁾.

La mise en place des dispositifs de participation financière au sein d'un groupe résulte de dispositions légales antérieures à la consécration de la négociation collective au niveau du groupe⁽¹⁴¹⁾. Ce n'est donc pas le groupe dont le périmètre est délimité par les textes sur le comité de groupe qui était visé à l'origine. Il faut donc considérer que les dispositifs de participation financière mis en place au niveau d'un

des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne ;

3° Soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet.

III. – Le contrôle conjoint est le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord.

IV. – L'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise est présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise ».

(132) M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 24^e éd. 2011, n° 1526.

(133) L. n° 82-915, 28 oct. 1982, relative au développement des institutions représentatives du personnel, art. 38 (JO 29 oct., p. 3255).

(134) C. trav., art. L. 2331-1.

(135) C. trav., art. L. 2232-31.

(136) Circ. 22 sept. 2004 relative au titre II de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, fiche n° 5 : JO 31 oct., p. 18472.

(137) B. Teyssié, *Droit du travail – Relations collectives*, Litec, 7^e éd. 2011, n° 1209.

(138) Projet de loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, art. 40.

(139) C. trav., art. L. 2331-1 relatif au comité de groupe.

(140) J.-P. Anciaux : JOAN CR 17 déc. 2003, p. 12506.

(141) Projet de loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, Exposé des motifs.

groupe peuvent concerner « tous les rassemblements d'entreprises dans lesquels sont relevés les éléments de base d'un groupe, caractérisé par la présence d'une entreprise dominante et d'entreprises dominées, quelles que soient l'origine et l'ampleur du rapport de domination »⁽¹⁴²⁾. Les entreprises concernées devront être juridiquement indépendantes et avoir établi entre elles des liens financiers et économiques⁽¹⁴³⁾.

222. – L'élargissement du cadre de mise en place... Que se passe-t-il lorsqu'une entreprise rejoint un groupe au sein duquel un dispositif de participation financière a été mis en place ? L'adhésion de la société à cet accord de groupe doit se faire par le biais d'un avenant qui obéit aux mêmes règles de conclusion et de dépôt que l'accord lui-même⁽¹⁴⁴⁾. Pour un accord de groupe applicable dans un secteur déterminé, l'adhésion de l'entreprise « entrante » ne serait possible que si elle faisait partie de ce secteur d'activité⁽¹⁴⁵⁾. L'accord peut prévoir les modalités d'adhésion automatique d'une nouvelle société qui aurait rejoint le groupe auquel appartiennent les sociétés qui entrent dans le champ d'application de l'accord de groupe. Dans ces conditions, l'avenant qui constate l'adhésion devra être signé par les partenaires sociaux de l'entreprise primo-adhérente⁽¹⁴⁶⁾.

La loi du 4 mai 2004⁽¹⁴⁷⁾ a étendu la notion d'accord d'intéressement de groupe aux groupes européens. Elle précise que les sommes versées en application d'un accord d'intéressement conclu au sein d'un groupe de sociétés établies dans plusieurs États membres de l'Union européenne⁽¹⁴⁸⁾ ouvrent droit aux exonérations fiscales prévues aux articles L. 3315-1 à L. 3315-3⁽¹⁴⁹⁾. L'administration considère qu'un groupe d'entreprises européennes peut mettre en place un accord d'intéressement, non seulement pour l'entreprise française du groupe, mais aussi pour toutes les autres entreprises situées dans l'Union européenne⁽¹⁵⁰⁾.

(142) B. Teysse, *Droit du travail – Relations collectives*, Litec, 7^e éd. 2011, n° 1210. Les modalités de négociation d'un accord de participation aux résultats au niveau du groupe font l'objet de dispositions spécifiques (C. trav., art. L. 3322-7) qui n'exigent pas l'existence d'un rapport de domination entre les sociétés qui mettent en place l'accord de participation. En application de ce texte, il peut être admis qu'un accord de participation de groupe soit mis en place entre plusieurs sociétés sœurs qui ont établies entre elles des liens financiers et économiques (C. trav., art. L. 3344-1).

(143) C. trav., art. L. 3344-1.

(144) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 3 I B : JO 1^{er} nov., p. 17179. – Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 2 I E : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(145) G. Auzero, *La vie des conventions et accords collectifs de groupe* : RDT 2006, p. 230, spéc. n° 9.

(146) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 3 I B : JO 1^{er} nov., p. 17179. – Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 2 I E : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(147) L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, art. 59 (JO 5 mai, p. 7983).

(148) Le texte vise la Communauté européenne, mais depuis que le traité de Lisbonne est entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, seule l'Union européenne subsiste.

(149) C. trav., art. L. 3315-4. Les articles visés figurent sous le chapitre relatif au régime fiscal et social de l'intéressement. Ce chapitre ne comporte que des dispositions relatives au régime fiscal. Les dispositions relatives au régime social figurent à l'article L. 3312-4. La lecture de l'article L. 3315-4 tel qu'il résulte de la recodification du Code du travail implique donc que les accords d'intéressement conclus au sein d'un groupe de sociétés établies dans plusieurs États membres de l'Union européenne ne bénéficient que d'un régime fiscal plus favorable (à propos de l'impact de la recodification sur le régime fiscal et social de l'intéressement, cf. A. Sauret et J.-S. Lipski, *L'intéressement des salariés aux résultats ou aux performances de l'entreprise : l'impact de la recodification* : JCP S 2009, 1279. – H. Lanouzière, *Recodification du Code du travail et intéressement : pourquoi le droit constant a bien été respecté* : JCP S 2010, 1165. – A. Sauret et J.-S. Lipski, *Du constat au débat : l'impact de la recodification sur l'intéressement* : JCP S 2010, 1166. – P. Morvan, *Le Code du travail a-t-il été effectué à droit constant ? : Semaine sociale Lamy 2010*, suppl., n° 1472, p. 34, spéc. p. 40). Or, avant la recodification, ces accords bénéficiaient également d'un régime social plus favorable (C. trav., art. L. 441-2 ancien).

(150) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 4 V : JO 1^{er} nov., p. 17179.

2) La dualité du cadre de mise en place

223. – Le cadre de mise en place de la participation financière... Il convient de distinguer selon que la mise en place d'un dispositif de participation financière au sein d'un groupe est négociée ou non. Si elle est négociée et qu'elle fait l'objet d'un accord de groupe, le groupe visé sera celui composé d'entreprises ayant établi des liens financiers et économiques et entre lesquelles un rapport de domination est établi. L'accord de participation⁽¹⁵¹⁾, d'intéressement ou le plan d'épargne groupe sera un accord de groupe au sens des articles L. 2232-30 et suivants du Code du travail tel qu'il ressort des travaux parlementaires et non tel que l'a précisé la circulaire du 22 septembre 2004, au risque de devoir faire face à une dilution de la notion de groupe qui inclurait des situations trop éloignées du droit du travail⁽¹⁵²⁾ mais plus proches du droit commercial.

La mise en place d'un accord de participation financière au sein d'un groupe de façon non négociée ne paraît pas exclure que la notion de groupe à retenir dans cette hypothèse soit exclusivement celle retenue pour le comité de groupe. Cette analyse se confirme à la lecture des dispositions spécifiques relatives à la mise en place d'un accord de participation aux résultats au niveau d'un groupe. Il est précisé que dans l'hypothèse d'une ratification à la majorité des deux tiers du personnel, une demande conjointe peut être formulée par le mandataire des sociétés du groupe ou le comité de groupe si ce dernier existe⁽¹⁵³⁾.

224. – Le cadre de mise en place de la participation aux résultats... L'obligation de mettre en place un dispositif de participation aux résultats pèse sur les entreprises qui emploient habituellement cinquante salariés. Un accord de participation peut donc prévoir une clause particulière qui préciserait qu'en cas de baisse des effectifs en dessous de cinquante personnes, il ne s'appliquera pas⁽¹⁵⁴⁾. Une précision doit être apportée lorsque l'accord de participation est conclu au niveau du groupe. L'obligation peut-elle naître au sein d'un groupe de cinquante salariés, composé de sociétés de moins de cinquante salariés ? Il convient d'identifier ce que recouvre la notion d'entreprise en matière de participation aux résultats.

La jurisprudence considère comme étant resté au service de la même entreprise au sens du Code du travail le salarié qui, après avoir été engagé par un organisme assurant l'approvisionnement des bases américaines en France, est entré successivement au service de deux sociétés qui effectuaient des travaux pour cet organisme. La cour constate que les sociétés pour lesquelles le salarié avait travaillé n'avaient pas limité ses droits à gratifications ou à congés payés en fonction du temps qu'il avait passé chez elles ; c'était sur proposition de l'organisme qui l'avait embauché qu'il avait bénéficié de promotions d'échelons et d'augmentations de salaires. Sans avoir été licencié par la seconde de ces sociétés, il avait été repris dans les services

(151) Un accord de participation aux résultats qui serait conclu en application des dispositions de l'article L. 3322-7, 1^o et 2^o du Code du travail, pourrait être conclu entre des sociétés qui ont établi entre elles des liens financiers et économiques. L'existence d'un rapport de domination entre elles n'est pas requise.

(152) P.-H. Antonmattei, *La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations* : *Dr. soc.* 2004, p. 601, spéc. p. 602, n^o 8.

(153) *C. trav.*, art. L. 3322-7, 3^o.

(154) *Cass. soc.*, 18 sept. 2002, pourvoi n^o 99-15.454 : *Bull. civ.* 2002, V, n^o 271 ; *RJS* 11/2002, n^o 1264.

de cet organisme sans qu'un nouveau contrat ait été établi⁽¹⁵⁵⁾. Les notions de groupe de sociétés et d'entreprise peuvent se confondre.

Certains auteurs ont pu considérer que « le groupe est considéré comme une seule entreprise dès lors que ses différentes sociétés sont confondues au regard du salarié »⁽¹⁵⁶⁾. Le groupe apparaît lorsque les liens entre plusieurs sociétés sont suffisamment forts pour autoriser l'une d'entre elles à exercer un pouvoir de décision à l'égard des autres, pouvoir qu'il convient d'appeler contrôle. Ces liens entre sociétés peuvent être institutionnels (ils résultent d'une participation au capital), contractuels (un contrat de concession ou de sous-traitance par exemple) ou de fait (existence d'une communauté de dirigeants)⁽¹⁵⁷⁾. Le « groupe » que forment les sociétés qui ont entre elles des liens de fait correspond à la notion d'unité économique et sociale, consacrée d'abord par la jurisprudence pénale puis en droit du travail⁽¹⁵⁸⁾. Les notions d'unité économique et sociale et de groupe de sociétés selon l'acception antérieure à la loi du 28 octobre 1982 se confondaient, à l'instar des notions de groupe de sociétés et d'entreprise. Il semble donc que la référence au groupe introduite par la loi de finances de 1969⁽¹⁵⁹⁾ dans le régime juridique de la participation des salariés aux résultats pouvait s'entendre comme renvoyant à l'entreprise au sein de laquelle des dispositifs de participation financière pouvaient être mis en place.

225. – Paradigme juridique, l'entreprise est une notion relative et évolutive qui désigne la situation de référence que constitue la relation entre un employeur et la collectivité des travailleurs, sans définir la nature juridique de cette relation⁽¹⁶⁰⁾. Au regard de l'évolution du droit des sociétés et du droit du travail, la notion d'entreprise désigne aujourd'hui un ensemble de constructions juridiques qui ont pour objet d'encadrer celles qu'élabore le capital⁽¹⁶¹⁾. Elle peut donc s'entendre de l'ensemble que constitue le groupe de sociétés. L'introduction d'une nouvelle notion de groupe dans les dispositions relatives à la participation aux résultats par la loi du 19 février 2001⁽¹⁶²⁾ impose de nuancer cette analyse. Le groupe au sein duquel peut être mis en place un dispositif de participation financière doit être constitué par des entreprises juridiquement indépendantes qui ont établi entre elles des liens financiers et économiques⁽¹⁶³⁾. La Cour de cassation rappelle que l'effectif à partir duquel la participation est obligatoire s'apprécie au niveau de l'entreprise dotée de la personnalité morale⁽¹⁶⁴⁾. Il découle de cette disposition et de la jurisprudence que la notion d'entreprise utilisée dans les dispositions relatives à la participation financière désigne la société dotée de la personnalité morale. Un groupe d'au moins cinquante salariés composé de sociétés de moins de cinquante salariés a donc la

(155) Cass. soc., 19 juin 1963 : *Bull. civ.* 1963, IV, n° 517.

(156) I. Vacarie, *Groupes de sociétés et relations individuelles de travail* : *Dr. soc.* 1975, p. 27.

(157) *Ibid.*, p. 23.

(158) L. n° 82-915, 28 oct. 1982, relative au développement des institutions représentatives du personnel, art. 28 (*JO* 29 oct., p. 3255).

(159) *V. supra*, n° 219.

(160) A. Supiot, *Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise* : *RTD com.* 1985, p. 625.

(161) *Ibid.*, p. 644.

(162) L. n° 2001-152, 19 févr. 2001, sur l'épargne salariale, art. 4 (*JO* 20 févr., p. 2774).

(163) C. trav., art. L. 3344-1.

(164) Cass. soc., 24 janv. 2006, pourvoi n° 03-43.073 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 20 ; *RJS* 4/2006, n° 480.

faculté de mettre en place la participation aux résultats, mais n'en a pas l'obligation légale.

b) L'unité économique et sociale

226. – Certains auteurs ont pu considérer que les dispositifs de participation financière trouvaient naturellement leur place dans un accord conclu au niveau de l'unité économique et sociale⁽¹⁶⁵⁾. L'unité économique ressort de la communauté d'intérêt des entités rassemblées et de la concentration des pouvoirs à l'intérieur du périmètre considéré⁽¹⁶⁶⁾. La première est liée à la similitude ou la complémentarité des activités déployées par ces différentes entités et, souvent, à l'imbrication des capitaux⁽¹⁶⁷⁾. L'unité sociale implique l'existence d'une authentique communauté de travailleurs résultant de leur statut social et de conditions de travail similaires pouvant se traduire en pratique par une certaine permutableté des salariés⁽¹⁶⁸⁾. Selon le professeur Jeantin, « ce n'est pas parce qu'il existe un groupe qu'une unité économique et sociale sera nécessairement reconnue, et inversement »⁽¹⁶⁹⁾. Pour la participation, « lorsqu'une unité économique et sociale est reconnue, conventionnellement ou judiciairement, entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, un accord peut être conclu avec le comité d'entreprise commun obligatoirement mis en place (art. L. 431-1)⁽¹⁷⁰⁾ si cet accord porte sur la totalité de son champ de représentativité »⁽¹⁷¹⁾.

Dans le silence de la loi, l'administration a précisé que lorsqu'une unité économique et sociale est reconnue conventionnellement ou judiciairement entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, un accord d'intéressement peut être conclu avec le comité d'entreprise commun obligatoirement mis en place et portant sur la totalité de son champ de représentativité⁽¹⁷²⁾. La jurisprudence confirme cette analyse. La Cour de cassation constate l'existence d'une unité économique et sociale lorsque, entre autres indices, des salariés relèvent de la même convention collective, du même accord d'intéressement et du même accord de prévoyance obligatoire⁽¹⁷³⁾. *A contrario*, l'unité économique et sociale n'est pas caractérisée lorsque les statuts collectifs, les régimes de prévoyance, d'intéressement ainsi que les conditions de travail et les modalités de gestion des personnels diffèrent selon les entreprises entre lesquelles il n'y a pas de permutableté des personnels⁽¹⁷⁴⁾. La jurisprudence entérine la mise en place d'un intéressement commun aux sociétés qui appartiennent à une unité économique et sociale, la validité d'un accord conclu dans ce cadre n'ayant pas fait l'objet d'une contestation⁽¹⁷⁵⁾.

(165) N. Dauxerre et G. Laferrière, *Unité économique et sociale et négociation collective* : JCP S 2006, 1775, n° 12.

(166) Cass. soc., 22 nov. 2000, pourvoi n° 99-60.454 : RJS 4/2001, n° 472. – Cass. soc., 15 janv. 2002, pourvoi n° 00-60.256 : RJS 4/2002, n° 452.

(167) B. Teyssié, *Droit du travail – Relations collectives*, Litec, 7^e éd. 2011, n° 202.

(168) Cass. soc., 18 juill. 2000, pourvoi n° 99-60.353 : Bull. civ. 2000, V, n° 299 ; RJS 11/2000, n° 1107.

(169) M. Jeantin, *Intérêt du groupe et intérêt de l'entreprise* : Dr. ouvrier 1994, p. 14, spéc. n° 2.

(170) C. trav., art. L. 2322-2.

(171) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 2 I D : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(172) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 3 I B : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(173) Cass. soc., 26 mai 2004, pourvoi n° 02-60.935 : Bull. civ. 2004, V, n° 142.

(174) Cass. soc., 19 mai 2004, pourvoi n° 03-60.063, inédit.

(175) Cass. soc., 2 déc. 2008, pourvoi n° 07-16.615 : Bull. civ. 2008, V, n° 241. En revanche, la mise en place de l'intéressement, de la participation ou d'un plan d'épargne d'entreprise au sein d'un groupe constitué par des entreprises juridi-

227. – La jurisprudence avait parfois désigné l'unité économique et sociale comme une entreprise unique au regard du droit du travail⁽¹⁷⁶⁾. Cette tendance pouvait se justifier par le fait que l'unité économique et sociale pouvait servir de cadre de mise en place d'un accord de participation aux résultats. La Cour de cassation a récemment considéré que le périmètre de l'unité économique et sociale dans lequel les élections des membres du comité d'entreprise doivent être organisées doit être défini par un protocole d'accord préélectoral unanime⁽¹⁷⁷⁾ ou une décision de justice préalable aux élections⁽¹⁷⁸⁾. Cette décision renoue avec la notion d'unité économique et sociale originelle : un cadre juridique de mise en place des institutions représentatives du personnel⁽¹⁷⁹⁾. Les entreprises juridiquement distinctes qui constituent une unité économique et sociale de cinquante salariés et plus reconnue par convention ou par décision de justice garantissent le droit de leurs salariés à participer aux résultats de l'entreprise.

Se pose alors la question du périmètre de l'unité économique et sociale : l'unité économique et sociale visée par les textes relatifs à la participation aux résultats est-elle celle identifiée par le dernier protocole d'accord préélectoral négocié ou bien l'accord de participation peut-il retenir une unité économique et sociale dont le périmètre serait différent de celui fixé par le dernier protocole d'accord préélectoral ? Une lecture stricte de la décision du 31 mars 2009 implique que seul le cadre identifié dans le protocole d'accord préélectoral peut constituer une unité économique et sociale. L'accord de participation qui aurait identifié une unité économique et sociale dont le périmètre serait différent du cadre identifié par le protocole sera alors requalifié en accord de groupe en raison de la possibilité d'identifier un groupe dans le cadre de la participation financière. La Cour de cassation considère que l'incompatibilité entre les notions d'unité économique et sociale et de groupe revient à interdire de faire coïncider les périmètres du groupe et de l'unité économique et sociale comme cadre de mise en place de la représentation du personnel⁽¹⁸⁰⁾. Le professeur Vatinet s'est demandé si les conséquences de l'incompatibilité des deux notions pouvaient affecter les fonctions de l'unité économique et sociale comme cadre des accords de participation⁽¹⁸¹⁾. Il apparaît que cette incompatibilité fonctionnelle trouve ses limites lorsque l'unité économique et sociale est envisagée comme cadre de mise en place de dispositifs de participation financière.

quement indépendantes, mais ayant établi entre elles des liens financiers et économiques, ne postule pas l'existence d'une unité économique et sociale (Cass. soc., 13 oct. 2010, pourvoi n° 09-60.473 : *RJS* 12/2010, n° 948). – Pour un commentaire détaillé de cet arrêt, cf. J. Daniel, *Un accord d'intéressement de groupe n'implique-t-il pas la reconnaissance d'une UES ?* : *JCP S* 2010, 1514.

(176) R. Vatinet, *Portée de la reconnaissance conventionnelle d'une unité économique et sociale*, note ss Cass. soc., 12 juill. 2006 : *JCP S* 2006, 2013.

(177) C. trav., art. L. 3322-2.

(178) Cass. soc., 31 mars 2009, pourvoi n° 08-60.494 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 96.

(179) J.-S. Lipski, *Modalités de reconnaissance d'une unité économique et sociale* : *JCP S* 2009, 1475.

(180) Cass. soc., 25 janv. 2006, pourvoi n° 04-60.234 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 34.

(181) R. Vatinet, *Incompatibilité entre les notions d'unité économique et sociale et de groupe*, note ss Cass. soc., 25 janv. 2006 : *JCP S* 2006, 1281.

c) Le projet

228. – La souplesse dans l'espace et dans le temps est la principale caractéristique de l'intéressement de projet⁽¹⁸²⁾. Les entreprises susceptibles de mettre en place cet intéressement sont celles qui disposent déjà d'un accord d'intéressement⁽¹⁸³⁾ et qui concourent avec d'autres à une activité caractérisée et coordonnée⁽¹⁸⁴⁾. Pour certains auteurs, l'activité serait précisément identifiée et organisée sur une base contractuelle. Pourraient mettre en place un intéressement de projet les entreprises qui ont conclu des contrats de sous-traitance, de *joint venture*, coopération entre plusieurs entreprises pour la réalisation d'une opération identifiée, ou des contrats de partenariat⁽¹⁸⁵⁾. Les entreprises doivent être juridiquement distinctes mais peuvent être des filiales d'un même groupe ou appartenir à une même unité économique et sociale. Peuvent être bénéficiaires les salariés d'un groupe ainsi que les sous-traitants et les partenaires de ce groupe sur un même site. L'accord doit être négocié entre les différents employeurs pris individuellement⁽¹⁸⁶⁾, conformément aux dispositions prévues pour l'organisation d'un plan d'épargne interentreprises⁽¹⁸⁷⁾.

Lorsque l'intéressement de projet est mis en place, le projet pour lequel l'intéressement est instauré doit être commun à plusieurs entreprises. Il peut être établi dans une entreprise en dépit du fait que les autres entreprises parties prenantes au projet ne souhaitent pas y participer. Le cas échéant, l'accord d'intéressement de projet décliné au sein d'une entreprise partie au projet fera obligatoirement référence au projet commun, mais réservera le bénéfice de cet intéressement aux seuls salariés de l'entreprise⁽¹⁸⁸⁾. L'intéressement de projet peut donc être mis en place lorsqu'au moins deux entreprises ont un projet commun. En raison de l'objet et du cadre particuliers de cette modalité d'intéressement, se pose la question de la durée de l'accord d'intéressement de projet. La notion de projet suppose une limitation dans le temps qui peut être supérieure ou inférieure à l'année (par exemple, si le

(182) A. Sauret, *Participation, actionnariat salarié, épargne salariale*, *Décideurs : Stratégie Finance Droit* 2007, n° 85, p. 68, spéc. p. 69.

(183) En application de l'adage *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, le fait que l'intéressement préexistant soit un intéressement aux performances ou aux résultats est indifférent. En tout état de cause, l'intéressement de projet pourra être mis en place. Les salariés qui participent au projet devraient pouvoir bénéficier, sur un même exercice, des primes d'intéressement attribuées au titre de l'intéressement de projet dont ils sont bénéficiaires, en plus des sommes versées au titre de l'intéressement propre à l'entreprise partie au projet. Ce cumul revient à avantager les salariés qui participent au projet par rapport à ceux qui n'y participent pas, alors même qu'ils travaillent au sein de la même entreprise (G. Bordier, *Les apports de la loi du 30 décembre 2006 relative au développement de la participation et de l'actionnariat salarié* : JCP S 2007, 1216).

(184) C. trav., art. L. 3312-6.

(185) R. Vatinet, *Développement de la participation des salariés (L. n° 2006-1770, 30 décembre 2006, Titre I)* : JCP S 2007, 1001, n° 23.

(186) C. trav., art. L. 3312-6 et L. 3333-2. L'administration a toutefois réduit le champ d'application de cet article à l'intéressement de projet. Elle considère qu'en renvoyant aux dispositions relatives à la mise en place d'un plan d'épargne interentreprises, le Code du travail a expressément prévu l'approbation de l'accord d'intéressement de projet, dans les mêmes termes, au sein de chacune des entreprises (Circ. n° DSS/5B/DGT/RT3/2007/199, 15 mai 2007, relative à la mise en œuvre de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, question n° 17).

(187) N. Mingant, *La loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié* : *Lexbase hebdo* 25 janv. 2007, n° 245. – A. Serrano, *Philosophie et application de la réforme de l'épargne salariale et des dividendes du travail : le point de vue de Maître Alain Sauret* : *Lexbase hebdo* 19 avr. 2007, n° 256.

(188) C. Massot-Cazaux, *L'épargne salariale – Dispositifs et mise en œuvre*, Gereso édition, 2^e éd. 2009, p. 87. – Circ. n° DSS/5B/DGT/RT3/2007/199, 15 mai 2007, relative à la mise en œuvre de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, question n° 19.

projet est divisé en étapes)⁽¹⁸⁹⁾. Le champ d'application personnalisé et original de ce dispositif suggère qu'il soit de même durée que le projet⁽¹⁹⁰⁾, dans la limite de trois années, l'accord devant être négocié dans les conditions relatives à la mise en place de l'intéressement⁽¹⁹¹⁾.

2° Une pluralité d'entités dotée de la personnalité morale

229. – La notion de groupe doit être distinguée des groupements de sociétés ou d'entreprises qui reposent généralement sur une collaboration égalitaire alors que le groupe se caractérise par la dépendance de sociétés contrôlées envers la société dominante⁽¹⁹²⁾. Nous examinerons successivement les cadres de mise en place de l'intéressement et de la participation que constituent le groupement d'intérêt économique (a) et le groupement d'employeurs (b).

a) Le groupement d'intérêt économique

230. – Le groupement d'intérêt économique est un rassemblement d'entités au sein duquel peuvent être mis en place des dispositifs d'intéressement des salariés aux résultats ou aux performances de l'entreprise (1) ainsi que des dispositifs de participation aux résultats (2).

1) L'intéressement aux performances ou aux résultats

231. – Le but d'un groupement d'intérêt économique est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de leur activité. Il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même⁽¹⁹³⁾. Il paraît difficile de mettre en place un intéressement aux résultats au sein d'un groupement d'intérêt économique car son activité ne peut avoir qu'un caractère secondaire par rapport à l'activité économique de ses membres. Pour autant, le groupement d'intérêt économique n'est pas exclu des entreprises visées par l'article L. 3311-1 du Code du travail⁽¹⁹⁴⁾. Se prévalant du fait que l'intéressement peut être mis en place au sein d'un groupe de sociétés établies dans plusieurs États membres de l'Union européenne⁽¹⁹⁵⁾, certains auteurs considèrent que le groupement européen d'intérêt économique peut également constituer un cadre de mise en place de l'intéressement⁽¹⁹⁶⁾.

A priori, seul un intéressement aux performances pourrait être mis en place. Les performances peuvent se mesurer par l'atteinte d'objectifs de qualité, de sécurité, de satisfaction de la clientèle ou par l'amélioration de la productivité⁽¹⁹⁷⁾. Ces paramètres sont quantifiables et vérifiables au sein d'un groupement d'intérêt économique en raison de son objet. L'intéressement aux résultats doit se référer à des

(189) A. Cormier Le Goff et A. Lemercier, *Les apports de la loi du 30 décembre 2006 en matière de participation et d'actionnariat salarié* : Dr. soc. 2007, p. 152, spéc. p. 154.

(190) A. Sauret, *Les dividendes du travail* : LPA 8 févr. 2007, n° 27, p. 4, spéc. p. 7.

(191) C. trav., art. L. 3312-6, al. 3.

(192) G. Picca, *Entreprise et unité économique et sociale*, in *Études offertes à Jacques Barthélémy*, p. 9, spéc. p. 13.

(193) C. com., art. L. 251-1.

(194) Cass. soc., 1^{er} juin 2005, pourvoi n° 03-30.295 : Bull. civ. 2005, V, n° 186 ; RJS 8-9/2005, n° 881.

(195) C. trav., art. L. 3315-4.

(196) C. Ahumada, *Intéressement et groupement d'intérêt économique* : RPDS nov. 2005, n° 727, p. 365.

(197) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 4 II : JO 1^{er} nov., p. 17179.

indicateurs financiers ou comptables qui mesurent la rentabilité économique ou financière de l'entreprise⁽¹⁹⁸⁾. L'activité d'un groupement d'intérêt économique ne peut avoir qu'un caractère secondaire par rapport à l'activité économique de ses membres mais doit leur permettre de réaliser certaines actions communes⁽¹⁹⁹⁾. Il ne pourra donc pas proposer à ses salariés de percevoir un intéressement qui serait calculé en fonction de ses propres résultats⁽²⁰⁰⁾.

232. – Il convient d'opérer une distinction entre le cadre de mise en place d'un accord d'intéressement et le périmètre des entreprises dont les résultats sont pris en compte pour le calcul des primes versées aux salariés couverts⁽²⁰¹⁾. La jurisprudence considère que pour le calcul de l'intéressement au sein d'un groupement d'intérêt économique, l'accord d'intéressement conclu peut prendre en compte les résultats des entreprises, membres du groupement⁽²⁰²⁾. Une solution similaire a été retenue à propos d'une entreprise qui avait pris en compte⁽²⁰³⁾ les résultats du groupe auquel elle appartenait pour calculer le montant de l'intéressement qu'elle avait dégagé⁽²⁰⁴⁾. Il en résulte qu'un groupement d'intérêt économique constitue un cadre de mise en place de l'intéressement des salariés aux résultats de l'entreprise. La loi du 30 décembre 2006⁽²⁰⁵⁾ a consacré cette solution jurisprudentielle en précisant que l'intéressement aux résultats des salariés d'un groupement d'intérêt économique peut prendre en compte les résultats ou les performances des entreprises qui en sont membres⁽²⁰⁶⁾.

2) La participation aux résultats

233. – Dans la formule de calcul de la réserve spéciale de participation, le bénéfice net est calculé en soustrayant du bénéfice retenu pour être imposé au taux de droit commun de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés, l'impôt sur les sociétés ou l'impôt sur le revenu correspondant. En l'absence d'un bénéfice imposable, un paramètre indispensable au calcul de la réserve spéciale de participation manque. Cette corrélation est rappelée par le Conseil d'État qui considère que les sociétés de course parisiennes, membres du Pari Mutuel Urbain⁽²⁰⁷⁾, qui n'avaient pas effectivement acquitté d'impôt sur les bénéfices en raison de leur qualité d'as-

(198) *Ibid.*

(199) M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 24^e éd. 2011, n° 1358.

(200) Note ss Cass. soc., 1^{er} juin 2005, pourvoi n° 03-30.295 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 186 ; *RJS* 8-9/2005, n° 881. – *Contra*, G. Bordier, *Les apports de la loi du 30 décembre 2006 relative au développement de la participation et de l'actionnariat salarié* : *JCP S* 2007, 1216.

(201) P. Morvan, *Intéressement et GIE*, note ss Cass. soc., 1^{er} juin 2005 : *JCP S* 2005, 1101.

(202) Cass. soc., 1^{er} juin 2005, pourvoi n° 03-30.295 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 186 ; *RJS* 8-9/2005, n° 881.

(203) Le professeur Vatinet a considéré que l'expression utilisée laissait supposer que la formule d'intéressement choisie n'était peut-être pas exclusivement indexée sur les résultats du groupe, ceux-ci étant seulement un élément pris en compte, en plus des résultats ou des performances de l'entreprise elle-même. La formule de calcul de l'intéressement prévue par un accord d'entreprise n'a donc pas à procéder directement et exclusivement des seuls résultats de l'entreprise elle-même (R. Vatinet, *Détermination de l'assiette des cotisations dans un groupe de sociétés*, note ss Cass. soc., 28 mars 2006 : *JCP S* 2006, 1550).

(204) Cass. soc., 28 mars 2006, pourvoi n° 04-30.211 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 125. – Cass. soc., 16 mai 2007, pourvoi n° 05-17.288 : *RJS* 7/2007, n° 878, à propos d'un intéressement qui prenait en compte les résultats de certaines des entreprises du groupe.

(205) L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006, pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, art. 7 (*JO* 31 déc., p. 20210).

(206) C. trav., art. L. 3314-3.

(207) Créé en 1930, le PMU est doté depuis 1985 d'un statut de Groupement d'intérêt économique (GIE).

sociation sans but lucratif⁽²⁰⁸⁾ n'étaient pas soumises à l'obligation de garantir le droit des salariés à participer aux résultats de l'entreprise⁽²⁰⁹⁾.

234. – Le groupement d'intérêt économique et le groupement européen d'intérêt économique ne sont pas tenus de mettre en place un dispositif de participation aux résultats de l'entreprise car ils ne sont pas passibles de l'impôt sur les sociétés⁽²¹⁰⁾. Chacun des membres de ces groupements est personnellement passible, pour la part des bénéfices correspondant à ses droits, soit de l'impôt sur le revenu, soit de l'impôt sur les sociétés s'il s'agit de personnes morales relevant de cet impôt⁽²¹¹⁾, au même titre que le groupement européen d'intérêt économique⁽²¹²⁾.

Dans l'hypothèse où un groupement d'intérêt économique remplit la condition d'emploi habituel requise en matière de participation aux résultats, exerce une activité commerciale qui lui a permis de réaliser des bénéfices pour ses membres et qu'il est admis que le bénéfice net fiscal servant de base de calcul à la réserve spéciale de participation doit être déterminé selon les mêmes modalités que celles prévues à l'égard des sociétés soumises au régime fiscal des sociétés de personnes, comme attesté par l'inspection des impôts, le régime de la participation aux résultats est applicable⁽²¹³⁾.

La juridiction administrative considère que l'obligation de mettre en place la participation des salariés aux résultats au sein d'une entreprise de plus de cinquante salariés est subordonnée au paiement par cette même entreprise d'un impôt sur les bénéfices réalisés. La juridiction judiciaire considère que le seul fait de dégager un bénéfice imposable fait naître l'obligation de mettre en place la participation des salariés aux résultats de l'entreprise. Cette solution résulte d'une interprétation stricte de la lettre du texte qui vise le bénéfice net fiscal à prendre en compte pour le calcul de la réserve spéciale de participation. Les dispositions légales ne font pas référence au fait que l'entreprise doit s'être acquittée du paiement de l'impôt. Cette distinction entre l'entreprise qui réalise un bénéfice et l'entreprise qui paye l'impôt a pour avantage d'étendre le cadre de la mise en place de la participation aux résultats à des entreprises qui sont exonérées du paiement de l'impôt. Le groupement d'intérêt économique peut élaborer un accord de participation commun applicable à ses adhérents ou à lui-même.

b) Le groupement d'employeurs

235. – À l'instar du groupement d'intérêt économique, il convient d'envisager dans quelle mesure le groupement d'employeurs peut servir de lieu de mise en place d'un dispositif d'intéressement (1) ou de participation (2).

(208) Cass. soc., 2 mars 1989, pourvoi n° 86-15.987 ; *Lamy Rémunérations complémentaires*, t. 1, 2012, n° 301-9.

(209) CE, 10 déc. 1999, n° 192453 (mentionné dans les tables du *Recueil*). – *Contra*, CAA Paris, 14 oct. 1997, n° 95-3930 : RJS 3/1998, n° 341.

(210) CGI, art. 206.

(211) CGI, art. 239 *quater*.

(212) CGI, art. 239 *quater* C.

(213) CA Versailles, 14 juin 2001, n° 1999-3695 : RJS 4/2002, n° 518.

1) L'intéressement aux résultats ou aux performances

236. – Le législateur⁽²¹⁴⁾ s'est approprié l'analyse retenue par la Cour de cassation à propos des groupements d'intérêt économique et l'a élargie au groupement d'employeurs⁽²¹⁵⁾. Certains auteurs ont pu mettre en cause la pertinence de cette transposition en se prévalant du fait que les groupements d'intérêt économique échappent à l'impôt sur les sociétés, ce qui n'est pas le cas des groupements d'employeurs⁽²¹⁶⁾. Juger de la pertinence de cette mesure par un argument fondé sur le régime fiscal n'est pas satisfaisant. Sa mise en œuvre nécessiterait effectivement qu'une clé de prise en compte des résultats des entreprises utilisatrices soit préalablement définie mais un avantage certain en résulte : l'élargissement des modalités d'intéressement pour la mise en place de ce dispositif au sein d'un groupement d'employeurs.

2) La participation aux résultats

237. – Un groupement d'employeurs peut être constitué sous la forme d'une association ou d'une société coopérative⁽²¹⁷⁾. Il peut avoir des résultats bénéficiaires, sans pour autant pouvoir partager les bénéfices réalisés entre les membres⁽²¹⁸⁾. Association à but non lucratif, le groupement peut exercer des activités lucratives éventuellement imposables. Le but recherché ne doit pas être le partage de bénéfices⁽²¹⁹⁾. La nature particulière du groupement d'employeurs a créé une incertitude en raison de l'association à but non lucratif qu'il constitue et du fait qu'il est soumis à l'impôt sur les sociétés⁽²²⁰⁾.

La possibilité de mettre en place un dispositif de participation aux résultats au sein d'un groupement d'employeurs peut être discutée. Un amendement⁽²²¹⁾ fut proposé lors des débats parlementaires relatifs à la loi du 3 décembre 2008. Il était précisé que son objet était « d'ouvrir le droit à l'intéressement, à la participation et à l'épargne salariale au bénéfice des salariés d'un groupement d'employeurs étant entendu que celui-ci, par nature, ne réalise pas de bénéfices »⁽²²²⁾. Certains auteurs considèrent que « ce n'est pas parce que les groupements d'employeurs sont constitués sous forme associative qu'il leur est interdit d'avoir des résultats bénéficiaires »⁽²²³⁾. Il convient de distinguer le fait pour une association de réaliser des

(214) L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006, pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, art. 7 (JO 31 déc., p. 20210).

(215) C. trav., art. L. 3314-3.

(216) O. Pouey, *Groupements d'employeurs : les difficultés des relations triangulaires* : JCP S 2007, 1807, n° 16.

(217) C. trav., art. L. 1253-2.

(218) P. Fadeuilhe, *Groupements d'employeurs et dispositifs d'épargne salariale – Les apports de l'article 7 de la loi du 3 décembre 2008* : JCP S 2009, 1062.

(219) P. Fadeuilhe, *Les groupements d'employeurs : difficultés juridiques* : BS Lefebvre 3/2002, p. 149, spéc. p. 151, n° 13.

(220) P. Fadeuilhe, *Groupements d'employeurs et dispositifs d'épargne salariale – Les apports de l'article 7 de la loi du 3 décembre 2008* : JCP S 2009, 1062, n° 3.

(221) Cet amendement est à l'origine des dispositions légales aujourd'hui applicables et qui permettent, sous certaines conditions, de faire bénéficier les salariés mis à disposition d'entreprises adhérentes à un groupement d'employeurs de bénéficier de l'intéressement, de la participation ou du plan d'épargne d'entreprise mis en place au sein des entreprises adhérentes.

(222) J.-C. Taugourdeau, amendement n° 4 rectifié, déposé le 17 septembre 2008, adopté le 22 septembre 2008.

(223) P. Fadeuilhe, *Groupements d'employeurs et dispositifs d'épargne salariale – Les apports de l'article 7 de la loi du 3 décembre 2008* : JCP S 2009, 1062, n° 9.

bénéfices, opération licite, et le fait de les partager entre ses membres, opération illicite dans le cas d'une association⁽²²⁴⁾.

238. – Le groupement d'employeurs est effectivement soumis à l'impôt sur le revenu. Les sommes alors imposées peuvent être prises en compte pour le calcul du bénéfice net comptable exigé par les textes. Par ailleurs, une association, en particulier un groupement d'employeurs, possède des capitaux propres. Les capitaux propres comprennent, outre le montant du capital social, les réserves antérieurement constituées ou les pertes qui n'ont pu être apurées⁽²²⁵⁾. Le calcul de la réserve spéciale de participation conformément à la formule légale est envisageable au sein d'un groupement d'employeurs.

Il convient de distinguer, d'une part, le groupement comme cadre de mise en place des dispositifs de participation financière et, d'autre part, les dispositifs de participation financière dont peuvent bénéficier les salariés du groupement d'employeurs qui sont mis à disposition des entreprises membres du groupement. La loi précise que c'est en l'absence d'un tel dispositif mis en place au sein d'un groupement que le salarié mis à disposition d'une entreprise adhérente peut être admis au bénéfice du dispositif de participation organisé au sein de cette dernière. *A contrario*, s'il existe un accord de participation dans un groupement d'employeurs, le salarié mis à disposition ne sera pas en droit de bénéficier du dispositif mis en place au sein de l'entreprise d'accueil adhérente. Il découle de l'ensemble de ces éléments qu'un dispositif de participation aux résultats peut être mis en place au sein d'un groupement d'employeurs, en dépit de sa qualité d'association à but non lucratif. Le groupement d'employeurs est un cadre d'organisation des dispositifs de participation financière, au même titre que le groupement d'intérêt économique. Tout organisme à but non lucratif n'échappe donc pas à l'obligation de mettre en place un dispositif de participation aux résultats.

SECTION 2

LES MODALITÉS DE LA MISE EN PLACE

239. – Deux modalités d'organisation des dispositifs de participation financière sont identifiables. En principe, la mise en place doit être négociée (§ 1). À défaut, une mise en place non négociée est envisageable (§ 2).

§ 1. – La mise en place négociée

240. – Un dispositif de participation financière peut être négocié dans le cadre d'une convention ou d'un accord collectif de travail, par accord entre l'employeur et les représentants d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ou

(224) *Ibid.*

(225) M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 24^e éd. 2011, n° 245.

au sein du comité d'entreprise⁽²²⁶⁾. La négociation d'un accord de participation aux résultats présente un intérêt pour l'entreprise assujettie à cette obligation lorsqu'une formule de calcul dérogatoire est retenue : si la participation versée excède la participation de droit commun, l'entreprise peut constituer une provision pour investissement⁽²²⁷⁾. Selon le vecteur utilisé, la négociation sera conduite avec (A) ou sans (B) les syndicats.

A. – Une négociation conduite avec les syndicats

241. – Le dispositif de participation financière peut être négocié avec les organisations syndicales dans la branche (1°) ou dans l'entreprise (2°).

1° Une négociation menée dans la branche⁽²²⁸⁾

242. – La mise en place d'un accord-cadre de participation financière est possible au niveau de la branche (a). Les entreprises de la branche peuvent y adhérer selon différentes modalités (b).

a) La mise en place d'un accord-cadre dans la branche

243. – Le Code du travail précise que les dispositifs de participation financière peuvent être négociés « par convention ou accord collectif de travail »⁽²²⁹⁾ ou au niveau de la branche⁽²³⁰⁾. Ces deux modalités sont envisagées séparément, les références expresses à la négociation de branche étant issues de dispositions légales postérieures⁽²³¹⁾ aux textes d'origine relatifs à la participation financière. Faut-il en déduire que l'expression « la convention ou l'accord collectif de travail » excluait l'accord de branche et ne renvoyait qu'à l'accord d'entreprise ? Une réponse affirmative impliquerait que l'expression utilisée ne vise que les conventions et accords conclus au sein de l'entreprise avec les délégués syndicaux, conformément au droit commun de la négociation collective. La référence à l'accord conclu entre l'employeur et les représentants d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ne viserait alors que l'hypothèse de l'accord négocié avec un salarié mandaté⁽²³²⁾.

Lorsqu'un accord d'intéressement ou de participation est conclu par l'employeur avec les représentants d'organisations syndicales, les documents déposés auprès de l'autorité administrative comportent la mention que ces représentants ont la qualité de délégués syndicaux ; à défaut, est joint le texte du mandat les habi-

(226) C. trav., art. L. 3312-5, L. 3322-6.

(227) C. Massot-Cazaux, *L'épargne salariale, dispositifs et mise en œuvre*, Gereso édition, 2^e éd. 2009, p. 47. La provision pour investissement est envisagée par l'article 237 bis A du Code général des impôts. Un accord de participation volontaire y ouvre également droit. Le régime fiscal de la provision pour investissement a été modifié par l'article 13 de la loi n° 2012-958 du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012.

(228) Sur le rôle de la branche dans la mise en place des dispositifs de participation financière, cf. J.-S. Lipski, *La branche comme vecteur de généralisation des dispositifs d'association du capital et du travail* : CDE sept.-oct. 2010, n° 5, dossier 29.

(229) C. trav., art. L. 3312-5, L. 3322-6.

(230) C. trav., art. L. 3312-8 et L. 3322-9.

(231) L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006, pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, art. 9 (JO 31 déc., p. 20210). – L. n° 2008-1258, 3 déc. 2008, en faveur des revenus du travail, art. 3 (JO 4 déc., p. 18488).

(232) V. *infra*, n° 249 et s.

litant à signer l'accord⁽²³³⁾. Il en résulte que les représentants d'organisations syndicales représentatives avec lesquels l'employeur négocie l'accord d'entreprise porteur d'un dispositif de participation financière renvoie non seulement au salarié mandaté, mais également au délégué syndical. Un accord de branche d'intéressement peut également ouvrir des choix aux parties signataires au niveau de l'entreprise⁽²³⁴⁾. Il convient de considérer que l'expression « la convention ou l'accord collectif de travail » désigne non seulement l'accord d'entreprise autre que celui négocié avec un délégué syndical ou un salarié mandaté⁽²³⁵⁾, mais également l'accord de branche. Il n'était pas nécessaire que les lois du 30 décembre 2006 et du 3 décembre 2008 précisent qu'un accord d'intéressement ou de participation pouvait être conclu au niveau de la branche.

b) L'adhésion à l'accord-cadre mis en place dans la branche

244. – Les modalités d'adhésion à un accord-cadre étaient prévues par l'administration (1) mais les lois du 30 décembre 2006 et du 3 décembre 2008 ont fixé d'autres modalités (2).

1) Les modalités d'adhésion prévues par l'administration

245. – Dès l'origine, la mise en place des dispositifs de participation financière au niveau d'une branche était possible. L'administration considérait que lorsqu'une entreprise entrait dans le champ d'application d'un accord de branche instituant un dispositif de participation financière, l'application de cet accord dans l'entreprise pouvait résulter d'une décision unilatérale du chef d'entreprise ou de la volonté exprimée par les partenaires sociaux dans l'entreprise⁽²³⁶⁾. Une simple notification à l'autorité administrative suffisait⁽²³⁷⁾. De droit commun, l'adhésion d'une entreprise à un accord de branche qui ne lui est pas, *a priori*, applicable, est subordonnée à l'agrément de toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise⁽²³⁸⁾ avec lesquelles une négociation doit être menée sur le sujet⁽²³⁹⁾.

En l'absence d'extension, la modalité d'adhésion simplifiée envisagée par l'administration concernait les entreprises membres d'organisations signataires de l'accord de branche. La liberté de choix d'appliquer l'accord de participation financière conclu à ce niveau leur était ouverte. Cet acte d'adhésion devait, en tout état de cause, être notifié à l'administration⁽²⁴⁰⁾. Lorsqu'une entreprise n'entrait pas dans le champ d'application de l'accord de branche, l'acte d'adhésion devait recueillir l'agrément des organisations syndicales de salariés signataires de l'accord, conformément au droit commun de la négociation collective. Elle devait également être adressée à l'autorité administrative⁽²⁴¹⁾.

(233) C. trav., art. D. 3345-1.

(234) C. trav., art. D. 3313-2.

(235) V. *infra*, n° 252 et s.

(236) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 3 I ; Dossier Participation, fiche 2 I : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(237) C. trav., art. D. 3313-2.

(238) B. Teyssié, *Droit du travail – Relations collectives*, Litec, 7^e éd. 2011, p. 698, n° 1295, spéc. p. 699.

(239) C. trav., art. L. 2261-6.

(240) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 3 I : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(241) *Ibid.*

2) Les modalités d'adhésion prévues par la loi

246. – Les entreprises qui le souhaitent bénéficient du régime d'intéressement susceptible d'être établi au niveau de la branche et concluent à cet effet un accord dans les conditions prévues à l'article L. 3312-5⁽²⁴²⁾. L'objet de cette mesure est de faciliter la diffusion de l'intéressement au sein des plus petites entreprises, où il est plus difficile à mettre en place⁽²⁴³⁾. L'idée était d'instaurer au niveau de la branche un accord-type auquel les entreprises pourraient librement s'adhérer⁽²⁴⁴⁾. Parce que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »⁽²⁴⁵⁾, lorsqu'un accord de branche a été conclu, toutes les entreprises membres d'une organisation signataire ou d'organisations adhérentes à une organisation signataire⁽²⁴⁶⁾ de cet accord ont l'obligation d'appliquer les dispositions qui y sont prévues⁽²⁴⁷⁾.

L'application d'un accord de branche aux entreprises qui entrent dans son champ d'application s'effectue en principe de plein droit. La règle supporte un tempérament lorsqu'un accord d'intéressement de branche a été conclu. Les entreprises qui le souhaitent peuvent bénéficier du régime mis en place à ce niveau⁽²⁴⁸⁾. En l'absence d'extension de l'accord de branche, cette liberté de choix ne peut être ouverte qu'aux entreprises non membres des organisations signataires ou d'organisations adhérentes aux organisations signataires. Pour que les entreprises membres d'organisations signataires soient admises au bénéfice de l'option, il conviendrait de prévoir dans l'accord de branche qui institue l'accord-cadre d'intéressement la nécessité de sa transposition par voie d'accord collectif pour qu'il soit applicable.

247. – Il est difficile d'appliquer directement un accord-type d'intéressement conclu au niveau de la branche ; une adaptation à la réalité de l'entreprise est nécessaire. Certains parlementaires avaient considéré que « les entreprises qui le souhaitent pourront bénéficier de ces régimes, sous la forme d'un canevas proposé au niveau des branches, à condition que celui-ci soit décliné, au niveau de l'entreprise, dans les conditions de droit commun »⁽²⁴⁹⁾. L'accord que doit conclure l'entreprise qui souhaite bénéficier du régime mis en place au niveau de la branche ne peut être un simple accord d'adhésion. Il doit être un accord d'intéressement dont la structure est très proche de celle prévue par l'accord passé au niveau de la branche. Cette possibilité était déjà envisagée pour le dépôt d'un accord d'intéressement contenant les choix ouverts par l'accord de branche⁽²⁵⁰⁾.

248. – Le Code du travail permettait de négocier un accord de participation au niveau de la branche jusqu'au 30 décembre 2009⁽²⁵¹⁾. Cette mesure s'expliquait par la volonté du législateur d'instaurer un accord-cadre de participation. La participa-

(242) C. trav., art. L. 3312-8.

(243) G. Cherpion : *JOAN* CR 23 sept. 2008, p. 5025.

(244) A. Vidalies : *JOAN* CR 23 sept. 2008, p. 5026.

(245) C. civ., art. 1134.

(246) Cass. soc., 3 nov. 1976, pourvoi n° 75-40.169 : *Bull. civ.* 1976, n° 549.

(247) C. trav., art. L. 2262-1.

(248) C. trav., art. L. 3312-8.

(249) G. Cherpion : *JOAN* CR 23 sept. 2008, p. 5025.

(250) C. trav., art. D. 3313-2.

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

tion aux résultats est obligatoire dans les entreprises qui emploient habituellement au moins cinquante salariés. Les spécificités de l'entreprise n'affectent pas nécessairement le contenu d'un accord de participation en raison de l'application de la formule de calcul légale. Le bénéfice net, les capitaux propres, la masse salariale et la valeur ajoutée sont des paramètres qui se retrouvent dans toute entreprise. Celle qui entre dans le champ d'application de l'obligation peut adhérer au dispositif mis en place au niveau de la branche dont elle relève par un simple acte d'adhésion négocié selon l'une des modalités spécifiques prévues pour la négociation d'un accord de participation aux résultats⁽²⁵²⁾.

2° Une négociation menée dans l'entreprise

249. – Est prévue la mise en place de dispositifs de participation financière par accord entre l'employeur et « les représentants d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ». Cette expression désigne la négociation avec les délégués syndicaux (a) et les mandataires syndicaux (b).

a) La négociation avec les délégués syndicaux

250. – Un accord d'intéressement ou de participation ou un plan d'épargne d'entreprise peut être conclu autrement que dans le cadre d'une convention ou d'un accord collectif de branche. Si l'accord a été conclu entre l'employeur et les représentants d'organisations syndicales représentatives, les documents déposés à l'unité territoriale de la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi comportent la mention que ces représentants ont la qualité de délégués syndicaux ; à défaut, est joint le texte du mandat les habilitant à signer l'accord⁽²⁵³⁾. L'accord de participation financière conclu entre l'employeur et les représentants d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise désigne également l'accord d'entreprise intervenu avec le délégué syndical, contrairement à ce que préconisait l'administration⁽²⁵⁴⁾.

Les représentants d'organisations syndicales représentatives visés par les textes désignent le délégué syndical, le salarié mandaté, le représentant de la section syndicale ou toute autre personne ou institution susceptible d'être mandatée par les organisations syndicales. À l'exception de l'hypothèse de la négociation avec le délégué syndical, l'accord est conclu par des personnes qui ont reçu un mandat spécifique d'une organisation syndicale, dont la représentativité s'apprécie conformément au droit commun.

b) La négociation avec des mandataires syndicaux

251. – Les mandataires syndicaux visés sont le salarié mandaté (1) et le représentant de la section syndicale (2).

(252) C. trav., art. L. 3322-6.

(253) C. trav., art. D. 3345-1.

(254) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 3 I ; Dossier Participation, fiche 2 I ; JO 1^{er} nov., p. 17179.

1) La négociation avec un salarié mandaté

252. – **L'origine de cette modalité de négociation...** L'ordonnance du 7 janvier 1959 prévoyait déjà la conclusion d'un accord d'intéressement entre « les représentants, membres du personnel de l'entreprise, de syndicats affiliés aux organisations syndicales les plus représentatives dans la branche d'activité »⁽²⁵⁵⁾. Cette modalité fut reprise par l'ordonnance du 17 août 1967⁽²⁵⁶⁾. L'ordonnance du 21 octobre 1986⁽²⁵⁷⁾ n'exigeait plus que les représentants des organisations syndicales représentatives fassent partie du personnel de l'entreprise⁽²⁵⁸⁾. Elle se contentait d'imposer la représentativité des organisations syndicales au niveau de l'entreprise⁽²⁵⁹⁾. La possibilité de conclure des conventions et accords collectifs de travail avec le salarié mandaté, sans que les accords ainsi négociés s'analysent comme des accords atypiques, était ouverte en matière de participation financière. L'idée selon laquelle « la négociation engagée avec un salarié mandaté est par essence une négociation syndicale »⁽²⁶⁰⁾ trouvait traduction lors de la mise en place de l'intéressement, de la participation ou d'un plan d'épargne d'entreprise.

Le 25 janvier 1995, la Cour de cassation a admis que « si dans les entreprises où les délégués syndicaux peuvent être légalement désignés, ceux-ci sont seuls habilités à négocier et à signer les accords d'entreprise, ces accords peuvent être valablement négociés et signés dans les entreprises qui ne remplissent pas les conditions légales pour avoir des délégués syndicaux par des salariés titulaires d'un mandat donné par un syndicat représentatif »⁽²⁶¹⁾. Prolongeant le propos, l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995⁽²⁶²⁾ puis la loi du 12 novembre 1996⁽²⁶³⁾, à titre expérimental, ont retenu l'idée du mandatement d'un salarié de l'entreprise par une organisation syndicale représentative en vue d'une négociation déterminée⁽²⁶⁴⁾. Dans la ligne ainsi tracée, la loi du 19 janvier 2000⁽²⁶⁵⁾ a conféré aux accords de réduction du temps de travail conclus avec des salariés mandatés la nature d'accord collectif d'entreprise. Cette « alternative subsidiaire éphémère »⁽²⁶⁶⁾ à la négo-

(255) Ord. n° 59-126, 7 janv. 1959, tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise, art. 1^{er} (JO 9 janv., p. 641).

(256) Ord. n° 67-693, 17 août 1967, relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises, art. 10 (JO 18 août, p. 8288).

(257) Ord. n° 86-1134, 21 oct. 1986, relative à l'intéressement et à la participation aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat salarié, art. 1^{er} et 16 (JO 23 oct., p. 12771).

(258) En théorie, il paraît donc possible de conclure un accord de participation financière avec un représentant qui ne ferait pas partie du personnel de l'entreprise. En pratique, cette hypothèse n'a que peu de chance de trouver une traduction concrète. Le salarié mandaté par une organisation syndicale représentative dans l'entreprise sera majoritairement employé par l'entreprise qui envisage de mettre en place un dispositif de participation financière qu'il a vocation à négocier.

(259) L'ordonnance du 21 octobre 1986 renvoyait à l'article L. 423-2 du Code du travail qui disposait que « tout syndicat affilié à une organisation représentative sur le plan national est considéré comme représentatif dans l'entreprise ».

(260) C. Fourcade, *L'autonomie collective des partenaires sociaux – Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. social », 2006, t. 43, p. 228, n° 300, spéc. p. 229.

(261) Cass. soc., 25 janv. 1995, pourvoi n° 90-45.796 : *Bull. civ.* 1995, V, n° 40.

(262) ANI 31 oct. 1995 relatif aux négociations collectives, www.uimm.fr.

(263) L. n° 96-985, 12 nov. 1996, relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective, art. 6 (JO 13 nov., p. 16527).

(264) G. Béliet et H.-J. Legrand, *La négociation collective en entreprise*, éd. Liaisons, 2011, n° 328.

(265) L. n° 2000-37, 19 janv. 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail (JO 20 janv., p. 975).

(266) C. Fourcade, *L'autonomie collective des partenaires sociaux – Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. social », 2006, t. 43, n° 291.

ciation collective de droit commun était possible car la négociation portait sur un objet défini. La loi du 4 mai 2004⁽²⁶⁷⁾ puis celle du 20 août 2008 ont consacré les évolutions précédentes.

253. – La mise en œuvre de cette modalité de négociation... Un accord collectif traitant de l'intéressement ou de la participation ou organisant un plan d'épargne d'entreprise peut être négocié avec des représentants d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. Le niveau d'appréciation de la représentativité des organisations syndicales visées diffère de ce que prévoient les dispositions relatives à la négociation collective de droit commun issues de la loi du 20 août 2008⁽²⁶⁸⁾. Selon ce texte, la négociation d'un accord collectif d'entreprise avec un salarié mandaté n'est autorisée qu'avec une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau de la branche dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et lorsqu'un procès-verbal de carence a établi l'absence de représentant élu du personnel⁽²⁶⁹⁾. La négociation d'un accord de participation financière avec le salarié mandaté n'est pas subordonnée à ces conditions.

Le mandatement syndical dans le cadre de la mise en place de dispositifs de participation financière est plus spécifique que le mandatement autorisé au titre de la négociation collective de droit commun. Ce ne sont pas nécessairement les mêmes organisations syndicales qui pourront mandater un salarié au sein d'une entreprise selon que l'accord négocié porte sur la participation financière ou une autre matière. Dès lors, la négociation avec un salarié mandaté appartenant à un établissement est admise au sein de ce dernier⁽²⁷⁰⁾. La conduite des négociations sur la participation financière conformément à cette modalité doit être acceptée dans ce cadre.

254. – L'article L. 2232-25 du Code du travail précise que chaque salarié mandaté dispose du temps nécessaire à l'exercice de ses fonctions dans la limite d'une durée qui ne peut excéder dix heures par mois. Se pose la question de savoir si cette disposition est applicable aux représentants d'organisations syndicales représentatives habilités à négocier dans l'entreprise un dispositif de participation financière. La loi nouvelle semble faire référence au salarié mandaté par une organisation syndicale représentative au niveau de la branche⁽²⁷¹⁾. Cette disposition ne paraît pas viser les salariés mandatés par une organisation syndicale représentative dans l'entreprise. En matière de participation financière, il appartient donc à l'employeur et au mandant de fixer les moyens accordés au mandataire pour l'exécution de sa mission, que l'entreprise ait un effectif inférieur ou supérieur à deux cents salariés.

En raison de l'obligation qui pèse sur le mandant d'exécuter les engagements contractés par le mandataire conformément au pouvoir qui lui a été donné, le contenu du mandat doit être précisé. Il doit déterminer précisément les conditions

(267) J.-M. Olivier, *Nouveaux acteurs : élus du personnel et salariés mandatés*, in *Le nouveau droit de la négociation collective*, éd. Panthéon-Assas, coll. « Colloques », 2004, p. 61, spéc. p. 70, n° 103.

(268) L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JO 21 août, p. 13064).

(269) C. trav., art. L. 2232-24.

(270) B. Teyssié, *Négociation d'accords collectifs par des représentants du personnel ou des salariés mandatés* : D. 2004, p. 2383, spéc. p. 2390, n° 55.

(271) V. *supra*, n° 253.

d'exercice du mandat de négociation et comporter les modalités de désignation du salarié, les termes de la négociation, les obligations d'information qui pèsent sur le mandataire et les conditions dans lesquelles s'exerce la possibilité pour le mandant de mettre fin à tout moment au mandat⁽²⁷²⁾. À défaut d'organisation syndicale représentative dans l'entreprise, une organisation syndicale représentative au niveau de la branche est en droit de mandater un salarié dans une entreprise afin qu'il négocie un dispositif de participation financière. Les dispositions légales applicables au salarié mandaté de droit commun devront alors être respectées.

255. – La souplesse de cette modalité de négociation... Après des expérimentations successives et consécutivement à la fin du processus de négociation sur la réduction du temps de travail, il a pu être affirmé que la négociation avec le salarié mandaté était une modalité de négociation très subsidiaire⁽²⁷³⁾. La participation financière est une matière qui vient contredire cette affirmation. Elle fait du salarié mandaté un partenaire permanent et principal de la négociation collective.

Le mandatement en matière de participation financière a pour objectif de favoriser la diffusion de l'intéressement, de la participation et des plans d'épargne d'entreprise. Les évolutions législatives successives tendaient à diffuser la négociation collective dans les entreprises dépourvues d'interlocuteur syndical. Elles encadraient la négociation dérogatoire afin de garantir le monopole syndical. Pourtant antérieure aux évolutions constatées, la mise en place de dispositifs de participation financière a toujours été possible sans restrictions. Aujourd'hui, le droit commun de la négociation collective tend à se rapprocher de ce qui, jadis, était l'apanage de la participation financière, « et quand on sait la place des unités de taille réduite dans le tissu économique français, les nouveaux agents pourraient bien s'imposer, en réalité, comme les premiers des négociateurs d'entreprise »⁽²⁷⁴⁾.

2) La négociation avec le représentant de la section syndicale

256. – Dans l'entreprise où est constituée au moins une section syndicale d'organisation représentative, l'employeur engage chaque année une négociation sur l'intéressement, la participation et l'épargne salariale⁽²⁷⁵⁾. Dès lors que les salariés ne sont pas couverts par un accord d'intéressement, de participation, un plan d'épargne d'entreprise, un plan d'épargne pour la retraite collectif ou par un accord de branche comportant un ou plusieurs de ces dispositifs, le représentant de la section syndicale peut-il être le négociateur d'un accord de participation ou d'intéressement ? Il bénéficie en principe des mêmes prérogatives que le délégué syndical, à l'exception du pouvoir de négocier des accords collectifs⁽²⁷⁶⁾. Une exception à cette règle a toutefois été prévue par le législateur lorsqu'en raison d'une carence au premier tour des élections professionnelles, un délégué syndical n'a pu être désigné au sein de

(272) Cons. const., déc. 6 nov. 1996, n° 96-383 DC (JO 13 nov. p. 16531).

(273) J.-M. Olivier, *Nouveaux acteurs : élus du personnel et salariés mandatés*, in *Le nouveau droit de la négociation collective*, éd. Panthéon-Assas, coll. « Colloques », 2004, p. 61, spéc. p. 70, n° 103.

(274) G. Borenfreund, *La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux* : *Dr. soc.* 2004, p. 606, spéc. p. 613.

(275) C. trav., art. L. 2242-1.

(276) C. trav., art. L. 2142-1-1.

l'entreprise ou de l'établissement ou, indépendamment de la circonstance précédente, quand aucun délégué syndical n'a été nommé dans l'entreprise ou l'établissement. Le cas échéant, un représentant de la section syndicale peut être désigné par une organisation syndicale affiliée à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel et peut alors recevoir mandat pour conclure un accord d'entreprise ou d'établissement⁽²⁷⁷⁾ afin, pour ce qui nous intéresse, de mettre en place un dispositif de participation financière.

Lorsque l'organisation syndicale mandataire est également représentative au niveau de la branche, la possibilité offerte au représentant de la section syndicale de participer à la négociation collective fait alors double emploi avec l'éventuelle désignation d'un salarié mandaté. Selon certains auteurs, « la vocation infiniment subsidiaire »⁽²⁷⁸⁾ de la négociation par le représentant de la section syndicale implique que la négociation d'une convention ou d'un accord collectif de droit commun par le salarié mandaté soit privilégiée. En l'absence d'organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou la branche, un accord de participation financière peut, en revanche, être négocié par le représentant de la section syndicale désigné par une organisation syndicale affiliée à une organisation syndicale au niveau national et interprofessionnel.

L'accord d'entreprise ou d'établissement conclu avec le représentant de la section syndicale doit être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés. À défaut d'approbation, l'accord est réputé non écrit⁽²⁷⁹⁾ : « La faible légitimité du négociateur et *a fortiori* de l'accord »⁽²⁸⁰⁾ justifie l'exigence d'une condition supplémentaire et la sévérité de la sanction. En raison de la lourdeur de la procédure de négociation d'un accord d'entreprise avec le représentant de la section syndicale, il est peu probable qu'elle fasse l'objet d'une utilisation répandue pour les négociations relatives à la participation financière. Il paraît plus adéquat de privilégier la mise en place non négociée par le biais d'un accord référendaire⁽²⁸¹⁾.

B. – Une négociation conduite sans les syndicats

257. – La négociation d'un dispositif de participation financière peut être spécialement menée dans le cadre du comité d'entreprise (1°) ou avec tout représentant élu du personnel (2°).

1° Le dialogue avec le comité d'entreprise

258. – Le comité d'entreprise peut constituer une instance de négociation des dispositifs de participation financière (a). Il constitue toujours une instance de consultation (b).

(277) C. trav., art. L. 2143-23.

(278) Y. Pagnerre, *Le représentant de la section syndicale* : JCP S 2009, 1156, n° 27.

(279) C. trav., art. L. 2232-14.

(280) Y. Pagnerre, *Le représentant de la section syndicale* : JCP S 2009, 1156, n° 30.

(281) V. *infra*, n° 271 et s.

a) Le comité d'entreprise, instance de négociation

259. – Étaient traditionnellement qualifiés d'atypiques les accords conclus avec les représentants élus dans l'entreprise en l'absence d'interlocuteur syndical habilité à négocier⁽²⁸²⁾. Cette qualification se justifiait à une époque où la négociation collective était le domaine réservé du monopole syndical. L'engagement de l'employeur constaté dans un procès-verbal de réunion du comité d'entreprise ne pouvait être assimilé à une convention collective à une époque où seules les organisations syndicales représentatives étaient compétentes pour participer aux négociations⁽²⁸³⁾. Les accords atypiques sont les accords conclus avec d'autres interlocuteurs que ceux requis par le droit de la négociation collective⁽²⁸⁴⁾. La négociation des conventions collectives avec les seules organisations syndicales connaissait une exception avec la possibilité reconnue au comité d'entreprise de négocier les accords de participation aux résultats et d'intéressement. L'accord collectif en question était conclu entre le chef d'entreprise et la délégation du personnel statuant à la majorité⁽²⁸⁵⁾.

La conclusion d'un accord collectif au sein du comité d'entreprise a été considérée « trop dérogoire au droit commun de la formation des accords collectifs pour que celui-ci puisse s'y appliquer »⁽²⁸⁶⁾. Cette affirmation est aujourd'hui obsolète au regard de la volonté du législateur de développer la négociation collective dans les entreprises, au détriment du monopole syndical. L'accord de participation financière conclu au sein du comité d'entreprise revêt la nature d'un accord collectif de droit commun. La loi reconnaissant au comité le pouvoir de négocier⁽²⁸⁷⁾, un tel accord de participation financière n'est pas un accord atypique⁽²⁸⁸⁾.

260. – La négociation au sein du comité d'entreprise se traduit par un vote de ce dernier sur la suggestion du chef d'entreprise⁽²⁸⁹⁾. Le débat relatif à un accord de participation financière peut être inscrit à l'ordre du jour d'une réunion ordinaire ou extraordinaire⁽²⁹⁰⁾. Le fait que « le comité d'entreprise a la charge d'exprimer l'intérêt collectif des personnels »⁽²⁹¹⁾ légitime cette modalité de négociation. L'accord est valable lorsqu'il est accepté par la majorité des membres du comité qui sont présents lors de la réunion de conclusion. Ces derniers peuvent mandater l'un d'eux pour la signature de l'accord⁽²⁹²⁾.

(282) J. Pelissier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 26^e éd. 2011, n° 1212, p. 1268, spéc. p. 1269.

(283) J. Savatier, *Accords d'entreprises atypiques : Dr. soc.* 1985, p. 189, spéc. p. 190.

(284) G. Bélier, *Restructurations et statut collectif : aspects pratiques : Dr. soc.* 1989, p. 71, spéc. p. 74.

(285) R. Vatinet, *La négociation au sein du comité d'entreprise : Dr. soc.* 1982, p. 675.

(286) Y. Chalaron, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, n° 135.

(287) Le comité d'entreprise a le pouvoir de négocier mais ne dispose d'aucun droit propre à la mise en place d'un régime de participation aux résultats. Il a été jugé que l'employeur qui est tenu de mettre en place un régime de participation n'a pas l'obligation d'engager une négociation à cet effet avec le comité d'entreprise (Cass. soc., 18 janv. 2011, pourvoi n° 08-19.398 : RJS 4/2011, n° 341). Selon nous, cette solution vaut également pour l'intéressement (obs. ss Cass. soc., 18 janv. 2011 : RJS 4/2011, n° 341).

(288) C. Freyria, *Les accords d'entreprises atypiques : Dr. soc.* 1988, p. 43, spéc. p. 46-47.

(289) G. Lyon-Caen, *Traité de droit du travail – Les salaires*, Dalloz, 1973, n° 127-10, p. 35, spéc. p. 36.

(290) G. Keszenbaum et S. Béal, *Négociation collective dans l'entreprise*, Delmas, 1^{re} éd. 2009, n° 92.16.

(291) J. Barthélémy, *La négociation collective d'entreprise, consensualisme ou formalisme ? : Dr. soc.* 1988, p. 401, spéc. p. 402.

(292) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 3 I ; Dossier Participation, fiche 2 I : JO 1^{er} nov., p. 17179.

Un accord de participation financière peut être conclu avec le comité constitué dans une unité économique et sociale mais dans le cas où les entreprises qui la composent veulent passer par des accords séparés, le comité d'entreprise commun n'est pas compétent pour conclure chacun d'eux. Cette pratique conduirait les membres du comité de l'unité économique et sociale à se prononcer sur des accords conclus au sein d'entreprises auxquelles ils n'appartiendraient pas nécessairement⁽²⁹³⁾. Seul l'accord de participation financière dont le champ d'application est l'unité économique et sociale peut être négocié au sein du comité d'entreprise commun. Cette faculté n'est pas offerte au comité de groupe, dépourvu de toute compétence pour la négociation des accords de participation financière⁽²⁹⁴⁾.

L'accord de groupe qui met en place un dispositif de participation aux résultats peut être conclu entre le mandataire des sociétés intéressées d'une part, et les représentants mandatés par chacun des comités d'entreprise concernés ou le ou les salariés appartenant à l'une des entreprises du groupe mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives d'autre part⁽²⁹⁵⁾. La négociation est envisagée à ce titre avec les représentants des comités d'entreprise concernés, non avec le comité de groupe. La conclusion d'un accord de participation de groupe négocié selon cette modalité sera subordonnée à la signature de l'accord par la majorité des représentants des comités d'entreprise, conformément aux dispositions de droit commun relatives à la négociation d'un accord collectif avec les représentants élus du personnel⁽²⁹⁶⁾. Cette modalité de négociation n'existe pas dans le cadre de la mise en place de l'intéressement aux résultats ou aux performances. Un accord d'intéressement de groupe ne pourra pas être négocié au sein du comité de groupe. Les modalités de négociation de droit commun d'un accord de groupe devront s'appliquer. La ratification de l'accord d'intéressement à la majorité des deux tiers du personnel du groupe devrait également pouvoir s'appliquer.

b) Le comité d'entreprise, instance de consultation

261. – La consultation du comité d'entreprise est requise lorsqu'un dispositif de participation financière est mis en place. Le déroulement de cette consultation (1) et les effets qui y sont attachés (2) seront examinés.

1) Le déroulement de la consultation

262. – **La nécessaire consultation sur la négociation initiale...** Quel que soit le mode de négociation retenu, tout projet d'accord d'intéressement doit être soumis pour avis au comité d'entreprise⁽²⁹⁷⁾ composé normalement ou selon la technique de la délégation unique du personnel⁽²⁹⁸⁾ dans un délai de quinze jours au moins avant la signature⁽²⁹⁹⁾, le procès-verbal faisant foi. Cette exigence n'est pas formellement

(293) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 2 I D : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(294) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 3 I ; Dossier Participation, fiche 2 I : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(295) C. trav., art. L. 3322-7.

(296) V. *infra*, n^{os} 267 et s.

(297) C. trav., art. L. 3312-7.

(298) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 3 B : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(299) C. trav., art. R. 3312-1.

requis lors de la mise en place des autres mécanismes de participation financière. Au titre des prérogatives générales du comité d'entreprise⁽³⁰⁰⁾, l'administration précise néanmoins à juste titre qu'un projet d'accord de participation doit aussi être lui être soumis pour avis⁽³⁰¹⁾.

263. – Une éventuelle consultation sur la prorogation ou le renouvellement... Dans les entreprises qui disposent d'un accord d'intéressement, de participation ou d'un plan d'épargne salariale, l'employeur consulte le comité d'entreprise non signataire avant la prorogation ou le renouvellement des dispositifs de participation financière ainsi que sur les modifications à leur apporter⁽³⁰²⁾. Si le comité d'entreprise est signataire, cette consultation n'a pas vocation à intervenir. La participation de l'instance représentative du personnel à la négociation pour la prorogation ou le renouvellement se substitue à la consultation. Le comité d'entreprise est le réceptacle d'informations générales et spéciales qui le rendent apte à donner un avis sur les accords de participation ou d'intéressement lorsqu'il n'en est pas signataire⁽³⁰³⁾.

264. – L'éventuelle préparation de la consultation requise... Pour formuler un avis motivé, le comité d'entreprise doit disposer d'informations précises et écrites⁽³⁰⁴⁾ transmises par l'employeur, d'un délai d'examen suffisant et de la réponse motivée de l'employeur à ses propres observations⁽³⁰⁵⁾. En matière d'intéressement, le projet d'accord est soumis au comité d'entreprise pour avis au moins quinze jours avant sa signature⁽³⁰⁶⁾. Quinze jours avant la date de signature, faut-il que l'avis soit rendu ou suffit-il que le comité d'entreprise soit en mesure de rendre un avis qui devra intervenir avant la signature du projet ? La loi ne fixe pas de délai entre l'information du comité d'entreprise sur un projet d'accord de participation aux résultats et la date à laquelle son avis doit être rendu. Il appartient donc à l'employeur de proposer au comité d'entreprise un délai d'examen suffisant. Lorsque le comité d'entreprise est signataire, les textes applicables suggèrent que les informations précises et nécessaires requises doivent avoir été remises au plus tard quinze jours avant la date de signature de l'accord d'intéressement. Il doit être en mesure de rendre un avis postérieurement, dans la limite de la date de signature. Au regard de la nature de l'examen auquel doit procéder le comité d'entreprise⁽³⁰⁷⁾ avant de négocier un accord de participation aux résultats, un même délai de quinze jours semble raisonnable. Si le comité n'est pas signataire, l'avis doit être rendu quinze jours avant la date de signature. Les informations précises et nécessaires éventuellement requises doivent être transmises antérieurement de manière à laisser au comité un délai d'examen suffisant avant de rendre son avis.

(300) C. trav., art. L. 2323-27.

(301) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 2 C : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(302) C. trav., art. L. 2323-18.

(303) R. Vatinet, *Les droits d'information du comité d'entreprise remaniés* (L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006, art. 27 à 31) : JCP S 2007, 1072, n° 14.

(304) Cass. crim., 15 févr. 2005, pourvoi n° 04-84.301 : *Bull. crim.* 2005, n° 61 ; RJS 5/2005, n° 537, à propos de l'exigence de transmettre au comité d'entreprise une information nécessairement écrite en matière de durée du travail.

(305) C. trav., art. L. 2323-4.

(306) C. trav., art. R. 3312-1.

(307) M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 9^e éd. 2009, p. 547.

Pour la préparation de ses travaux, le comité d'entreprise peut faire appel à tout expert qu'il rémunère. Ce recours donne lieu à délibération du comité. L'expert peut disposer des documents détenus par ce dernier⁽³⁰⁸⁾. Les experts « libres » peuvent être désignés à tout moment sur simple délibération du comité d'entreprise⁽³⁰⁹⁾. Les travaux auxquels celui-ci est appelé à se livrer ont surtout pour but d'éclairer ses membres. L'avis préalable du comité sur un projet d'accord d'intéressement ou de participation est rendu après qu'il ait été éclairé sur les implications du projet, notamment de la formule de calcul et des modes de gestion.

2) Les effets de la consultation

265. – L'expression de la consultation... Si le comité d'entreprise est signataire de l'accord de participation financière, il doit formuler un avis au plus tard à la date de la signature de l'accord. L'avis positif permet la signature du projet transmis. S'il est assorti de propositions, la signature effective sera subordonnée à sa modification conformément aux préconisations de l'instance. L'avis négatif du comité d'entreprise emporte rejet dans l'immédiat du projet d'accord mais il pourra retrouver vie dans le cadre d'un accord d'entreprise conclu avec un délégué syndical, un salarié mandaté ou un représentant de section syndicale.

Le comité d'entreprise peut également se déclarer dans l'impossibilité de donner un avis immédiat en raison de l'insuffisance ou de l'imprécision des renseignements fournis par l'employeur⁽³¹⁰⁾. Aucun délai ne saurait lui être accordé pour l'examen d'un rapport déposé par un expert désigné en application de l'article L. 2325-41 du Code du travail⁽³¹¹⁾. Si le projet d'accord de participation financière a été transmis au comité au moins quinze jours avant la date de signature, l'instance ne devrait pas pouvoir se prévaloir de l'imprécision ou de l'insuffisance des renseignements fournis pour refuser de signer à la date fixée. En revanche, le défaut d'avis compromettrait le recours à une autre modalité de négociation.

La Cour de cassation considère que la date qui figure au procès-verbal de la séance du comité d'entreprise au cours de laquelle l'accord a été signé constitue la date de signature de l'accord. L'échange des consentements des parties sur les conditions et modalités qui président au calcul et à la répartition des sommes à distribuer doit être considéré comme intervenu lors de cette réunion⁽³¹²⁾. Le procès-verbal de signature de l'accord de participation financière peut être daté du même jour que l'avis rendu par le comité d'entreprise à deux conditions : les informations précises et nécessaires à un examen éclairé du projet doivent être transmises au comité d'entreprise au plus tard quinze jours avant la date de signature et le comité doit être le signataire de l'accord. À défaut, l'avis doit être rendu quinze jours avant la date de signature.

266. – Les conséquences du défaut de consultation... Le comité d'entreprise assure l'expression collective des salariés lorsqu'il est consulté sur les décisions du

(308) C. trav., art. L. 2325-41.

(309) M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, préc., p. 627.

(310) *Ibid.*, p. 548 et 549.

(311) B. Teysié, *Droit du travail – Relations collectives*, Litec, 7^e éd. 2011, n° 415.

(312) Cass. soc., 15 juill. 1999, pourvoi n° 97-21.398 : RJS 8-9/1999, n° 1108.

chef d'entreprise. Son avis ne peut être exprimé que par les membres du comité d'entreprise et non par les organisations syndicales auxquelles ils appartiennent⁽³¹³⁾. Les membres du comité d'entreprise doivent exercer eux-mêmes les prérogatives qui leur sont conférées, en matière de participation financière comme en toute matière. Ils ne sauraient les déléguer à quiconque⁽³¹⁴⁾. L'absence d'information et de consultation peut être pénalement sanctionnée ; en revanche, elle n'a pas pour effet d'entraîner la nullité de l'accord⁽³¹⁵⁾ et n'autorise pas sa suspension⁽³¹⁶⁾.

2° Le dialogue avec les élus du personnel

267. – En l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise ou l'établissement⁽³¹⁷⁾ de moins de deux cents salariés⁽³¹⁸⁾, la loi du 20 août 2008⁽³¹⁹⁾ autorise la négociation d'un accord d'entreprise avec les représentants du personnel au comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel sur des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif⁽³²⁰⁾. Les accords d'intéressement doivent être conclus par convention ou accord collectif de travail ; les accords de participation peuvent l'être⁽³²¹⁾. La participation aux résultats est applicable en l'absence d'accord, par le biais du régime d'autorité prévu par les dispositions légales. Seuls les accords d'intéressement pourraient donc être négociés conformément à cette modalité dérogatoire.

Concernant la négociation avec les représentants élus du personnel au comité d'entreprise, certains auteurs estiment que le législateur écarte de la négociation l'instance⁽³²²⁾ et les représentants syndicaux auprès de celle-ci⁽³²³⁾. Chaque représentant du personnel appelé à participer à une négociation dispose du temps nécessaire à l'exercice de ses fonctions dans la limite d'une durée qui ne peut excéder dix heures par mois⁽³²⁴⁾. Le temps passé aux négociations ne s'impute pas sur les heures de délégation accordées aux délégués du personnel⁽³²⁵⁾ ou aux membres du comité d'entreprise⁽³²⁶⁾ pour l'exercice de leurs fonctions. Ces heures de délégation supplémentaires impliquent que les membres du comité d'entreprise seraient plus enclins à demander que la négociation d'un accord de participation financière se fasse en application des dispositions de droit commun plutôt que des dispositions spécifiques prévues pour l'intéressement et la participation.

(313) Cass. soc., 5 déc. 2006, pourvoi n° 05-21.641 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 371.

(314) J.-M. Olivier, *Seuls les membres du comité d'entreprise peuvent émettre un avis*, note ss Cass. soc., 5 déc. 2006 : *JCP S* 2007, 1107.

(315) Cass. soc., 17 juin 2003, pourvoi n° 01-41.522 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 195.

(316) Cass. soc., 19 mars 2003, pourvoi n° 01-12.094 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 105.

(317) Ce seuil exclut les établissements et réduit le domaine de la négociation : dans une entreprise composée d'établissements dont les effectifs sont inférieurs à deux cents salariés mais qui dispose d'un effectif global supérieur, les élus des établissements ne seront pas compétents pour négocier (cf. E. Jeansen et Y. Pagnerre, *La négociation dérogatoire* : *JCP S* 2009, 1572, n° 16).

(318) C. trav., art. L. 2232-21.

(319) L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JO 21 août, p. 13064).

(320) C. trav., art. L. 2232-21.

(321) V. *infra*, n° 290 et s.

(322) E. Jeansen et Y. Pagnerre, *La négociation dérogatoire* : *JCP S* 2009, 1572, n° 17.

(323) B. Teyssié, *Droit du travail – Relations collectives*, Litec, 7^e éd. 2011, n° 1042.

(324) C. trav., art. L. 2232-23.

(325) C. trav., art. L. 2315-1.

(326) C. trav., art. L. 2325-6.

268. – Cette modalité de négociation s’ajoute à la négociation au sein du comité d’entreprise prévue pour les dispositifs de participation financière. Elle implique que les représentants du personnel titulaires élus au comité d’entreprise⁽³²⁷⁾ qui sont signataires de l’accord représentent la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles⁽³²⁸⁾. Cette règle diffère de l’approbation du projet à la majorité des membres présents requise lorsqu’un accord de participation financière est négocié au sein du comité d’entreprise. Les candidats qui représentent la majorité des suffrages exprimés ne sont pas nécessairement la majorité des élus au comité d’entreprise. Un seul élu pourrait représenter à lui seul la majorité des suffrages⁽³²⁹⁾.

La validité de l’accord de participation financière ainsi négocié est subordonnée à son approbation, expresse ou tacite, par une commission paritaire de branche. Cette approbation doit intervenir dans les quatre mois qui suivent la transmission de l’accord⁽³³⁰⁾. Le contrôle opéré par la commission porte sur la conformité du contenu de l’accord à la loi, au règlement, aux accords collectifs⁽³³¹⁾. Ces conditions doivent être toutes remplies pour que l’accord de participation financière conclu avec les représentants élus du personnel soit valable. À défaut, il sera réputé non écrit. Il est donc soumis à un double contrôle : par la branche et par l’administration. Il en résulte que la validité de l’accord sera entérinée dans un délai maximal de huit mois. Le dépôt auprès de l’autorité administrative n’est possible qu’à compter de l’approbation par la commission paritaire. À l’issue d’un nouveau délai de quatre mois, le bénéfice des exonérations fiscales et sociales attachées au dispositif ne pourra plus être mis en cause au titre des exercices en cours ou antérieurs à la contestation⁽³³²⁾.

§ 2. – La mise en place non négociée

269. – Il convient de distinguer la mise en place non négociée d’un dispositif de participation financière qui intervient au sein de l’entreprise par la décision prise par les acteurs de l’entreprise (A) de la mise en place non négociée qui relève des institutions administratives et judiciaires, hors des acteurs de l’entreprise (B).

A. – Une décision prise par les acteurs de l’entreprise

270. – La mise en place non négociée interne d’un dispositif de participation financière qui résulte d’une décision prise par les acteurs de l’entreprise s’effectue par référendum (1°) ou par décision unilatérale de l’employeur (2°).

(327) À défaut de comité d’entreprise ou de délégation unique du personnel, les mêmes dispositions s’appliqueront au délégué du personnel signataire.

(328) C. trav., art. L. 2232-22.

(329) G. Béliet et H.-J. Legrand, *La négociation collective en entreprise*, éd. Liaisons, 2011, n° 345.

(330) C. trav., art. L. 2232-21.

(331) F. Favennec-Héry, *La négociation dérogatoire en marche ? : Semaine sociale Lamy* 2010, n° 1433, p. 5, spéc. p. 6.

(332) C. trav., art. L. 3345-3.

1° Le référendum

271. – Le référendum participe du dialogue social ; il y a sa place⁽³³³⁾. L'institutionnalisation de la ratification des accords de participation financière par la collectivité des salariés (a) et ses modalités (b) soulève des difficultés spécifiques qui méritent examen.

a) L'institutionnalisation du référendum

272. – L'origine (1) et la pertinence (2) du recours au référendum comme outil de mise en place d'un régime de participation financière suscitent de multiples interrogations.

1) L'origine du référendum, outil de mise en place

273. – **La légalisation de la ratification par le personnel...** La ratification d'un accord collectif à la majorité des travailleurs intéressés existe en droit de la sécurité sociale depuis le décret du 8 juin 1946⁽³³⁴⁾. Pour les institutions de prévoyance ou de sécurité sociale établies dans le cadre d'une ou plusieurs entreprises, ce texte disposait que « les obligations et avantages des adhérents et les obligations des employeurs [pouvaient] être révisées soit par accord entre les employeurs et la majorité des travailleurs intéressés constatée par un vote à bulletin secret, soit par une convention collective »⁽³³⁵⁾. La loi du 8 août 1994⁽³³⁶⁾ a admis pour la première fois le recours à la démocratie directe sur les questions de prévoyance sans aucune restriction⁽³³⁷⁾. En l'absence d'accord préalable du comité d'entreprise ou des organisations syndicales représentatives, l'employeur peut recourir à la consultation directe du personnel, l'accord étant alors obtenu à la majorité simple des travailleurs intéressés⁽³³⁸⁾.

L'ordonnance du 7 janvier 1959⁽³³⁹⁾ a mis en place l'intéressement des salariés aux résultats de l'entreprise. Elle a rendu possible l'adoption d'un contrat-type établi par les organisations syndicales les plus représentatives⁽³⁴⁰⁾. Il pouvait être proposé au personnel par le chef d'entreprise pour une ratification à la majorité qualifiée des deux tiers⁽³⁴¹⁾ et devait être soumis au comité d'entreprise pour avis avant sa ratification⁽³⁴²⁾. L'ordonnance du 27 août 1967 considérait qu'un accord de participation des salariés aux résultats de l'entreprise ne pouvait être mis en place que

(333) L. Dauxerre, *L'articulation du référendum avec les normes de droit du travail*, in *L'articulation des normes en droit du travail*, Economica, coll. « Études juridiques », 2011, n° 310.

(334) D. n° 46-1378, 8 juin 1946, portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance du 6 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale (JO 9 juin, p. 5106).

(335) *Ibid.*, art. 51.

(336) L. n° 94-678, 8 août 1994, relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n°s 92-49 et 92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes, art. 7 (JO 10 août, p. 11655).

(337) G. Briens, *Le référendum : une forme d'accord collectif méconnu : Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1133, p. 8.

(338) CSS, art. L. 931-1.

(339) Ord. n° 59-126, 7 janv. 1959, tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise (JO 9 janv., p. 641).

(340) P. Durand, *L'ordonnance du 7 janvier 1959, tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise : Dr. soc.* 1959, p. 78, spéc. p. 81.

(341) Ord. n° 59-126, 7 janv. 1959, tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise, art. 1^{er} (JO 9 janv., p. 641).

(342) *Ibid.*, art. 3.

dans le cadre d'une convention collective, au sein du comité d'entreprise ou par des négociations entre le chef d'entreprise et les représentants de syndicats affiliés aux organisations les plus représentatives dans la branche d'activité⁽³⁴³⁾. La mise en place par la majorité qualifiée des deux tiers du personnel n'était pas envisagée.

L'ordonnance du 21 octobre 1986⁽³⁴⁴⁾ a harmonisé les modalités de mise en place non négociée de la participation et de l'intéressement et du plan d'épargne d'entreprise⁽³⁴⁵⁾. Afin d'éviter que le chef d'entreprise n'exerce une influence sur les délibérations du personnel⁽³⁴⁶⁾, cette modalité d'approbation est subordonnée à la formulation d'une demande conjointe de l'employeur et d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ou du comité d'entreprise⁽³⁴⁷⁾ préalablement à la ratification. Si ces instances n'existent pas, la décision du chef d'entreprise de soumettre le projet à ratification sera unilatérale⁽³⁴⁸⁾. Un auteur considère que « les trois types d'accords issus de la ratification d'un projet par le personnel que sont les accords sur la retraite et la prévoyance, la participation et l'intéressement construisent déjà à eux seuls le cadre et la procédure d'une technique référendaire largement enracinée dans nos entreprises »⁽³⁴⁹⁾. Le droit à la négociation collective est un droit des intérêts collectifs. C'est un droit dont la collectivité des salariés d'une entreprise est titulaire parce qu'elle a un intérêt collectif à négocier avec l'employeur les normes qui lui seront applicables⁽³⁵⁰⁾.

274. – La nature juridique des actes ratifiés... En droit du travail, le référendum peut être consultatif, décisionnel ou négocié⁽³⁵¹⁾. La loi confère la nature juridique d'accord collectif aux actes soumis à un référendum décisionnel : l'acte ratifié par la majorité du personnel produit tous les effets d'une convention collective⁽³⁵²⁾. La loi du 20 août 2008⁽³⁵³⁾ reconnaît aux représentants élus du comité d'entreprise compétence pour négocier des accords d'entreprise sous certaines conditions⁽³⁵⁴⁾. Considérer que les accords de participation et d'intéressement sont des accords atypiques en se prévalant du fait qu'ils peuvent être négociés au sein du comité d'entreprise, institution incompétente « pour signer des accords régissant les conditions collectives de travail »⁽³⁵⁵⁾, est obsolète.

L'adoption des accords de participation financière résulte de l'association d'une consultation des instances représentatives compétentes et d'un choix direct de la

(343) Ord. n° 67-693, 17 août 1967, relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises, art. 10 (JO 18 août, p. 8288).

(344) Ord. n° 86-1134, 21 oct. 1986, relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés, art. 16 (JO 23 oct., p. 12771).

(345) *Ibid.*, art. 22.

(346) P. Durand, *L'ordonnance du 7 janvier 1959, tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise* : *Dr. soc.* 1959, p. 78, spéc. p. 81.

(347) C. trav., art. L. 3312-5.

(348) A. Sauret, *L'intéressement (Ord. 21 octobre 1986, art. 1 à 6)* : *JCP E* 1987, I, 16496.

(349) J. Grimaldi D'esdra, *Nature et régime juridiques du référendum en droit social* : *Dr. soc.* 1994, p. 397, spéc. p. 402.

(350) M.-L. Morin, *Des titulaires du droit à la négociation collective* : *Dr. soc.* 1988, p. 24, spéc. n° 18, p. 32.

(351) N. Dauxerre, *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, PUAM, 2005, n° 441, p. 520.

(352) F. Petit, *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, LGDJ, 2000, n° 421, p. 539, spéc. p. 541.

(353) L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JO 21 août, p. 13064).

(354) C. trav., art. L. 2232-23.

(355) G. Vachet, *Les accords atypiques* : *Dr. soc.* 1990, p. 620, spéc. p. 621.

population concernée⁽³⁵⁶⁾. La ratification des accords de participation financière par le personnel constitue un référendum décisionnel, « la majorité qualifiée des deux tiers [donnant] pouvoir à la collectivité de travail de s'engager »⁽³⁵⁷⁾. Il est inexact de qualifier d'atypique un accord de participation financière ainsi ratifié, le référendum étant expressément prévu par la loi⁽³⁵⁸⁾. La nature juridique des accords de participation financière conclus par le vote majoritaire du personnel est probablement celle de véritables accords collectifs de travail, la loi les envisageant au même titre et sur le même plan que les accords conclus avec les syndicats représentatifs⁽³⁵⁹⁾.

2) La pertinence du référendum, outil de mise en place

275. – En droit constitutionnel, le référendum constitue « le procédé par lequel le corps de citoyen est appelé à exprimer par une votation populaire son avis ou sa volonté à l'égard d'une mesure »⁽³⁶⁰⁾. En droit du travail, il institue un rapport juridique entre le vote et l'accord collectif⁽³⁶¹⁾ et devient un moyen de « pallier les insuffisances de la légitimité des syndicats représentatifs »⁽³⁶²⁾. Cette modalité de mise en place non négociée de la participation financière met en jeu le privilège de négociation des organisations syndicales représentatives⁽³⁶³⁾. Elle illustre le fait que « la reconnaissance d'un pouvoir de la majorité pour engager la minorité, sans l'intermédiaire des syndicats ou des institutions représentatives élues, est théoriquement d'une grande portée »⁽³⁶⁴⁾. L'architecture de notre système de relations professionnelles exclut le référendum comme mode normal de création des normes de l'entreprise⁽³⁶⁵⁾ mais le législateur lui reconnaît la qualité de mode subsidiaire⁽³⁶⁶⁾. Le droit du travail français accorde la priorité à la représentation collective par les organisations syndicales ; celle-ci l'emporte sur l'expression individuelle de la volonté des salariés⁽³⁶⁷⁾ au sein de la collectivité qu'ils constituent.

La loi prévoit d'importantes mesures de protection pour réduire l'inégalité du salarié face à la réalisation d'un projet patronal. L'approbation par les salariés d'un accord de participation financière requiert une demande conjointe préalable à la ratification et la majorité qualifiée des deux tiers du personnel. Cette juxtaposition de conditions illustre la réticence du droit français à permettre l'entrée en vigueur de ces dispositifs par le recours au référendum sur proposition patronale. Elle constitue le gage d'un meilleur consensus sur les questions qui se rapportent à la participation financière et témoigne de la volonté du législateur de conférer aux dispositifs instaurés par référendum une force normative.

(356) J. Grimaldi d'Esdra, *Nature et régime juridiques du référendum en droit social* : *Dr. soc.* 1994, p. 397, spéc. p. 401.

(357) *Ibid.*, spéc. p. 404.

(358) J. Barthélémy, *Le référendum en droit social* : *Dr. soc.* 1993, p. 89.

(359) Y. Chalaron, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, n° 160, p. 147.

(360) J. Lafferrère, *Manuel de droit constitutionnel*, Domat-Montchrestien, 2^e éd. 1947, p. 431.

(361) G. Borenfreund, *La représentation des salariés et l'idée de représentation* : *Dr. soc.* 1991, p. 685, spéc. p. 694.

(362) F. Petit, *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, LGDJ, 2000, n° 411, p. 496.

(363) J. Grimaldi d'Esdra, *Nature et régime juridiques du référendum en droit social* : *Dr. soc.* 1994, p. 397, spéc. p. 400.

(364) J. Savatier, *Accords d'entreprise atypiques* : *Dr. soc.* 1985, p. 188, spéc. p. 189.

(365) M.-A. Souriac-Rotschild, *Regards sur le référendum* : *Liaisons soc.* déc. 1993, n° 84, p. 88.

(366) L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, art. 8 et 9 (JO 21 août, p. 13064).

(367) F. Saramito, *À la recherche d'une majorité dans la négociation collective* : *Dr. ouvrier* 2000, p. 428, spéc. p. 434.

276. – L'effet socialement utile⁽³⁶⁸⁾ de la ratification d'accords de participation financière par les salariés est perceptible par l'examen de l'intéressement aux résultats ou aux performances. Ce dispositif peut être mis en place dans toute entreprise, indépendamment des effectifs. Sa mise en œuvre est subordonnée au respect par l'employeur de ses obligations relatives à la représentation du personnel⁽³⁶⁹⁾. Lorsque l'ordonnance de 1959 est entrée en vigueur, les seuls partenaires habilités à négocier des accords collectifs de droit commun avec les employeurs étaient les « organisations syndicales les plus représentatives dans la branche d'activité » au sens de la loi du 11 février 1950 relative aux conventions collectives⁽³⁷⁰⁾. Afin d'inciter à la négociation sur l'intéressement, une autre formule de mise en place devait être prévue : la ratification par le personnel. Cette modalité concernait les entreprises dans lesquelles la faiblesse ou l'absence d'implantation syndicale ne permettait pas d'organiser une négociation collective⁽³⁷¹⁾. L'assouplissement des règles de la négociation collective et les nouvelles règles de représentativité en vigueur depuis la loi du 20 août 2008⁽³⁷²⁾ permettent de douter de la pertinence de cette modalité de mise en place.

b) Les modalités du référendum

277. – La notion de collectivité des salariés susceptibles de ratifier un accord de participation financière (1) et la mise en œuvre de la procédure de ratification (2) présentent des spécificités par rapport au droit des élections professionnelles qui seront mises en exergue.

1) L'identification de la collectivité des salariés

278. – **L'identification des votants en matière de participation...** L'identification des votants implique de distinguer, d'une part, la période d'appréciation au cours de laquelle le seuil d'effectif est atteint et, d'autre part, les modalités de décompte de l'effectif. Pour éviter un franchissement ponctuel du seuil d'effectif à partir duquel la mise en place d'un accord de participation aux résultats est obligatoire, des règles spécifiques d'appréciation ont été consacrées par le législateur.

L'employeur a l'obligation de mettre en place un accord de participation lorsqu'il emploie habituellement cinquante salariés pendant une durée de six mois au moins, consécutifs ou non, au cours d'un exercice⁽³⁷³⁾. C'est sur les résultats de l'entreprise au cours de chaque exercice que sera calculée la réserve spéciale de participation et appréciée l'éventuelle obligation pour l'entreprise d'appliquer un accord de participation⁽³⁷⁴⁾. Pour la mise en place des institutions représentatives du personnel, le législateur exige que l'entreprise ait atteint pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes, les seuils de onze ou cinquante salariés selon

(368) J.-E. Ray, *La négociation d'entreprise : quel avenir ?*, in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presse de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 445, spéc. p. 447.

(369) C. trav., art. L. 3312-2.

(370) L. n° 50-205, 11 févr. 1950, relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail (JO 12 févr., p. 1688).

(371) F. Saramito, *À la recherche d'une majorité dans la négociation collective : Dr. ouvrier 2000*, p. 428, spéc. p. 435.

(372) L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JO 21 août, p. 13064).

(373) C. trav., art. R. 3322-1.

(374) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 1 II B : JO 1^{er} nov., p. 17179.

l'institution représentative envisagée⁽³⁷⁵⁾. Deux notions sont ici identifiables intéressant la condition d'emploi habituel⁽³⁷⁶⁾ et l'appréciation institutionnelle de l'effectif⁽³⁷⁷⁾. Les salariés susceptibles de ratifier un accord de participation ou d'intéressement à la majorité qualifiée du personnel sont ceux qui remplissent l'exigence de condition d'emploi habituel.

Le décompte des effectifs se fait conformément aux dispositions légales applicables⁽³⁷⁸⁾. Les salariés qui remplissent la condition d'emploi habituel sont intégralement pris en compte dans l'effectif lorsqu'ils bénéficient d'un contrat de travail à durée indéterminée à temps plein⁽³⁷⁹⁾. Les salariés embauchés dans le cadre d'un contrat de travail à durée déterminée, les salariés titulaires d'un contrat de travail intermittent, les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure et qui y travaillent depuis au moins un an⁽³⁸⁰⁾ et les salariés temporaires, sont pris en compte dans l'effectif à due proportion de leur temps de présence au cours des douze mois précédents. Ils sont exclus du décompte lorsqu'ils remplacent un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu⁽³⁸¹⁾. Les salariés à temps partiel⁽³⁸²⁾ sont pris en compte en divisant la somme totale des horaires inscrits dans leurs contrats de travail par la durée légale ou conventionnelle du travail⁽³⁸³⁾.

L'administration précise que « la majorité des deux tiers du personnel s'apprécie par rapport à l'ensemble de l'effectif de l'entreprise au moment de la ratification de l'accord et non en considérant les seuls salariés présents dans l'entreprise à cette date »⁽³⁸⁴⁾. Il appartient donc à « l'ensemble du personnel inscrit à l'effectif de l'entreprise »⁽³⁸⁵⁾ de se prononcer sur le texte de l'accord proposé. La lettre de la circulaire du 14 septembre 2005 ne précise pas selon quelles modalités l'effectif doit être identifié. Une entreprise qui comporterait cinquante salariés appréciés selon la condition d'emploi habituel n'atteindrait pas l'effectif de cinquante salariés au sens de l'appréciation institutionnelle. Si l'effectif admis à prendre part au vote devait faire l'objet d'une appréciation institutionnelle, il y aurait moins de cinquante salariés susceptibles de ratifier l'accord de participation aux résultats : tous les salariés bénéficiaires ne participeraient pas au référendum. L'esprit du texte impose d'admettre que l'effectif auquel fait référence l'administration doit être apprécié en application de la condition d'emploi habituel.

(375) C. trav., art. L. 2312-2, L. 2322-2 et L. 2143-3.

(376) C. trav., art. L. 3322-2.

(377) C. trav., art. L. 2312-2, L. 2322-2 et L. 2143-3.

(378) P. Maillard, *Intéressement, participation, actionnariat*, Delmas, 3^e éd. 2002, n° 911, p. 174.

(379) Sont également concernés les travailleurs à domicile.

(380) C. trav., art. L. 1111-2, 1^o. Pour les salariés mis à disposition, le respect de la condition d'emploi habituel est donc subordonné à une condition de présence supplémentaire. Le salarié mis à disposition devra donc, cumulativement, occuper un emploi habituel au sens des dispositions de la participation aux résultats et être présent dans l'entreprise depuis au moins un an.

(381) C. trav., art. L. 1111-2, 2^o.

(382) La Cour de cassation avait déjà considéré que les employés à temps partiel étaient des salariés de l'entreprise. En cette qualité, ils doivent être pris en compte dans l'effectif habituel de celle-ci pour l'application des dispositions relatives à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise. La Cour de cassation n'avait toutefois pas pris soin de préciser les modalités de leur prise en compte (Cass. soc., 26 janv. 1989, pourvoi n° 86-43.081 : *Bull. civ.* 1989, V, n° 81 ; *RJS* 3/1989, n° 256).

(383) C. trav., art. L. 1111-2, 3^o.

(384) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 2 I B : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(385) *Ibid.*

279. – L'identification des votants en matière d'intéressement et de plans d'épargne d'entreprise... Pour un plan d'épargne d'entreprise ou un accord d'intéressement, le problème de la période d'appréciation de l'effectif à prendre en compte ne se pose pas. La législation en vigueur ne prévoit pas de période spécifique d'appréciation pour la mise en place de ces dispositifs. Les seuls qui devraient être admis à adopter par référendum un accord d'intéressement ou un règlement de plan d'épargne d'entreprise sont les salariés inscrits à l'effectif et ayant fait l'objet d'une appréciation institutionnelle.

Dans le cas d'un accord d'intéressement qui concerne une partie des établissements d'une entreprise, se pose la question de savoir s'il faut consulter tout le personnel de l'entreprise ou seulement les salariés susceptibles de bénéficier de l'accord. *A priori*, il semblerait logique de n'inclure dans le périmètre de ratification que le personnel concerné par le projet d'accord⁽³⁸⁶⁾. L'administration a précisé que « dans le cas d'un accord d'intéressement d'entreprise n'incluant dans son champ d'application que certains établissements, les salariés de tous les établissements, même non couverts par l'accord, doivent être consultés »⁽³⁸⁷⁾. Cette difficulté ne se rencontre pas en matière de participation aux résultats, la condition d'effectif à partir duquel la participation est obligatoire devant être appréciée au niveau de l'entreprise⁽³⁸⁸⁾.

280. – La personnalité morale de la collectivité des salariés... Un auteur⁽³⁸⁹⁾ estime que le référendum matérialise une expression de la volonté de la collectivité des salariés. Il considère que la collectivité des salariés peut être dotée de la personnalité morale « mais seulement pour la mise en œuvre d'un régime de prévoyance »⁽³⁹⁰⁾. Cette analyse peut s'appliquer à la mise en place des dispositifs de participation financière. La jurisprudence a pu considérer que la personnalité civile n'est pas une création de la loi et qu'en principe, elle appartient à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes d'être juridiquement reconnus et protégés⁽³⁹¹⁾. Si la collectivité des salariés est analysée comme constitutive d'un groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective, il conviendrait de lui reconnaître la personnalité morale.

L'administration⁽³⁹²⁾ considère que la ratification peut être constatée soit par signature directe de l'accord par les deux tiers des salariés de l'entreprise, soit par un procès-verbal rendant compte d'une consultation sur le projet d'accord, organisée dans le respect des principes généraux du droit électoral⁽³⁹³⁾. Lorsque la ratification est directe, l'émargement des salariés signataires doit apparaître sur la liste nominative de l'ensemble du personnel de l'entreprise dans le texte même de l'accord ou dans un document annexe afin que les conditions de majorité requises par

(386) A. Derue et A. Sauret, *Intéressement, participation, actionnariat des salariés*, éd. Liaisons 2000, n° 11, p. 26.

(387) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale : JO 1^{er} nov., Dossier Intéressement, fiche 3 I B ; Dossier Participation, fiche 2 I B, p. 17179.

(388) Cass. soc., 24 janv. 2006, pourvoi n° 03-43.073 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 20 ; *RJS* 4/2006, n° 480.

(389) J. Barthélémy, *Le référendum en droit social* : *Dr. soc.* 1993, p. 89, spéc. p. 95.

(390) *Ibid.*, spéc. p. 91.

(391) Cass. 2^e civ., 28 janv. 1954 : *D.* 1954, jurispr. p. 217.

(392) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale : JO 1^{er} nov., Dossier Intéressement, fiche 2 I B, p. 17179.

(393) *V. infra*, n° 284.

l'ordonnance soient aisément vérifiables. Lorsque la ratification résulte d'une consultation à l'occasion de laquelle les salariés ont accepté le projet qui leur était soumis, la preuve de cette consultation doit prendre la forme d'un procès-verbal de vote rendant compte du résultat de la consultation dans les conditions de majorité requises.

Dans le cadre d'une ratification directe, il est impossible de considérer que la collectivité des salariés, conçue comme ayant la personnalité morale, a ratifié l'accord. Seuls les salariés pris individuellement l'ont fait. Il devrait en résulter un contrat dépourvu de conséquences vis-à-vis des minoritaires qui refuseraient les mesures prises⁽³⁹⁴⁾. Cette conséquence est contradictoire avec la nature d'accord collectif que confère la loi aux accords de participation financière ratifiés à la majorité qualifiée.

La seconde modalité de ratification à la majorité qualifiée des salariés inscrits à l'effectif paraît plus adaptée. L'article D. 2232-2 du Code du travail précise les conditions dans lesquelles l'employeur recueille l'approbation des salariés pour un accord collectif d'entreprise ou d'établissement. Le résultat du vote fait l'objet d'un procès-verbal dont la publicité est assurée dans l'entreprise par voie d'affichage ; il est annexé à l'accord lors du dépôt. Pour pouvoir reconnaître à la collectivité des salariés la personnalité morale, il importe que l'intérêt collectif du groupe soit détaché plus nettement des intérêts individuels. Les individualités doivent s'estomper suffisamment pour pouvoir imaginer, par un procédé technique, une personne morale qui aurait vocation à répondre à une réalité véritable⁽³⁹⁵⁾. L'élaboration d'un procès-verbal qui constate le résultat de la ratification permet de considérer que c'est la collectivité des salariés, personne morale, qui a ratifié l'accord.

2) La ratification par la collectivité des salariés

281. – La matérialisation d'une demande conjointe... La faculté d'adoption d'un accord d'intéressement, de participation ou d'un plan d'épargne d'entreprise par ratification à la majorité qualifiée n'est pas entièrement libre⁽³⁹⁶⁾. S'il existe dans l'entreprise une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ou un comité d'entreprise, le référendum doit faire l'objet d'une demande conjointe du chef d'entreprise et d'une ou plusieurs des organisations visées ou du comité d'entreprise⁽³⁹⁷⁾. La consultation des salariés puise son origine dans cet accord de volonté dont l'objet est le principe de la ratification par le personnel. Le droit positif n'exige pas qu'une négociation avec les représentants du personnel s'engage sur le projet d'accord, mais rien ne l'exclut⁽³⁹⁸⁾. Une opposition des représentants à la ratification par la majorité qualifiée bloquerait la ratification référendaire. L'employeur serait contraint de négocier le contenu de l'accord pour le soumettre à l'approbation du personnel.

Le choix de l'approbation référendaire permet d'échapper au risque d'opposition de certains syndicats sur un accord soumis à la négociation. S'il existe plusieurs

(394) S. Yannakourou, *L'État, l'autonomie collective et le travailleur*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 1995, t. 247, p. 335.

(395) G. Levasseur, note ss Cass. 2^e civ., 28 janv. 1954 : D. 1954, jurispr. p. 217, spéc. p. 219.

(396) A. Derue et A. Sauret, *Intéressement, participation, actionnariat des salariés*, éd. Liaisons 2000, n° 11, p. 26.

(397) C. trav., art. L. 3312-5, L. 3322-6 et L. 3332-4.

(398) F. Petit, *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 2000, t. 291, n° 415, p. 499.

organisations syndicales au sein de l'entreprise, la demande conjointe peut être valablement présentée par l'employeur et une seule organisation syndicale représentative au sens du Code du travail⁽³⁹⁹⁾. La représentativité de l'organisation syndicale compétente sera déterminée au regard du nombre de ses adhérents et du montant des cotisations perçues, du respect des valeurs républicaines, de son indépendance, de la transparence financière, de son influence prioritairement caractérisée par son activité et son expérience. Cette organisation syndicale devra avoir une ancienneté d'au moins deux ans à compter de la date de dépôt légal de ses statuts⁽⁴⁰⁰⁾ et avoir recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles au sein de l'entreprise, quel que soit le nombre de votants⁽⁴⁰¹⁾.

En l'absence de mention du caractère conjoint de la demande de ratification, une attestation du chef d'entreprise qui indique qu'aucune organisation syndicale représentative n'a désigné de délégué syndical doit être déposée avec l'accord ratifié à la majorité qualifiée des deux tiers du personnel. Pour les entreprises qui ont l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise ou qui l'ont fait volontairement, un procès-verbal de carence datant de moins de deux ans doit également être joint à l'accord ratifié.

282. – Le contenu de la demande conjointe... La demande conjointe peut prendre la forme d'un protocole d'accord préréférendaire précisant les modalités de la ratification à la majorité qualifiée des deux tiers. Certains auteurs considèrent que « la définition de ceux qui doivent participer au référendum incombe aux acteurs sociaux »⁽⁴⁰²⁾. La demande conjointe doit permettre d'identifier de façon claire et non équivoque les votants et de préciser les modalités de scrutin, dans le respect des principes généraux du droit électoral. Les votants sont les « salariés intéressés »⁽⁴⁰³⁾ au sens des dispositions relatives à la participation financière. La question posée aux électeurs doit également être précisée dans la demande conjointe. Selon qu'elle sera formulée conjointement avec une organisation syndicale ou le comité d'entreprise, l'*instrumentum* sera un accord signé par les parties à la demande conjointe ou un procès-verbal du comité d'entreprise.

283. – La nature de la demande conjointe... L'objet de la demande conjointe est la ratification d'un accord de participation financière par la majorité qualifiée des salariés. Une convention collective a vocation à traiter des conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que des garanties sociales des salariés⁽⁴⁰⁴⁾ pour toutes les catégories professionnelles intéressées⁽⁴⁰⁵⁾. Cette divergence

(399) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale : JO 1^{er} nov. ; Dossier Intéressement, fiche 3 I B ; Dossier Participation, fiche 2 I B, p. 17179. La circulaire faisait référence à l'ancien article L. 423-2 du Code du travail recodifié aux articles L. 2314-8 et L. 2122-1. Les règles relatives à la représentativité des syndicats ont été modifiées par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008. Désormais, il convient d'appliquer ces règles de représentativité pour qu'une demande conjointe soit valablement formée.

(400) C. trav., art. L. 2121-1.

(401) C. trav., art. L. 2122-1.

(402) J. Barthélémy, *Le référendum en droit social* : Dr. soc. 1993, p. 89, spéc. p. 93.

(403) J. Barthélémy, *Le référendum en droit social* : Dr. soc. 1993, p. 89, spéc. p. 93, pour qui, en matière de prévoyance, le droit aux prestations définit l'intéressé.

(404) C. trav., art. L. 2221-1.

(405) C. trav., art. L. 2221-2.

d'objet implique que la demande conjointe ne peut pas revêtir la nature d'accord collectif.

Un protocole d'accord préélectoral fixe les règles susceptibles d'intéresser l'électorat ou le déroulement du scrutin ainsi que tout ce qui concerne l'éligibilité ou l'expression des candidatures⁽⁴⁰⁶⁾ mais « n'a d'effet que pour les élections pour lesquelles il a été conclu »⁽⁴⁰⁷⁾. Il porte sur les élections qu'il organise et ne constitue pas un accord collectif au sens du Code du travail⁽⁴⁰⁸⁾. Une demande conjointe conçue comme un protocole préférendaire comporte des éléments similaires à ceux qui figurent dans un protocole d'accord préélectoral et ne peut avoir d'effet que pour le référendum qu'elle vise. Il semble donc qu'il faille lui reconnaître la même nature que celle du protocole d'accord préélectoral et lui appliquer le même régime, sous réserve des dispositions spécifiques propres à la participation financière.

284. – Le respect des principes généraux du droit électoral... Les principes généraux du droit électoral qui sont expressément reconnus sont la liberté des électeurs et la sincérité du scrutin. Le Code du travail semble distinguer les deux⁽⁴⁰⁹⁾ là où certains auteurs se sont interrogés sur un éventuel double emploi⁽⁴¹⁰⁾. Du droit électoral politique au droit des relations collectives de travail, un des principes généraux du droit électoral a vocation à recevoir une large application : le principe de libre détermination des électeurs. Il ne peut être respecté que si le scrutin a lieu sous pli⁽⁴¹¹⁾. Pour que l'adoption par référendum d'un accord de participation financière soit valable, il est important que la liberté des électeurs soit respectée et que les intentions de vote soient restituées⁽⁴¹²⁾.

Le vote à bulletin secret est une exigence qui garantit l'autonomie de la volonté des salariés. L'administration préconise la signature directe de l'accord de participation⁽⁴¹³⁾ ou d'intéressement⁽⁴¹⁴⁾ par les deux tiers des salariés. Au regard du lien de subordination juridique dans lequel se trouvent les salariés par rapport à l'employeur, cette modalité est contraire aux principes généraux du droit électoral. Cette forme de consultation contredit le principe de libre détermination des électeurs. Ne respectant pas le secret de l'expression du salarié, le vote ne peut s'analyser comme étant à bulletin secret⁽⁴¹⁵⁾. Il convient de faire application des dispositions réglementaires qui disposent que l'approbation par les salariés doit intervenir

(406) B. Teysié, *Droit du travail – Relations collectives*, Litec, 7^e éd. 2011, n° 220.

(407) Cass. soc., 21 mai 2003, pourvoi n° 01-60.742 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 170 ; *RJS* 11/2003, n° 1293. Toutefois, le protocole peut être expressément ou tacitement reconduit, avec l'accord des signataires, à l'occasion des élections ultérieures.

(408) Cass. soc., 6 mai 1985, pourvoi n° 84-60.879 : *Bull. civ.* 1985, V, n° 276.

(409) C. trav., art. L. 2314-14.

(410) F. Petit, *L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise* : *Dr. soc.* 2000, p. 603, spéc. p. 606.

(411) F. Petit, *Les principes généraux du droit électoral dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation* : *D.* 2005, chron. p. 1815, spéc. p. 1816.

(412) F. Petit, *L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise* : *Dr. soc.* 2000, p. 603, spéc. p. 613.

(413) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale : *JO* 1^{er} nov., Dossier Participation, fiche 2 | B, p. 17179.

(414) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale : *JO* 1^{er} nov., Dossier Intéressement, fiche 3 | B, p. 17179.

(415) D. Boulmier, *L'expression majoritaire des salariés de l'entreprise lie-t-elle la minorité ?*, *Les consultations réglementées* : première partie : *Semaine sociale Lamy* 1998, n° 872, p. 6, spéc. p. 7.

au scrutin secret et sous enveloppe⁽⁴¹⁶⁾ ; les préconisations de l'administration doivent être écartées. La Cour de cassation considère que s'il appartient à l'employeur de déterminer les modalités d'organisation du vote après consultation des organisations syndicales, il ne peut déroger aux dispositions du Code du travail qui imposent un scrutin secret et sous enveloppe. L'organisation d'un référendum par vote électronique est donc proscrite et sanctionnée par l'annulation de l'approbation référendaire⁽⁴¹⁷⁾. Cette solution doit s'appliquer en cas de ratification d'un dispositif de participation financière à la majorité des deux tiers du personnel.

285. – L'organisation de la ratification... Le régime de la ratification à la majorité qualifiée du personnel en matière de participation financière impose un socle de garanties minimales dans le déroulement du scrutin. Ces éléments visent à proclamer un résultat sans tache qui favorisera l'engagement des parties⁽⁴¹⁸⁾. La loi du 4 mai 2004⁽⁴¹⁹⁾ prévoyait que « si les organisations syndicales de salariés signataires ne satisfont pas à la condition de majorité, le texte peut être soumis, dans des conditions fixées par décret et devant respecter les principes généraux du droit électoral, à l'approbation, à la majorité des suffrages exprimés, des salariés de l'entreprise ou de l'établissement, à l'initiative des organisations de salariés signataires, à laquelle des organisations syndicales de salariés non signataires peuvent s'associer »⁽⁴²⁰⁾. En application de cette disposition, des précisions sur l'organisation de ce référendum ont été apportées par le décret du 28 janvier 2005⁽⁴²¹⁾.

Les dispositions légales relatives à la ratification des accords par les salariés ont été modifiées par la loi du 20 août 2008. Aucun décret d'application des nouvelles dispositions n'a été publié, les dispositions réglementaires prises en application de la loi du 4 mai 2004 restant applicables⁽⁴²²⁾. La demande conjointe conçue comme un protocole d'accord préférendaire peut préciser que l'approbation par les salariés doit avoir lieu pendant le temps de travail et à scrutin secret. L'organisation matérielle incombe à l'employeur et le résultat du vote fait l'objet d'un procès-verbal annexé à l'accord approuvé lors de son dépôt⁽⁴²³⁾.

Les modalités d'organisation de l'approbation référendaire concernent les règles d'information des salariés sur le texte de la convention ou de l'accord, le lieu, la date et l'heure du scrutin, les normes d'organisation et de déroulement du vote, le texte de la question soumise au vote des salariés⁽⁴²⁴⁾. Ces derniers doivent être informés

(416) C. trav., art. D. 2232-2.

(417) Cass. soc., 27 janv. 2010, pourvoi n° 09-60.240 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 25.

(418) J. Grimaldi d'Esdra, *Nature et régime juridiques du référendum en droit social* : *Dr. soc.* 1994, p. 397, spéc. p. 409.

(419) L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (*JO* 5 mai, p. 7983).

(420) C. trav., anc. art. L. 2232-12.

(421) D. n° 2005-64, 28 janv. 2005, relatif à la consultation des salariés instaurée par les articles L. 132-2-2 et L. 132-26 du Code du travail (*JO* 30 janv., p. 1608).

(422) Un rapport sur la mise en application de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a été transmis par le Gouvernement au Parlement le 16 avril 2009. Il précise que « le renvoi à des décrets prévus par les articles 8 et 9 de la loi n'a pas donné lieu à l'élaboration de textes nouveaux : en effet, les dispositions réglementaires préexistantes dans le Code du travail suffisent à l'application complète des dispositions législatives nouvelles ». Il convient cependant de préciser que les articles de la partie réglementaire renvoient aux articles L. 2232-12 à L. 2232-15 et L. 2232-25 à L. 2232-27. Or seuls les articles L. 2232-14 et L. 2232-27 font état de l'approbation à la majorité des suffrages exprimés.

(423) C. trav., art. D. 2232-2.

(424) C. trav., art. D. 2232-3.

quinze jours au moins avant la date du scrutin, de l'heure et de la date du vote ainsi que du contenu de l'accord et du texte de la question soumise au vote⁽⁴²⁵⁾. Pour la ratification d'accords de participation financière, une information précise sur l'objet de la consultation est nécessaire. En dépend la qualité de l'approbation collective du personnel. Il est admis que l'employeur peut informer les salariés par la diffusion de documents d'information émanant de la direction et des organisations syndicales⁽⁴²⁶⁾.

2° La décision unilatérale

286. – La notion de décision unilatérale de l'employeur comme modalité de mise en place d'un plan d'épargne⁽⁴²⁷⁾ ou d'un régime volontaire de participation aux résultats⁽⁴²⁸⁾ étant imprécise, il convient d'identifier sa nature (a) avant d'en examiner la mise en œuvre (b).

a) La nature de la décision unilatérale

287. – L'acte juridique unilatéral par lequel une personne manifeste la volonté de s'obliger envers une autre sans qu'ait été constatée l'acceptation expresse ou tacite de cette dernière constitue un engagement unilatéral de volonté⁽⁴²⁹⁾. L'engagement par volonté unilatérale de l'employeur constitue une source autonome de dettes dont les salariés sont créanciers : l'employeur s'engage à accorder un avantage déterminé à un ou plusieurs salariés de l'entreprise. Il confère un caractère contraignant à l'octroi d'avantages, quelle que soit la forme dans laquelle l'employeur manifeste sa volonté de les consentir⁽⁴³⁰⁾. L'employeur peut subordonner l'avantage accordé à certaines exigences dès lors que tous les salariés de l'entreprise peuvent en bénéficier dans les mêmes conditions⁽⁴³¹⁾.

En droit du travail, l'engagement unilatéral constitue une source d'obligations à la charge de l'employeur⁽⁴³²⁾. Il ne crée pas de nouvelles obligations à la charge des salariés. Pour certains auteurs, il ne s'agit que « de l'application naturelle de l'article 1119 du Code civil »⁽⁴³³⁾ : ils considèrent que « rédigé à propos du contrat, cet article vaut *a fortiori* pour l'engagement unilatéral »⁽⁴³⁴⁾. À l'instar de la mise en place d'un plan d'épargne salariale par décision unilatérale, cet engagement peut découler des décisions prises par l'employeur à l'issue d'une négociation d'entreprise qui n'a pas abouti lorsqu'elles sont consignées dans le procès-verbal de désaccord

(425) C. trav., art. D. 2232-4.

(426) Cass. soc., 18 juin 2003, pourvoi n° 01-60.837 : *Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1136, p. 14.

(427) Sont ici visés le plan d'épargne d'entreprise (PEE), le plan d'épargne groupe (PEG) et le plan d'épargne pour la retraite collectif (PERCO). Le plan d'épargne interentreprises (PEI) n'est pas concerné car il doit nécessairement faire l'objet d'un accord (C. trav., art. L. 3333-2).

(428) C. trav., art. L. 3323-6. Cette modalité de mise en place d'un dispositif de participation financière n'est reconnue qu'au profit du plan d'épargne salariale ou d'un accord de participation volontaire. Ni un accord de participation obligatoire qui emploie habituellement cinquante salariés, ni un accord d'intéressement ne peut en faire l'objet.

(429) G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, p. 397.

(430) J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, n° 117, p. 137, spéc. p. 138.

(431) Cass. soc., 18 mai 1999, pourvoi n° 98-40.201 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 213.

(432) E. Dockès, *L'engagement unilatéral de l'employeur* : *Dr. soc.* 1994, p. 227.

(433) « On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même. »

(434) E. Dockès, *L'engagement unilatéral de l'employeur* : *Dr. soc.* 1994, p. 227, spéc. p. 234, note (60).

qui clôt la négociation⁽⁴³⁵⁾. L'existence d'un engagement unilatéral est avérée lorsque la preuve de la volonté de l'employeur de s'engager est apportée, dans son existence comme dans son contenu, par celui qui l'invoque⁽⁴³⁶⁾. La seule expression de volonté claire et dénuée d'ambiguïté de l'employeur suffit à caractériser un engagement unilatéral⁽⁴³⁷⁾.

La Cour de cassation considère que la nature de l'avantage consenti par un engagement unilatéral de l'employeur n'a pas d'importance. Il peut porter sur l'adhésion à un régime d'assurance complémentaire⁽⁴³⁸⁾. La décision unilatérale de mettre en place un plan d'épargne ou un régime de participation aux résultats de manière volontaire qui est prise par l'employeur devant le comité d'entreprise peut constituer un engagement unilatéral de ce dernier⁽⁴³⁹⁾, l'information collective étant garantie par la prise de la décision devant les institutions représentatives du personnel. Elle profite à tous les salariés, même à ceux qui n'avaient pas cette qualité lorsque l'employeur s'est rendu débiteur⁽⁴⁴⁰⁾. La seule déclaration unilatérale de volonté de l'employeur suffit en soi à le lier. Lorsque cette volonté concerne la mise en place d'un plan d'épargne, elle est constitutive d'un engagement unilatéral de l'employeur. La même solution peut être retenue pour la mise en place volontaire de la participation aux résultats.

288. – La mise en place par décision unilatérale des plans d'épargne ou de la participation volontaire revêt la nature d'un acte juridique unilatéral⁽⁴⁴¹⁾. Aux engagements unilatéraux de l'employeur à caractère collectif, il n'est pas reconnu la force obligatoire reconnue aux accords collectifs d'entreprise au sens du Code du travail⁽⁴⁴²⁾. Les engagements unilatéraux sont qualifiés par certains auteurs de normes atypiques qui « se sont développées sur la faille de plus en plus large qui est apparue dans l'édifice imaginé par le législateur »⁽⁴⁴³⁾, allant jusqu'à les qualifier de « bricolage juridique ». L'intégration de ces normes atypiques dans le *corpus* législatif de la participation financière confère à la décision unilatérale de l'employeur de mettre en place un plan d'épargne la force normative d'un accord collectif.

b) La mise en œuvre de la décision unilatérale

289. – La mise en place par décision unilatérale d'un plan d'épargne n'est possible que pour une entreprise non soumise à l'obligation de négocier avec le personnel ou en cas d'échec des négociations⁽⁴⁴⁴⁾. Le plan d'épargne est négocié avec le

(435) *Ibid.*, spéc. p. 228.

(436) *Ibid.*, spéc. p. 233.

(437) Cass. soc., 25 nov. 2003, pourvoi n° 01-17.501 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 294.

(438) Cass. soc., 19 janv. 1999, pourvoi n° 96-44.688 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 34.

(439) Cass. soc., 19 nov. 1997, pourvoi n° 94-43.223 : *Bull. civ.* 1997, V, n° 380.

(440) J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, n° 117, p. 137, spéc. p. 140.

(441) G. Pignarre, *Grandeur sans faiblesse de l'engagement unilatéral en droit du travail*, in *Mélanges en l'honneur du doyen Roger Decottignies*, PUG, 2003, p. 283, spéc. p. 296, n° 15, p. 297. L'auteur fait état de la distinction qui existe entre, d'une part, les engagements de l'employeur qui ont la nature d'un engagement unilatéral de volonté et, d'autre part, ceux qui en ont la valeur.

(442) C. trav., art. L. 2232-16.

(443) A. Supiot, *La réglementation patronale de l'entreprise* : *Dr. soc.* 1992, p. 215, spéc. p. 219, n° 16.

(444) Lorsqu'une entreprise ne compte pas de délégué syndical ou de comité d'entreprise, la mise en place unilatérale du plan d'épargne peut être décidée immédiatement (C. trav., art. L. 3332-3). En revanche, pour la mise en place volon-

personnel lorsque l'entreprise comporte au moins un délégué syndical ou est dotée d'un comité d'entreprise⁽⁴⁴⁵⁾. Si, au terme de la négociation, aucun accord n'a été conclu, est établi un procès-verbal de désaccord qui consigne en leur dernier état les propositions respectives des parties et les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement. En pareil cas, le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel lorsqu'ils existent, sont consultés sur le projet de règlement du plan quinze jours au moins avant son dépôt auprès de la direction départementale du travail⁽⁴⁴⁶⁾.

Le plan d'épargne peut faire l'objet d'une note de service affichée sur les tableaux réservés à la direction pour sa communication avec le personnel. L'employeur est en mesure de mettre en place un plan d'épargne par décision unilatérale dans le cadre d'une circulaire interne⁽⁴⁴⁷⁾, un guide du personnel⁽⁴⁴⁸⁾ ou encore une note de service⁽⁴⁴⁹⁾. La Cour de cassation considère qu'aucun engagement de l'employeur ne peut résulter de simples commentaires qui figurent dans un document de travail interne sans valeur normative⁽⁴⁵⁰⁾. Sans constituer un revirement quant à la forme que doit revêtir un engagement unilatéral, cette jurisprudence suggère que l'employeur qui envisage de mettre en place un plan d'épargne informe, préalablement à sa prise de décision, le comité d'entreprise dans le cadre de ses attributions générales, ce dernier ayant vocation à être informé et consulté sur toutes les mesures qui intéressent la marche générale de l'entreprise. Cette simple information du comité d'entreprise sur le contenu de la décision unilatérale suffirait pour que l'employeur se prémunisse contre tout risque de contentieux sur la force normative du règlement du plan ainsi instauré.

Au nom de la sécurité juridique, l'enregistrement au titre des actes innommés de la note de service arrêtée par la direction de l'entreprise, ou tout autre *instrumentum* qui sert à la mise en place d'un plan d'épargne par décision unilatérale, est justifié. Il est possible de faire figurer la note de service dans le registre des délégués du personnel ou dans un procès-verbal de délibération du comité d'entreprise. Les modalités du règlement du plan d'épargne qui fait l'objet d'une mise en place par décision unilatérale doivent être consignées dans un document incontestable dans son contenu, son mode d'application et sa date.

B. – Une décision prise hors des acteurs de l'entreprise

290. – La décision ainsi prise constitue une forme de mise en place non négociée externe à l'entreprise. Cette modalité s'effectue à l'initiative de l'administration, par intervention de l'inspection du travail (1°) ou par l'intervention du juge (2°).

taire de la participation aux résultats de l'entreprise, la négociation est un préalable nécessaire. L'article L. 3323-6 du Code du travail dispose qu'en cas d'échec des négociations, l'employeur peut mettre en application unilatéralement un régime de participation.

(445) C. trav., art. L. 3332-4.

(446) C. trav., art. L. 3332-5.

(447) Cass. soc., 3 févr. 1993, pourvoi n° 90-40.927 : *Bull. civ.* 1993, V, n° 31 ; *RJS* 3/1993, n° 337.

(448) CA Paris, 22^e ch. B, 26 oct. 1990, *SA Air Total France c/ Schimanovitz* : *RJS* 1/1991, n° 129, p. 62.

(449) Cass. soc., 5 mars 1987, pourvoi n° 85-43.331 : *Bull. civ.* 1987, V, n° 115.

(450) Cass. soc., 19 mars 2008, pourvoi n° 06-44.509, inédit.

1° L'administration

291. – L'intervention de l'inspection du travail étant prévue exclusivement pour la mise en place de la participation aux résultats, ses modalités (a) et ses effets (b) suscitent de multiples interrogations.

a) Les modalités de l'intervention de l'administration

292. – Le moment du constat de l'inspection du travail (1) et son objet (2) soulèvent des difficultés quant à l'application de cette modalité de mise en place non négociée.

1) Le moment du constat

293. – Le droit à la réserve spéciale de participation des salariés naît à partir du moment où au moins cinquante salariés répondent à une condition d'emploi habituel au cours d'un exercice considéré. Une entreprise qui compte pendant six mois, consécutifs ou non, un effectif d'au moins cinquante salariés a l'obligation de mettre en place la participation aux résultats pour l'exercice de référence. En l'absence d'accord de participation négocié dans le délai d'un an suivant la clôture de l'exercice au titre duquel sont nés les droits des salariés, l'inspecteur du travail constate cette carence. Pour un exercice d'une durée de douze mois, l'employeur dispose au plus d'un délai d'un an et six mois pour conclure un accord de participation sans que l'inspecteur du travail intervienne.

L'emploi habituel de cinquante salariés doit être atteint au cours de l'exercice considéré⁽⁴⁵¹⁾. L'administration fait référence à l'exercice fiscal ou social ou comptable⁽⁴⁵²⁾. Le calcul de la réserve spéciale de participation est fonction du bénéfice net fiscal, des capitaux propres de l'entreprise, de la masse salariale et de la valeur ajoutée⁽⁴⁵³⁾. Il faut considérer que l'exercice à prendre en considération pour apprécier la condition d'emploi habituel de cinquante salariés est l'exercice fiscal. Le délai d'un an dans lequel l'inspecteur du travail doit constater l'absence d'accord doit être décompté dès la clôture de l'exercice fiscal de référence.

Afin de permettre à une entreprise de fixer une date de clôture de l'exercice fiscal adaptée à l'évolution de son activité⁽⁴⁵⁴⁾, une entière liberté lui est laissée. Une entreprise peut atteindre le seuil de cinquante salariés qui remplissent une condition d'emploi habituel au cours d'une année civile. En revanche, elle peut ne pas avoir atteint ce seuil au cours d'un exercice fiscal qui aurait commencé le 1^{er} juillet et aurait été clôturé le 30 juin. Il conviendra donc d'apprécier le respect de la condition d'emploi habituel au cours de l'exercice fiscal de référence.

2) L'objet du constat

294. – La participation est un droit pour les salariés⁽⁴⁵⁵⁾. Si le contrat de travail d'un salarié est rompu avant que ne soit calculée la réserve spéciale de participation

(451) C. trav., art. R. 3322-1.

(452) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 1 II B : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(453) C. trav., art. L. 3324-1.

(454) P. Serlooten, *Droit fiscal des affaires*, Dalloz, 10^e éd. 2011, n° 74, p. 75, spéc. p. 76.

(455) J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 26^e éd. 2011, n° 911.

de l'exercice au cours duquel il a quitté l'entreprise, il doit bénéficier de la quote-part de participation qui lui revient, au prorata du temps passé au sein de l'entreprise. En matière d'intéressement, la résiliation du contrat de travail pour faute grave ou lourde ne peut entraîner la suppression des droits acquis par le salarié en application du principe de non-exclusion. Cette solution peut être étendue aux sommes versées au titre de la participation aux résultats, le principe de non-exclusion devant également être respecté en cette matière. À compter de la naissance de l'obligation de l'employeur, le droit de créance des salariés sur la réserve spéciale de participation est né. Il y a concomitance entre la naissance de l'obligation de l'entreprise de mettre en place la participation et l'obligation de verser aux salariés une quote-part de réserve spéciale de participation.

L'obligation qui pèse sur l'employeur est de payer une somme d'argent, quel que soit son fait générateur, qu'elle résulte d'un acte juridique ou d'un fait juridique⁽⁴⁵⁶⁾. L'acte juridique se matérialise par la négociation d'un accord de participation aux résultats. Le fait juridique sera l'atteinte du seuil de cinquante salariés auquel l'éventuelle existence de l'acte juridique est subordonnée. C'est l'existence de ce fait juridique et l'absence d'acte juridique qui doit alors être constatée par l'inspecteur du travail dans un délai d'un an suivant la clôture de l'exercice fiscal au titre duquel sont nés les droits des salariés.

b) Les effets de l'intervention de l'administration

295. – La mise en œuvre de l'obligation de l'employeur est subordonnée à l'intervention de l'inspecteur du travail dans le délai d'un an suivant la clôture de l'exercice fiscal au titre duquel les droits des salariés sont nés. La mise en place du régime d'autorité de la participation doit intervenir à l'initiative de l'inspection du travail⁽⁴⁵⁷⁾. Un régime plus sévère que celui normalement applicable en présence d'un accord de participation s'applique⁽⁴⁵⁸⁾. Suite au constat de carence de l'inspecteur du travail, les bénéficiaires du dispositif sont tous les salariés de l'entreprise. Aucune condition d'ancienneté ne peut être exigée⁽⁴⁵⁹⁾ ; la répartition de la réserve spéciale de participation se fait au prorata des salaires perçus. Seul un accord peut prévoir une condition d'ancienneté⁽⁴⁶⁰⁾ et une répartition uniforme ou proportionnelle à la durée de présence⁽⁴⁶¹⁾. La réserve de participation est placée en comptes courants bloqués pendant huit années au lieu de cinq lorsqu'un accord de participation a été négocié et que le salarié n'a pas demandé le déblocage immédiat de sa quote-part de participation. Le versement annuel obligatoire des intérêts⁽⁴⁶²⁾ est également imposé.

Ce régime à caractère « sanctionnateur »⁽⁴⁶³⁾ pénalise les salariés et non l'entreprise. L'indexation de la répartition sur le niveau de salaire individuel implique que

(456) C. Larroumet, *Les obligations – le contrat*, t. III, Economica, 6^e éd. 2007, n° 62.

(457) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 1 II : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(458) C. trav., art. L. 3323-5.

(459) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 1 II B : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(460) A. Derue et D. Jourdan, *Épargne salariale, intéressement, participation : Liaisons soc.* juin 2009, n° 15391, n° 69, p. 31.

(461) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 1 II B : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(462) *Ibid.*

(463) M. Hallopeau, C. Bapt et S. Béal, *Épargne, retraite, prévoyance d'entreprise*, éd. L'Argus de l'assurance, 2^e éd. 2011, p. 214.

le montant perçu par les bénéficiaires est très dispersé⁽⁴⁶⁴⁾. L'écart entre les hauts salaires et les bas salaires se répercute directement sur la quote-part de réserve spéciale de participation qui revient aux bénéficiaires. La période de blocage d'autorité réduit la disponibilité des sommes bloquées, permettant à l'entreprise de consacrer ces fonds à des investissements⁽⁴⁶⁵⁾ pour une durée plus longue. Une contrainte pour l'entreprise réside dans l'impossibilité de prévoir une formule dérogatoire de calcul de la participation qui, en tout état de cause, ne peut qu'être plus favorable à la formule légale⁽⁴⁶⁶⁾. La seconde est la rémunération des sommes obligatoirement bloquées à un taux majoré égal à 1,33 fois le taux moyen de rendement des obligations des sociétés privées publié par le ministre chargé de l'économie⁽⁴⁶⁷⁾. Le taux d'intérêt est librement choisi par les parties à l'accord de participation lorsqu'il est négocié⁽⁴⁶⁸⁾. Ces intérêts sur la réserve spéciale de participation placée en compte courant bloqué dans l'entreprise ne sont dus aux salariés que pendant la période d'indisponibilité⁽⁴⁶⁹⁾. Ils augmentent la participation qui revient aux salariés mais contribuent également à l'autofinancement de l'entreprise, ce qui limite l'impact de l'application du taux imposé.

Le Conseil d'État s'est prononcé sur la juridiction compétente pour apprécier la validité du constat de l'inspecteur du travail. Il n'a pas « le caractère d'un acte administratif détachable »⁽⁴⁷⁰⁾ du contentieux sur l'obligation de mettre en place un accord de participation. La suspension de l'acte de l'inspecteur du travail qui constate qu'une société assujettie à l'obligation de négocier un accord de participation ne l'a pas fait dans les délais impartis peut être ordonnée. En application de la théorie du bloc de compétences⁽⁴⁷¹⁾, le Conseil d'État considère que cette demande ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative. Il appartient aux juridictions judiciaires de se prononcer sur la validité de l'acte par lequel l'inspection du travail constate qu'une entreprise n'a pas conclu d'accord de participation dans les délais impartis⁽⁴⁷²⁾.

2° Le juge

296. – L'absence de constat de carence par l'inspecteur du travail est dépourvue de sanction car les dispositions légales sont applicables de plein droit et doivent être mises en œuvre du seul fait de l'ouverture des droits des salariés⁽⁴⁷³⁾. Le professeur Vatinet a donc pu considérer que l'inspecteur du travail n'intervenait guère dans la mise en œuvre du régime légal de participation dont les salariés doivent pouvoir

(464) S. Benhamou, *Le partage collectif des bénéfices : un outil efficace pour la productivité et le pouvoir d'achat ?*, Centre d'analyse stratégique, févr. 2009, La note de veille n° 124, p. 3.

(465) C. trav., art. L. 3323-2.

(466) C. trav., art. L. 3324-2.

(467) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 1 II B : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(468) R. Vatinet, *Intérêts sur placements en compte courant bloqué*, note ss Cass. soc., 4 juill. 2007 : JCP S 2007, 1839.

(469) Cass. soc., 4 juill. 2007, pourvoi n° 06-17994, inédit.

(470) CE, 18 juin 2003, n° 254727 : RJS 10/2003, n° 1198.

(471) Lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique peut engendrer des contestations contentieuses qui se répartiraient entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est pertinent d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

(472) CE, 18 juin 2003, n° 254727 : RJS 10/2003, n° 1198.

(473) CA Paris, 24 oct. 2002 : RJS 4/2003, n° 560.

bénéficier⁽⁴⁷⁴⁾. Le juge judiciaire peut prononcer des astreintes contre une entreprise qui n'exécute pas ses obligations au titre de la participation⁽⁴⁷⁵⁾. En principe, il a compétence pour connaître de tous les litiges nés de l'application des dispositions relatives à la participation⁽⁴⁷⁶⁾, sans autre limite que la compétence spéciale reconnue au juge des impôts directs⁽⁴⁷⁷⁾. Cette compétence est appréciée de façon large. Il en résulte qu'un litige qui porte sur les modalités de prise en compte des salaires déclarés pour la détermination des dotations à la réserve de participation est de la compétence des juridictions judiciaires⁽⁴⁷⁸⁾ en dépit du fait que le montant des salaires déclarés à l'administration fiscale était différent et que le litige ne portait pas sur le montant des salaires déclarés à l'administration fiscale⁽⁴⁷⁹⁾.

Entre le moment où l'obligation incombant à l'employeur de mettre en place la participation est née et la date d'intervention de l'inspecteur du travail en raison de l'absence d'accord, la juridiction judiciaire a vocation à intervenir lorsque l'employeur n'a pas appliqué les dispositions légales de la participation aux résultats alors que la créance des salariés est déjà née. L'administration avait déjà considéré que lorsqu'une entreprise constate qu'elle n'a pas respecté le délai de conclusion d'un accord de participation, elle a la possibilité d'appliquer spontanément le régime d'autorité sans attendre le constat de l'inspecteur du travail. Elle doit néanmoins l'en informer⁽⁴⁸⁰⁾.

297. – Dans le délai d'un an suivant la clôture de l'exercice au titre duquel sont nés les droits des salariés, l'absence de constat par l'inspecteur du travail est sans conséquences. Il ne prive pas les bénéficiaires du droit de demander au juge de faire application du régime légal de participation prévu par l'article L. 3323-5 du Code du travail dès lors que les conditions de sa mise en œuvre sont réunies⁽⁴⁸¹⁾. Le constat de l'inspection du travail n'est pas une condition préalable à l'action en justice des salariés qui revendiquent l'application du régime d'autorité⁽⁴⁸²⁾.

L'autorité de la chose jugée donne au jugement prononcé une valeur singulière⁽⁴⁸³⁾. Seules les questions litigieuses effectivement tranchées par le juge et contenues dans le dispositif ont, en principe, l'autorité de la chose jugée⁽⁴⁸⁴⁾. Une décision

(474) R. Vatinet, note ss Cass. soc., 13 sept. 2005 : JCP S 2005, n° 1446, spéc. p. 36.

(475) C. trav., art. L. 3326-2.

(476) L'article R. 3326-1 du Code du travail précise que le juge judiciaire compétent est le tribunal de grande instance ou le tribunal d'instance selon le montant de la demande. Cette compétence de droit commun résulte du caractère collectif de la participation.

(477) C. trav., art. L. 3326-1.

(478) J.-Y. Kerbouc'h, *Compétence du juge judiciaire pour connaître des litiges portant sur un accord de participation*, note ss Cass. soc., 2 déc. 2008, pourvois n°s 07-16.615 et 07-42.506 : JCP S 2009, 1074.

(479) Cass. soc., 2 déc. 2008, pourvois n°s 07-16.615 et 07-42.506 : Bull. civ. 2008, V, n° 241. En tout état de cause, « les salaires à retenir pour le calcul du montant de la réserve spéciale de participation des salariés étant constitués, selon l'article D. 3324-1 du Code du travail, par les rémunérations définies à l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, l'employeur n'est pas fondé à contester l'intégration dans l'assiette de calcul de la réserve spéciale de participation des sommes déclarées à l'administration avoir été versées à titre de salaires » (Cass. soc., 17 mai 2011, pourvoi n° 10-10.957, publié au Bulletin).

(480) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 2 II : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(481) Cass. soc., 13 sept. 2005, pourvoi n° 03-10.502 : Bull. civ. 2005, V, n° 250 ; RJS 11/2005, n° 1128 ; JCP S 2005, n° 1446.

(482) *Les mesures exceptionnelles d'intéressement et de participation : Semaine sociale Lamy 2005*, n° 1232, p. 4.

(483) S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, droit interne et communautaire*, Dalloz, 30^e éd. 2010, n° 1090, p. 749, spéc. p. 750.

(484) Cass. 1^{er} civ., 8 juill. 1994, pourvoi n° 91-17.250 : Bull. civ. 1994, I, n° 240. – Cass. com., 4 nov. 2008, pourvoi n° 07-10.449, inédit.

de justice qui ferait état, dans son dispositif, de la mise en œuvre du régime légal de la participation, vaudrait mise en place du dispositif. La force de vérité légale⁽⁴⁸⁵⁾ que confère l'autorité de la chose jugée à tout acte juridictionnel permet de parler d'une véritable mise en place judiciaire de la participation des salariés aux résultats de l'entreprise, seul dispositif de participation financière obligatoire dont le régime est organisé par le législateur. L'intéressement étant facultatif, il n'entre pas dans les pouvoirs du juge de déterminer le contenu d'un accord d'intéressement et d'en imposer l'application même s'il se réfère aux clauses d'un accord antérieur devenu caduc. Il ne lui appartient pas d'instituer un accord d'intéressement identique à ce qui avait été mis en place pour une période triennale antérieure⁽⁴⁸⁶⁾.

*
* *

298. – La mise en place des dispositifs pérennes de participation financière peut être effectuée au sein d'une multitude de lieux, qu'ils soient dotés ou non de la personnalité morale. Cet éventail de lieux témoigne de l'ubiquité des dispositifs de participation financière, leur « adaptabilité » à l'entreprise étant optimale. Leur utilisation au sein de la société européenne est théoriquement possible, ce qui démontre la volonté du législateur français de les diffuser le plus largement possible.

Cette ubiquité est favorisée grâce à l'éventail des modalités de mise en place proposé par le législateur. La négociation est le vecteur principal des dispositifs de participation financière mais les dispositions légales qui s'appliquent permettent leur mise en place de façon non négociée, y compris par des acteurs qui ne bénéficient pas des avantages qui découlent des dispositifs de participation financière. Pour la mise en place des dispositifs de participation financière, plusieurs modalités peuvent être utilisées et les inconvénients que présente le droit commun dans certaines hypothèses ne se rencontrent pas nécessairement. L'évolution de la législation sur la négociation collective de droit commun tend, au demeurant, vers une généralisation de la négociation dérogatoire telle qu'elle était déjà pensée pour la mise en place des dispositifs de participation financière, précurseurs en la matière.

(485) C. civ., art. 1350. Le terme présomption ne paraît pas approprié pour illustrer la portée réelle de l'autorité de la chose jugée. Cette présomption est en réalité une règle de fond qui ne peut être détruite, ce qui permet de la qualifier d'irréfragable. La chose jugée, tenue pour vraie, est censée l'être. Plus qu'une présomption, la chose jugée a force de vérité légale.

(486) Cass. soc., 2 mars 2010, pourvoi n° 08-12.238, inédit.

LA DISPARITION DES DISPOSITIFS PÉRENNES

299. – La disparition des dispositifs pérennes de participation financière comporte quelques spécificités qu'il convient d'aborder. Elle sera étudiée au regard des règles juridiques applicables (Section 1). Cette disparition n'est pas que technique au regard de l'instrumentalisation par les pouvoirs publics de ces dispositifs. Une disparition pouvant être qualifiée de politique (Section 2) sera mise en exergue dans un second temps.

S E C T I O N 1

LA DISPARITION JURIDIQUE

300. – La disparition juridique des dispositifs de participation financière peut faire l'objet d'un examen sous deux angles différents. Elle doit être examinée en présence d'une restructuration (§ 2) ou en dehors d'une telle circonstance (§ 1).

§ 1. – La disparition en l'absence de restructuration

301. – La disparition d'un dispositif de participation financière peut être requise par l'administration (A) ou voulue par les parties (B).

A. – La disparition requise par l'administration

302. – À la suite d'un contrôle, l'autorité administrative peut demander le retrait ou la modification d'un dispositif de participation financière. Cette demande de mise en conformité peut se traduire par une dénonciation émanant de la totalité des signataires employeurs ou salariés. Elle a vocation à emporter une nouvelle négociation d'un accord conforme aux prescriptions légales⁽¹⁾. Si l'accord ne comporte

(1) C. trav., art. L. 3345-2.

que des maladresses de rédaction ou des imprécisions, un simple échange avec l'entreprise peut suffire à résoudre les difficultés. La mise en œuvre de la dénonciation suite à une demande de mise en conformité peut faire l'objet d'une conception restrictive (1°) ou extensive (2°), selon que la dénonciation est envisagée comme seul ou ultime recours.

1° La conception restrictive : la dénonciation comme seul recours

303. – Deux techniques s'offrent aux employeurs qui veulent remettre en cause certains des avantages stipulés dans un accord collectif à durée indéterminée : entamer une négociation en vue de la révision de l'accord ou le dénoncer pour négocier ensuite son remplacement⁽²⁾. Lorsque l'autorité administrative demande le retrait ou la modification de stipulations contraires aux dispositions légales, les parties à l'accord de participation financière ont-elles l'obligation de le dénoncer ou la révision est-elle possible ? Le législateur n'a pas prévu la possibilité de réviser l'accord qui fait l'objet d'une demande de mise en conformité. Les dispositions relatives aux dispositifs de participation financière sont d'ordre public absolu. Il n'est pas possible d'y déroger sans l'autorisation expresse de la loi⁽³⁾. La gravité des manquements relevés dans l'accord qui fait l'objet d'une demande de mise en conformité justifie que seule la dénonciation soit admise⁽⁴⁾. La conception restrictive suppose que seule la dénonciation permet la mise en conformité de l'accord litigieux. Mais retenir la dénonciation comme seule procédure de mise en conformité d'un accord de participation financière suscite des difficultés.

304. – La dénonciation unilatérale d'un accord de participation financière est soumise à un délai de préavis de trois mois à compter de la décision de dénoncer. La dénonciation par l'employeur ou par « l'élément salarié »⁽⁵⁾ produit ses effets à compter du dépôt de la dénonciation auprès de l'unité territoriale de la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi. L'ancien accord continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur d'un accord de substitution et pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis⁽⁶⁾. À défaut de dispositions conventionnelles contraires, un accord de substitution de mise en conformité peut être négocié pendant un délai maximal de quinze mois à compter du dépôt de la dénonciation auprès de l'administration. Pendant la période de survie, un accord de participation financière dénoncé en raison de la non-conformité de ses dispositions à la législation applicable peut produire ses effets au cours d'une année ou d'un exercice donné alors même qu'il est illégal⁽⁷⁾.

(2) J. Savatier, *L'accord de substitution à un accord collectif ayant fait l'objet d'une dénonciation* : *Dr. soc.* 1995, p. 178, spéc. p. 181.

(3) Cass. soc., 23 mai 2007, pourvois n°s 04-20.157, 04-20.340, 05-10.244 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 83.

(4) G. Lyon-Caen, *Négociation collective et législation d'ordre public* : *Dr. soc.* 1973, p. 89, spéc. p. 90.

(5) B. Teysié, *Droit du travail – Relations collectives*, Litec, 7^e éd. 2011, n° 1148.

(6) C. trav., art. L. 2261-10 et L. 2261-11.

(7) Certains auteurs ont considéré que l'accord de participation aux résultats conclus au sein du comité d'entreprise ou ratifié par le personnel cesse de s'appliquer, sauf dispositions contraires prévues par l'accord, ce dernier étant un accord atypique et non un accord collectif (G. Bordier, *Participation aux résultats* : *JCl. Travail Traité*, Fasc. 27-20, n° 130). L'accord atypique n'étant pas un accord, il ne serait pas nécessaire de respecter la procédure de dénonciation d'une convention d'entreprise (G. Vachet, *Les accords atypiques* : *Dr. soc.* 1990, p. 620, spéc. p. 624). Admettre que les

La dénonciation du dispositif en raison de son illégalité ne devrait pas priver les sommes versées pendant la période de survie du régime fiscal et social plus favorable applicable aux sommes issues de l'intéressement et de la participation. À défaut, aucune incitation à la mise en conformité n'existerait : la sanction de l'application de l'accord illégal serait identique à la sanction de l'application de l'accord dénoncé en vue de sa mise en conformité. La période de survie permet le maintien des avantages qui découlent d'un accord, non du régime applicable aux avantages consentis. L'illégalité de l'accord dénoncé risque d'affecter le régime applicable aux sommes versées dans l'attente de l'entrée en vigueur d'un accord de substitution. Sauf à considérer que le régime de faveur applicable au dispositif de participation financière dénoncé bénéficie d'une immunité pendant la période de survie, la conception restrictive de la dénonciation de mise en conformité doit être écartée.

2° La conception extensive : la dénonciation comme ultime recours

305. – L'analyse extensive permet une lecture plus souple des dispositions applicables. Une convention collective forme entre les signataires un ensemble contractuel dont certaines dispositions ne peuvent être écartées partiellement que d'un commun accord ou dans les conditions fixées par les parties⁽⁸⁾. Une dénonciation unilatérale partielle est donc nulle⁽⁹⁾. En dépit du principe d'interdiction posé par la Cour de cassation, la dénonciation de mise en conformité pourrait s'analyser en une forme de dénonciation partielle. Une exception au principe paraît justifiée dès lors que la dénonciation prononcée est la conséquence d'une requête de l'administration et non le seul fruit de la volonté unilatérale des parties signataires. Le cas échéant, les difficultés liées à la dénonciation d'un dispositif de participation financière ressurgiront.

Selon certains auteurs, l'interdiction de la dénonciation partielle est d'opportunité : elle permet de « distinguer nettement la dénonciation de l'accord et sa révision »⁽¹⁰⁾. À défaut d'admettre la dénonciation partielle des accords de participation financière, la demande de mise en conformité peut être satisfaite par la négociation d'un avenant de révision. L'administration précise que cette révision ne peut être effectuée que par un avenant conclu selon l'une des formes prévues pour la signature des accords d'intéressement ou de participation⁽¹¹⁾. Elle considère qu'un avenant de régularisation n'est exigé que si l'accord comporte des clauses illégales⁽¹²⁾. La révision de mise en conformité admise dans la conception extensive suscite quelques difficultés. La faculté de négocier un avenant de révision est reconnue au salarié mandaté ou aux représentants élus du personnel dans les entreprises

dispositifs de participation financière ainsi conclus ont la nature d'accords collectifs et non d'accords atypiques car les modalités de mise en place en question sont prévues par le Code du travail implique qu'ils doivent être dénoncés conformément aux dispositions des articles L. 2261-9 et suivants du Code du travail.

(8) Cass. soc., 21 nov. 1973, pourvoi n° 72-40.228 : *Bull. civ.* 1973, V, n° 592.

(9) Cass. soc., 5 déc. 2007, pourvoi n° 06-43.554, inédit.

(10) Y. Chalaron, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, p. 267, n° 264.

(11) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 3 III ; Dossier Participation : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(12) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Mission des Services, fiche 3 I : JO 1^{er} nov., p. 17179.

de moins de deux cents salariés⁽¹³⁾. Qu'en est-il de l'accord conclu en application des modalités de négociation spécifiques à la participation financière ou du dispositif conclu avec le représentant de la section syndicale ?

306. – En l'absence de dispositions spécifiques, ce sont les dispositions relatives à la révision de droit commun qui s'appliquent⁽¹⁴⁾. La révision envisagée par les dispositions de droit commun habilite les seules organisations syndicales de salariés représentatives signataires de l'accord initial à signer l'avenant portant révision de l'accord de participation financière. Le représentant de la section syndicale n'est pas habilité à réviser un accord de participation financière. Pour contourner cette difficulté, il convient de prévoir dans l'accord envisagé des clauses spécifiques relatives à la révision d'un accord de participation financière conclu avec le représentant de la section syndicale⁽¹⁵⁾. En application du parallélisme des compétences⁽¹⁶⁾, il conviendrait que l'avenant de révision soit également soumis à l'approbation des salariés à la majorité des suffrages exprimés⁽¹⁷⁾. La révision de l'accord de participation financière conclu au sein du comité d'entreprise, avec un salarié mandaté dans une entreprise de plus de deux cents salariés ou ratifié par la majorité des deux tiers du personnel n'est pas autorisée par les dispositions de droit commun. Le recours à ces modalités de révision est subordonné à leur indication dans l'accord qui met en place le dispositif envisagé.

Si les partenaires sociaux ne s'accordent pas sur la mise en conformité de l'accord de participation financière par un avenant de révision ou à défaut de dispositions conventionnelles qui aménagent les modalités de révision, la dénonciation unilatérale « totale » de l'accord litigieux à l'initiative de l'une des parties devra être demandée en vue de la renégociation ultérieure d'un accord de substitution conforme aux dispositions législatives et réglementaires⁽¹⁸⁾. Dans l'analyse extensive, la possibilité de dénoncer un accord de participation financière suite à une demande de mise en conformité constitue un ultime recours. Les délais nécessaires avant que la dénonciation ne produise effet peuvent inciter l'employeur à préférer négocier un simple avenant de révision. Le risque que l'employeur entre dans la voie de la dénonciation peut inciter les signataires de l'élément salarié à une certaine souplesse dans l'acceptation d'une révision de mise en conformité⁽¹⁹⁾. La souplesse de la procédure de mise en conformité effectuée conformément à la conception extensive doit être privilégiée.

(13) C. trav., art. L. 2232-29. Il précise que les signataires de l'accord modifié sont les seuls habilités à signer l'avenant de révision.

(14) C. trav., art. L. 2261-7.

(15) C. trav., art. L. 2222-5.

(16) S. Becque-Ickowicz, *Le parallélisme des formes en droit privé*, éd. Panthéon-Assas, coll. « Thèses », 2004, p. 368, n^{os} 493 et s.

(17) C. trav., art. L. 2232-14.

(18) A. Derue et D. Jourdan, *Épargne salariale, intéressement, participation : Liaisons soc.* juin 2009, n^o 15391, n^o 39.

(19) J. Savatier, *L'accord de substitution à un accord collectif ayant fait l'objet d'une dénonciation : Dr. soc.* 1995, p. 178, spéc. p. 181.

B. – La disparition voulue par les signataires

307. – Le caractère aléatoire des dispositifs de participation financière affecte la procédure à mettre en œuvre lors de la disparition voulue par les signataires (1°). Son impact sur le devenir des avantages envisagés mérite également examen (2°).

1° L'impact du caractère aléatoire sur la procédure envisagée

308. – En fonction des dispositifs de participation financière et de leurs modalités de mise en place, le respect du caractère aléatoire, au stade de la dénonciation, est obligatoire (a) ou facultatif (b).

a) Le respect obligatoire du caractère aléatoire

309. – Le caractère obligatoire du principe d'imprévisibilité lors de la dénonciation est mis en lumière par l'examen des dispositifs de participation financière organisée bilatéralement (1) ou unilatéralement (2).

1) Un respect obligatoire pour certains dispositifs mis en place bilatéralement

310. – Des modalités spécifiques de dénonciation sont prévues pour l'accord d'intéressement⁽²⁰⁾. Il doit être dénoncé par l'ensemble des signataires et dans les mêmes formes que sa conclusion, sauf si la dénonciation survient consécutivement à une demande de mise en conformité de l'administration⁽²¹⁾. Un accord d'intéressement est conclu pour une durée de trois ans⁽²²⁾ ; il est donc logique que la dénonciation unilatérale par l'une ou l'autre des parties soit interdite⁽²³⁾. Cette disposition spécifique à l'intéressement fait échec à la dénonciation de droit commun des accords à durée indéterminée⁽²⁴⁾. Sont proscrites les clauses dites « de dénonciation »⁽²⁵⁾ qui remettraient en cause le caractère aléatoire⁽²⁶⁾. Pour être applicable à l'exercice en cours, la dénonciation doit respecter les mêmes conditions de délai et de dépôt que l'accord⁽²⁷⁾. Elle doit être notifiée à l'autorité administrative dans un délai de quinze jours⁽²⁸⁾ à compter du premier jour de la deuxième moitié de la période de calcul qui suit la date de prise d'effet souhaitée⁽²⁹⁾. En cas de non-respect de cette fenêtre de dénonciation, l'entreprise ne pourra pas s'en prévaloir pour justifier le défaut de versement aux salariés de leur prime d'intéressement pour

(20) C. trav., art. D. 3313-5.

(21) C. trav., art. D. 3313-5.

(22) C. trav., art. L. 3312-5. L'article 1^{er} de la loi n° 2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2011 (JO 29 juill., p. 12922) dispose que, jusqu'au 31 décembre 2012, les entreprises employant habituellement moins de cinquante salariés peuvent conclure un accord d'intéressement pour une durée d'un an.

(23) A. Derue et A. Sauret, *Intéressement, participation, actionnariat des salariés*, éd. Liaisons, 2000, p. 41, n° 22.

(24) C. trav., art. L. 2261-9.

(25) Les règles qui se rapportent à la dénonciation d'un accord collectif sont d'ordre public. Les clauses visées sont en réalité des clauses d'un accord d'intéressement qui auraient pour effet de compromettre le versement de l'intéressement (clauses qui remettraient en cause l'accord si un montant minimum n'était pas dégagé, clauses de suspension de plein droit de l'exécution de l'accord).

(26) L'administration admet qu'une clause qui prévoit la dénonciation de plein droit d'un accord d'intéressement peut être insérée si cette dénonciation est subordonnée à la survenance de faits totalement indépendants de la volonté des parties (Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 3 III : JO 1^{er} nov., p. 17179).

(27) C. trav., art. D. 3313-7.

(28) C. trav., art. D. 3313-1.

(29) C. trav., art. L. 3314-4.

l'année considérée. Une dénonciation tardive ne sera effective qu'à compter de l'année suivante.

Un accord d'intéressement peut être dénoncé par l'ensemble des signataires⁽³⁰⁾. À défaut de dispositions conventionnelles spécifiques à la procédure de dénonciation d'un accord d'intéressement, aucun délai de préavis ni aucune période de survie de l'accord dénoncé ne sont prévus par les textes. La prise d'effet de la dénonciation d'un accord d'intéressement diffère de ce qui est prévu par la procédure de droit commun : elle a un effet rétroactif. La renégociation d'un accord d'intéressement étant programmée tous les trois ans, la finalité de cette procédure de dénonciation n'est pas la renégociation d'un accord de substitution. Elle permet à l'employeur de ne plus avoir à faire application du dispositif mis en place dans l'entreprise. Les restrictions résultant du caractère aléatoire lors de la mise en œuvre de la procédure de dénonciation d'un accord d'intéressement abondent dans ce sens.

311. – Le comité d'entreprise doit être consulté sur la dénonciation, celle-ci intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise. La dénonciation demeure sans effet jusqu'à l'accomplissement de cette formalité⁽³¹⁾. Cette consultation constitue une formalité substantielle contrairement à la consultation du comité d'entreprise préalable à la signature d'un accord de participation financière. La consultation de cette instance de représentation du personnel à l'occasion de la dénonciation, voulue ou requise, doit en principe intervenir avant que l'employeur ne notifie au comité d'entreprise sa volonté de dénoncer le dispositif existant. Lorsque le comité d'entreprise est signataire de l'accord de participation financière, sa consultation peut, au plus tard, être accomplie pendant la séance au cours de laquelle la dénonciation a lieu⁽³²⁾. La dénonciation par l'employeur⁽³³⁾ de l'accord de participation aux résultats ratifié par référendum implique une notification à chaque salarié après que le comité d'entreprise ait été informé du projet de dénonciation et dûment consulté⁽³⁴⁾.

2) Un respect obligatoire pour les dispositifs mis en place unilatéralement

312. – La dénonciation d'un dispositif volontaire de participation aux résultats ou d'un plan d'épargne mis en place unilatéralement ne peut être effectuée que par le seul employeur lorsqu'il est à durée indéterminée⁽³⁵⁾. Le régime volontaire de participation ou le plan d'épargne d'entreprise ne peut pas faire l'objet d'une dénon-

(30) La dénonciation de l'accord d'intéressement est effectuée dans les mêmes formes que sa conclusion. Les signataires de l'accord doivent être ceux qui s'accordent sur la dénonciation.

(31) Cass. soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 07-40.273 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 49 ; *Liaisons soc.* 76/2008, jurispr. hebdo, p. 1.

(32) *C. trav.*, art. D. 3323-8.

(33) Le parallélisme des compétences exige que la dénonciation par la partie salariée du dispositif de participation financière conclu avec la collectivité des salariés soit sollicitée par la majorité des deux tiers du personnel. Cette hypothèse ne devrait pas se rencontrer en pratique. Il est peu probable que la collectivité des salariés décide de dénoncer un accord qui lui procure un complément de rémunération.

(34) A. Derue et D. Jourdan, *Épargne salariale, intéressement, participation* : *Liaisons soc.* juin 2009, n° 15391, n° 72, spéc. p. 32.

(35) Cass. soc., 4 avr. 1990, pourvoi n° 86-42.626 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 161 ; *Dr. soc.* 1990, p. 806. – Cass. soc., 17 juin 1992, pourvoi n° 89-40.326 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 408 ; *RJS* 11/1992, n° 1319.

ciation s'il est mis en place pour une durée déterminée⁽³⁶⁾. L'accord d'entreprise qui a le même objet qu'un régime antérieurement instauré par engagement unilatéral de l'employeur le remet en cause et doit s'appliquer à l'ensemble du personnel⁽³⁷⁾. Il met fin à l'engagement unilatéral de l'employeur sans qu'il soit nécessaire de procéder à une dénonciation régulière⁽³⁸⁾. Un plan d'épargne d'entreprise ou un régime de participation volontaire qui fait l'objet d'un accord avec le personnel met fin au dispositif mis en place par décision unilatérale, sans qu'aucune dénonciation préalable ne soit requise. En l'absence de période de survie applicable à la dénonciation d'un engagement unilatéral, le respect du caractère aléatoire des dispositifs de participation financière implique que la dénonciation du régime de participation volontaire survienne avant le dernier jour du sixième mois de l'année ou de l'exercice au cours duquel elle est décidée. À défaut, elle ne sera effective qu'à compter de l'exercice suivant.

Les représentants du personnel doivent être informés de la résiliation par l'employeur du plan d'épargne d'entreprise ou du régime de participation volontaire dans un délai raisonnable pour permettre d'éventuelles négociations⁽³⁹⁾. Les personnes intéressées doivent également en être informées⁽⁴⁰⁾ individuellement⁽⁴¹⁾, la volonté de l'employeur n'étant opposable qu'aux salariés qui ont reçu une notification individuelle⁽⁴²⁾. La dénonciation d'un engagement unilatéral n'est pas soumise au délai minimum de préavis de la dénonciation de droit commun⁽⁴³⁾. En cas de renégociation et à défaut d'existence d'une période de survie suite à la dénonciation d'un engagement unilatéral, le caractère aléatoire implique que le délai suffisant pour la renégociation tombe avant la fin du sixième mois de l'année ou de l'exercice considéré. Un plan d'épargne d'entreprise ou un régime de participation volontaire qui fait l'objet d'une décision unilatérale ne peut faire l'objet d'une résiliation opposable⁽⁴⁴⁾ *erga omnes* que si l'employeur exécute son obligation de notification individuelle⁽⁴⁵⁾ avant le dernier jour du sixième mois de l'exercice considéré.

b) *Le respect facultatif du caractère aléatoire*

313. – Pour le respect du caractère aléatoire, l'administration considère que l'accord qui met en place un dispositif de participation aux résultats ne peut être dénoncé « avant la clôture d'au moins un exercice dont les résultats n'étaient ni connus ni prévisibles à la date de sa conclusion »⁽⁴⁶⁾. Au moins un exercice clos doit s'écouler avant que la faculté de dénoncer un accord de participation soit ouverte. Lorsque la moitié de l'exercice s'est écoulée, les résultats sont considérés comme

(36) S. Gaillard, S. Rousseau et J. Chambon, *L'épargne salariale : Semaine sociale Lamy* 2004, suppl., n° 1196, p. 44.

(37) Cass. soc., 5 mars 1997, pourvoi n° 95-42.396 : *Bull. civ.* 1997, V, n° 92.

(38) Cass. soc., 28 janv. 1998, pourvoi n° 95-45.220 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 50.

(39) Cass. soc., 10 nov. 1998, pourvoi n° 96-43.811 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 481.

(40) Cass. soc., 22 janv. 1992, pourvoi n° 89-42.841 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 25.

(41) Cass. soc., 23 oct. 1991, pourvoi n° 88-41.661 : *RJS* 01/1992, n° 60.

(42) Cass. soc., 17 nov. 1998, pourvoi n° 96-42.877, inédit.

(43) Cass. soc., 12 févr. 1997, pourvoi n° 96-40.972 : *Bull. civ.* 1997, V, n° 62.

(44) Cass. soc., 23 sept. 1992, pourvoi n° 89-45.656 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 479 ; *RJS* 11/1992, n° 1318.

(45) Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, thèse dactyl., Paris II, n° 265, p. 297.

(46) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 2 III : *JO* 1^{er} nov., p. 17179.

prévisibles⁽⁴⁷⁾. Le respect du caractère aléatoire impliquerait qu'aucune dénonciation n'intervienne entre le premier jour du septième mois de l'exercice considéré et sa clôture. La dénonciation unilatérale d'un accord de participation pourrait être demandée la première fois jusqu'au dernier jour du sixième mois du deuxième exercice d'application de l'accord.

La dénonciation qui ne respecterait pas la procédure prescrite par l'administration ne devrait pas pouvoir être remise en cause. Aucune disposition légale n'interdit la dénonciation d'un accord de participation aux résultats au cours de la seconde partie de l'exercice considéré. Soumis à la procédure de dénonciation de droit commun, l'accord dénoncé bénéficie d'une période de survie. Le caractère aléatoire n'est donc pas compromis par une dénonciation notifiée à l'autorité administrative à compter du premier jour du septième mois. Les sommes versées pendant la période de survie devront bénéficier du régime fiscal et social de faveur indépendamment de la dénonciation en cause. Lorsqu'un accord de substitution est conclu pendant la période de survie, il est applicable à l'exercice en cours si sa conclusion intervient avant le dernier jour du sixième mois. À défaut, son entrée en vigueur est reportée au début de l'exercice suivant. Le régime d'autorité s'appliquera à l'exercice considéré jusqu'à l'entrée en vigueur du régime de substitution.

314. – Dans le cadre des accords de participation de groupe conclus selon les modalités spécifiques⁽⁴⁸⁾, la dénonciation peut être effectuée au niveau du groupe par la société qui souhaite dénoncer l'accord. Cette dénonciation ne remet en cause que la participation de l'entreprise à l'accord de groupe et non l'existence de l'accord de groupe lui-même⁽⁴⁹⁾. La dénonciation de l'acte d'adhésion à un accord de groupe ne devrait pas, en soi, faire l'objet d'une remise en cause en cas de non-respect de la procédure préconisée par l'administration. Certains auteurs considèrent que seul serait remis en cause le bénéfice des régimes fiscal et social de faveur dont bénéficient les sommes versées aux salariés de l'entreprise sortie du champ d'application de l'accord de participation de groupe, le cas échéant⁽⁵⁰⁾. Le régime fiscal et social ne devrait pas être affecté, la sortie de l'entreprise du champ d'application de l'accord de groupe n'étant effective qu'à l'issue de la période de survie de l'acte d'adhésion.

2° L'impact du caractère aléatoire sur les avantages concernés

315. – La disparition des dispositifs de participation financière est effective en l'absence d'accord de substitution. L'impact du caractère aléatoire dans cette disparition est mis en exergue par l'identification de l'avantage envisagé (*a*) et l'éventualité de cet avantage (*b*).

(47) *Ibid.*

(48) C. trav., art. L. 3322-7.

(49) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 2 | E : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(50) S. Gaillard, S. Rousseau et J. Chambon, *L'épargne salariale : Semaine sociale Lamy* 2004, n° 1196, p. 44.

a) L'identification de l'avantage

316. – Lorsqu'une entreprise est soumise à l'obligation de mettre en place la participation aux résultats, la dénonciation d'un accord de participation, dérogatoire ou non, ne prive pas les salariés de l'avantage que constitue la quote-part de réserve spéciale de participation qui leur revient. L'absence d'accord de substitution ne fait pas obstacle à l'application de la participation aux résultats au sein de l'entreprise qui a dénoncé l'accord. Le régime légal moins favorable reste applicable. *A contrario*, la dénonciation d'un accord de participation volontaire ou d'un accord d'intéressement en l'absence d'accord de substitution prive les salariés d'un avantage. Le maintien d'un avantage individuel acquis ne s'impose que lorsque les négociations engagées à la suite d'une dénonciation n'ont pas abouti à la conclusion d'un nouvel accord⁽⁵¹⁾. Ce maintien est-il envisageable à défaut d'accord de substitution conclu à l'issue de la période de survie ?

La Cour de cassation considère que lorsqu'une disposition se rapporte aux conditions de travail de l'ensemble du personnel, elle a une nature collective⁽⁵²⁾. Un accord de participation volontaire ou d'intéressement ne fixe pas les conditions de travail des salariés. Les règles prévues par accord collectif relatives à la variation de la rémunération ne constituent pas un avantage individuel que les salariés auraient acquis en l'absence d'accord de substitution⁽⁵³⁾. Seuls la structure⁽⁵⁴⁾ et le niveau⁽⁵⁵⁾ de la rémunération qui résultent d'un accord collectif dénoncé constituent un avantage individuel acquis incorporé au contrat de travail des salariés, le caractère collectif ou individuel d'un avantage s'appréciant au regard de son objet, non de sa source⁽⁵⁶⁾. La source collective de l'avantage ne doit pas logiquement suffire⁽⁵⁷⁾. Encore faut-il prouver en quoi l'objet du droit envisagé est individuel ou collectif⁽⁵⁸⁾. Certains auteurs considèrent qu'un droit qui, par nature, ne peut concerner qu'un salarié en tant qu'individu doit être qualifié d'individuel. S'il n'a d'importance et de justification que par rapport à la collectivité du personnel, il a un caractère collectif⁽⁵⁹⁾. La dimension collective que doit comporter un accord d'intéressement ou de participation volontaire implique que le calcul d'une prime d'intéressement ou de la réserve spéciale de participation ne se conçoit pas en dehors d'une collectivité, ce qui lui confère la nature d'un avantage collectif⁽⁶⁰⁾.

317. – Tous les avantages dont la collectivité du personnel d'une entreprise est ou peut être bénéficiaire ne constituent pas nécessairement des avantages collec-

(51) Cass. soc., 30 nov. 1994, pourvoi n° 91-43.509 : *Bull. civ.* 1994, V, n° 319.

(52) Cass. soc., 1^{er} juin 2005, pourvoi n° 04-16.994 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 187.

(53) Cass. soc., 22 avr. 1992, pourvoi n° 88-40.921 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 296. – Cass. soc., 16 sept. 2008, pourvoi n° 07-43.580 : *RJS* 12/2008, n° 1222.

(54) Cass. soc., 1^{er} juill. 2008, pourvoi n° 07-40.799 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 147 ; *RJS* 11/2008, n° 1106.

(55) Cass. soc., 16 sept. 2008, pourvoi n° 07-43.580 : *RJS* 12/2008, n° 1222.

(56) J. Péliissier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 26^e éd. 2011, n° 1234, p. 1288, spéc. p. 1289.

(57) C. Radé, obs. ss Cass. soc., 1^{er} juin 2005 : *Dr. soc.* 2005, p. 1066.

(58) J. Péliissier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 26^e éd. 2011, n° 1234, p. 1288, spéc. p. 1289.

(59) M. Despax, *Dénonciation d'une convention collective et sort des avantages acquis en matière de rémunération* : *Dr. soc.* 1990, p. 156, spéc. p. 162.

(60) Y. Aubrée, *Le concept légal d'« avantage individuel acquis »* : *RJS* 11/2000, p. 699, spéc. p. 703.

tifs⁽⁶¹⁾. Un avantage peut avoir un caractère individuel et non un caractère collectif même s'il résulte d'une mesure générale⁽⁶²⁾. La prime versée à un salarié en application d'un accord d'intéressement constitue un avantage social au sens de l'article L. 2511-1 du Code du travail⁽⁶³⁾. Il ne peut donner lieu à aucune mesure discriminatoire à l'encontre d'un salarié en raison de l'exercice du droit de grève. Mais la retenue opérée par l'employeur sur le montant de la prime d'intéressement individualisée pour fait de grève ne revêt aucun caractère discriminatoire⁽⁶⁴⁾ dès lors que cette retenue est appliquée de la même manière aux autres absences non rémunérées. Ces solutions doivent être élargies à la quote-part de réserve spéciale de participation versée en application d'un accord de participation volontaire⁽⁶⁵⁾.

La prime d'intéressement individualisée prend en considération des données concrètes⁽⁶⁶⁾ relatives au travail du salarié bénéficiaire : elle se mesure soit par le salaire qui en constitue la contrepartie, soit par le temps de travail effectif⁽⁶⁷⁾. L'objet d'un accord d'intéressement ou de participation volontaire est l'amélioration des performances ou des résultats de l'entreprise ; l'objet de la prime versée est de récompenser chaque salarié pour le travail qu'il effectue afin d'améliorer les performances ou les résultats de l'entreprise, l'absence de travail⁽⁶⁸⁾ étant sanctionnée par une réduction de la prime individualisée. La prime d'intéressement individualisée constitue la contrepartie du travail individuel du salarié⁽⁶⁹⁾. Elle tient à la singularité du travail du salarié, ce qui lui confère la nature d'un avantage individuel.

Un avantage est une prestation qui tend à augmenter le niveau de vie du salarié, à lui donner des facilités de vie ou à lui procurer des agréments d'ordre extrapatrimonial⁽⁷⁰⁾. La source de la prime individualisée d'intéressement ou de quote-part de participation est un avantage virtuel collectif qui représente un montant à répartir : la prime d'intéressement ou la réserve spéciale de participation. La naissance effective de l'avantage individuel envisagé n'intervient qu'après la répartition de l'avantage collectif. Cet avantage individuel est susceptible d'utilisation privative, par opposition à l'avantage collectif, insusceptible d'une telle utilisation⁽⁷¹⁾. Il convient donc de considérer que la prime d'intéressement individualisée ou la quote-part de participation est le seul avantage que fait naître un accord d'intéressement ou de participation volontaire au profit des salariés.

(61) M. Despax, *La dénonciation des conventions collectives de travail après la loi du 13 novembre 1982* : *Dr. soc.* 1984, p. 531, spéc. p. 537.

(62) A. Rouast, *Les avantages complémentaires du salaire* : *Dr. soc.* 1948, p. 370, spéc. p. 372.

(63) Cass. soc., 6 nov. 1991, pourvoi n° 89-42.571 : *Bull. civ.* 1991, V, n° 471 ; *RJS* 12/1991, n° 1352.

(64) Cass. soc., 5 févr. 2003, pourvoi n° 00-45.998 : *RJS* 4/2003, n° 500.

(65) Obs. ss Cass. soc., 6 nov. 1991 : *RJS* 12/1991, n° 1352.

(66) C. Radé, obs. ss Cass. soc., 13 mars 2001 : *Dr. soc.* 2001, p. 572.

(67) J. Savatier, *L'interdiction d'une discrimination à l'égard des grévistes dans la répartition d'une prime d'intéressement*, note ss Cass. soc., 6 nov. 1991 : *JCP G* 1992, II, 21806.

(68) Ne sont pas concernées les absences assimilées à du temps de travail effectif que sont les périodes de congé de maternité et d'adoption ainsi que les périodes de suspension consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle (C. trav., art. L. 3314-5).

(69) J. Savatier, *L'interdiction d'une discrimination à l'égard des grévistes dans la répartition d'une prime d'intéressement*, note ss Cass. soc., 6 nov. 1991 : *JCP G* 1992, II, 21806.

(70) A. Rouast, *Les avantages complémentaires du salaire* : *Dr. soc.* 1948, p. 370, spéc. p. 372.

(71) E. Dockès, *L'avantage individuel acquis* : *Dr. soc.* 1993, p. 826, spéc. p. 828.

b) L'éventualité de l'avantage

318. – Avantage individuel, la prime d'intéressement individualisée ou la quote-part de participation volontaire peut-elle constituer un avantage acquis ? La notion d'avantages acquis est une singulière boîte de Pandore qu'il est opportun de n'ouvrir qu'avec prudence⁽⁷²⁾. Dans une conception restrictive⁽⁷³⁾, la Cour de cassation considère que cet avantage est celui qui procure à un salarié une rémunération ou un droit dont il bénéficie à titre personnel et qui correspond à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel⁽⁷⁴⁾. Le droit déjà ouvert doit s'entendre d'un droit ayant un caractère continu ou cyclique par opposition aux droits liés à la survenance d'un événement accidentel ou ponctuel⁽⁷⁵⁾. Les droits éventuels se caractérisent par l'incertitude qui pèse sur leur exigibilité future⁽⁷⁶⁾.

L'attribution à chaque salarié d'une prime d'intéressement individualisée ou d'une quote-part de réserve spéciale de participation volontaire est subordonnée à la survenance d'un événement incertain : l'existence d'une prime d'intéressement ou d'une réserve spéciale de participation. En application du principe d'imprévisibilité, l'existence d'une prime globale ou d'une réserve spéciale est incertaine dans son principe et peut être variable dans son montant selon l'année ou l'exercice visé. Les salariés ne peuvent être considérés comme ayant bénéficié de l'avantage individuel qui en a découlé antérieurement⁽⁷⁷⁾, le montant de la prime d'intéressement individualisée ou de la quote-part de participation qu'ils perçoivent étant présumé varier annuellement. La prime individualisée constitue un droit à formation successive que la Cour de cassation condamne à la disparition en cas de dénonciation⁽⁷⁸⁾. Elle ne peut donc pas s'analyser comme un avantage individuel acquis⁽⁷⁹⁾.

319. – Considérer que l'existence de la prime d'intéressement ou de la réserve spéciale de participation volontaire n'est pas un événement incertain qui confère la nature de droit éventuel à la prime individuelle aboutirait à une solution absurde. Si une prime globale était dégagée puis répartie entre les bénéficiaires dès la première année d'application de l'accord, l'avantage que constituerait la prime individuelle versée pourrait être considéré comme acquis. L'absence d'accord de substitution suite à la dénonciation de l'accord concerné devrait donc faire naître un avantage individuel acquis au profit des bénéficiaires de l'accord dénoncé. Aucune modalité de calcul et de répartition ne serait applicable ; la prime d'intéressement individualisée ne serait donc pas déterminable. L'avantage acquis devrait être une prime individuelle de même montant que la prime perçue antérieurement en application de l'accord dénoncé. Ces sommes devraient être versées en leur qualité

(72) M. Despax, *La dénonciation des conventions collectives de travail après la loi du 13 novembre 1982* : *Dr. soc.* 1984, p. 531, spéc. p. 535.

(73) *Ibid.*

(74) Cass. soc., 13 mars 2001, pourvoi n° 99-45.651 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 90. – Cass. soc., 12 nov. 2008, pourvoi n° 07-42.297, inédit.

(75) J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 26^e éd. 2011, n° 1234, p. 1288, spéc. p. 1290.

(76) E. Dockès, *L'avantage individuel acquis* : *Dr. soc.* 1993, p. 826, spéc. p. 831.

(77) *Ibid.*, spéc. p. 829.

(78) J. Pélissier, A. Jeammaud, A. Lyon-Caen et E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 4^e éd. 2008, p. 778.

(79) C'est également la position retenue par certains auteurs (cf. A. Bugada, *L'avantage acquis en droit du travail*, thèse dactyl., Université Aix-Marseille, 1999, n° 376, note 1185).

d'avantage individuel acquis et non en application d'un accord d'intéressement ou de participation volontaire. Elles ne bénéficieraient donc pas du régime fiscal et social de faveur. La nature des sommes versées en application des dispositifs de participation financière concernés serait altérée par le jeu du maintien des avantages individuels acquis⁽⁸⁰⁾.

§ 2. – La disparition en présence d'une restructuration

320. – Le législateur s'efforce de limiter l'impact des opérations de restructuration sur les dispositifs de participation financière. Il organise le maintien de ceux qui existaient avant l'opération (A) et prévoit un palliatif à leur disparition par la négociation de dispositifs nouveaux (B).

A. – Le maintien des dispositifs existants

321. – La loi consacre l'existence d'un droit des salariés au maintien des dispositifs de participation financière dont ils bénéficiaient avant l'opération de restructuration (1°). Son effectivité doit être mesurée (2°).

1° L'existence du droit au maintien

322. – L'existence du droit au maintien des dispositifs de participation financière s'exprime différemment selon qu'il est envisagé au sein de l'entreprise transférée (b) ou de l'entreprise « transférante » (a).

a) Le droit au maintien dans l'entreprise « transférante »

323. – La réalisation du maintien des dispositifs de l'entreprise « transférante » (1) est subordonnée à l'impossibilité de maintenir les dispositifs naguère applicables dans l'entreprise transférée (2).

1) La condition du maintien

324. – Lorsque la modification de la situation juridique rend impossible l'application de l'accord d'intéressement⁽⁸¹⁾ ou de participation⁽⁸²⁾ de l'entreprise transférée, le dispositif envisagé cesse de produire effet entre le nouvel employeur et les salariés transférés. Notion quelque peu floue, l'impossibilité d'appliquer l'accord de participation ou d'intéressement ou le plan d'épargne d'entreprise emporte disparition du régime en vigueur dans l'entreprise transférée en cas de modification de sa situation juridique⁽⁸³⁾. Critère au nom peu évocateur, l'impossibilité de maintien favorise la poursuite de l'accord en vigueur dans l'entreprise « transférante » avant la restructuration⁽⁸⁴⁾. Il appartient aux juges du fond d'apprécier l'impossibilité d'ap-

(80) C. trav., art. L. 2261-13.

(81) C. trav., art. L. 3313-4.

(82) C. trav., art. L. 3323-8.

(83) G. Jolivet et H. Ouaisi, *Le sort des régimes d'épargne salariale lors de transferts d'entreprise* : JCP S 2007, 1466, n° 4.

(84) H. Ouaisi, *Les incidences des restructurations d'entreprise sur la situation collective des salariés*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 2006, t. 462, p. 398, n° 694.

pliquer un accord d'intéressement⁽⁸⁵⁾ ou un accord de participation. Elle peut être aussi constatée par les partenaires sociaux avant la réalisation de l'opération de restructuration : un jugement du conseil de prud'hommes de Grenoble a admis que ce constat entérinait l'impossibilité d'appliquer l'accord postérieurement à l'opération de restructuration⁽⁸⁶⁾. L'administration a confirmé la portée de ce constat d'impossibilité d'appliquer un accord d'intéressement⁽⁸⁷⁾ ou de participation⁽⁸⁸⁾ dressé par les partenaires sociaux.

325. – L'application de la notion d'impossibilité concerne aussi bien les accords d'entreprise que les accords de groupe⁽⁸⁹⁾. Liée à la nature de la modification de la situation juridique de l'entreprise transférée⁽⁹⁰⁾, elle est examinée *in concreto* en cas de fusion, cession ou scission. Elle ne peut que résulter de modifications apportées à la structure juridique, technique ou financière de l'entreprise telles qu'elles rendraient inopérantes les dispositions de l'accord⁽⁹¹⁾. Elle doit être indépendante de la volonté du nouvel employeur. Cette notion – qui doit être appréciée de manière concrète et pratique⁽⁹²⁾ – dépend étroitement des termes de l'accord et des critères retenus pour le calcul de la participation et de l'intéressement⁽⁹³⁾. L'administration considère que lorsque le nouvel employeur est déjà couvert par un accord, les salariés transférés bénéficient de ce dernier⁽⁹⁴⁾. Les règles relatives à la participation ne permettent pas la poursuite de l'accord d'origine pour les salariés transférés⁽⁹⁵⁾. L'existence d'un accord de participation financière dans l'entreprise « transférante » constituerait un cas d'impossibilité de maintien de l'accord applicable à l'entreprise transférée⁽⁹⁶⁾.

2) La réalisation du maintien

326. – La Cour de cassation considère que le renoncement des salariés aux avantages tirés du dispositif d'intéressement en vigueur dans l'entreprise « transférante » remet nécessairement en cause le caractère de rémunération collective, peu important que ce renoncement soit effectué en application du principe à travail égal, salaire égal⁽⁹⁷⁾. Lorsqu'un accord d'intéressement existe dans l'entreprise « transférante » et que le maintien de l'accord mis en place dans l'entreprise transférée est impossible, les salariés transférés doivent en bénéficier. Leur renonciation

(85) Cass. soc., 13 mai 2003, pourvoi n° 01-14.565 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 159 ; *RJS* 7/2003, n° 922, à propos d'un accord d'intéressement aux performances.

(86) A. Cormier Le Goff, *Restructurations et épargne salariale*, Matinée d'actualité Liaisons, Documents n° 51/2006, p. 2.

(87) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement fiche 3 III : *JO* 1^{er} nov. 2005, p. 17179.

(88) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Participation fiche 2 III : *JO* 1^{er} nov. 2005, p. 17179.

(89) CA Versailles, 7 févr. 2002 : *RJS* 7/2002, n° 862.

(90) G. Jolivet et H. Ouaiissi, *Le sort des régimes d'épargne salariale lors de transferts d'entreprise* : *JCP S* 2007, 1466, n° 4.

(91) R. Vatinet, *Des salariés transférés ne peuvent renoncer au bénéfice de l'intéressement dans l'entreprise d'accueil*, note ss Cass. soc., 12 mars 2009 : *JCP S* 2009, 1453.

(92) En matière d'intéressement, l'impossibilité de maintien concerne un dispositif élaboré en fonction des performances ou des résultats de l'entreprise. Certains auteurs considèrent qu'en présence d'une formule liée aux performances, le maintien de l'accord peut être plus facilement envisagé (cf. P. Mabileau, *L'évolution des modes de rémunération dans l'entreprise*, thèse dactyl., Université de Nantes, 2004, p. 375, n° 458).

(93) A. Cormier Le Goff et E. Bénard, *Restructurations et droit du travail*, éd. Liaisons, 2^e éd. 2006, p. 112, n° 184, spéc. p. 113.

(94) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 3 III : *JO* 1^{er} nov., p. 17179.

(95) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 2 III : *JO* 1^{er} nov., p. 17179.

(96) *Contra, infra*, n° 328.

(97) Cass. soc., 12 mars 2009, pourvoi n° 08-10.770 : *RJS* 7/2009, n° 654 ; *JCP S* 2009, 1453.

au bénéfice de l'intéressement remettrait en cause son caractère collectif, ce qui justifierait une requalification en salaire de l'ensemble des sommes versées à ce titre au personnel de l'entreprise d'accueil⁽⁹⁸⁾. Dans le cadre d'une fusion, cession ou scission, les contrats de travail des salariés transférés se poursuivent chez le nouvel employeur⁽⁹⁹⁾. Tout salarié d'une entreprise « transférante » doit bénéficier de l'accord de participation financière mis en place en son sein, sous réserve du respect d'une condition d'ancienneté de trois mois si cette dernière est prévue par ledit accord. Lorsque la condition d'ancienneté est remplie par le salarié au sein de l'entreprise transférée, elle l'est *a fortiori* au sein de l'entreprise « transférante » une fois l'opération de restructuration achevée.

b) Le droit au maintien dans l'entreprise transférée

327. – Au sein de l'entreprise transférée, il convient d'envisager le droit au maintien de l'accord applicable avant l'opération de restructuration (1) ainsi que le maintien des droits des salariés transférés (2).

1) Le droit au maintien de l'accord

328. – Certains auteurs considèrent qu'en cas d'impossibilité de maintenir l'accord en vigueur dans l'entreprise transférée, les salariés perdent *de jure* le bénéfice de l'accord en vigueur chez leur ancien employeur et relèvent de l'accord applicable dans l'entreprise au sein de laquelle ils sont transférés à la suite d'une cession ou d'une fusion⁽¹⁰⁰⁾. Ils en déduisent qu'il n'y a pas de transfert automatique de l'accord d'intéressement ou de participation⁽¹⁰¹⁾. Cette affirmation est justifiée en cas de maintien impossible de l'accord de participation financière applicable à l'entreprise transférée. L'accord applicable à l'entreprise transférée dont le maintien est possible peut-il s'appliquer *de jure* à l'entreprise « transférante » ?

Lorsque la modification de la situation juridique rend impossible le maintien d'un accord de participation financière, celui-ci cesse de produire effet de plein droit sans qu'il soit nécessaire de le dénoncer⁽¹⁰²⁾. Les accords qui ne lient pas l'entreprise cessionnaire n'ont pas à être exécutés ni dénoncés préalablement par elle lorsque leur maintien est impossible⁽¹⁰³⁾. Ils peuvent produire effet si leur maintien est possible à l'issue de l'opération de restructuration. L'esprit des dispositions relatives au devenir des dispositifs de participation financière dans le cadre d'une modification de la situation juridique de l'entreprise est d'éviter que les salariés transférés soient privés des avantages de participation financière dont ils bénéficiaient au sein de l'entreprise transférée. Il en résulte que lorsque le maintien de l'accord de participation financière de l'entreprise transférée est possible, il est automatiquement transféré à l'entreprise « transférante » du fait de la fusion, de la cession ou de la scission. Cette

(98) R. Vatinet, *Des salariés transférés ne peuvent renoncer au bénéfice de l'intéressement dans l'entreprise d'accueil*, note ss Cass. soc., 12 mars 2009 : JCP S 2009, 1453.

(99) C. trav., art. L. 1224-1.

(100) G. Jolivet et H. Ouaiissi, *Le sort des régimes d'épargne salariale lors de transferts d'entreprise* : JCP S 2007, 1466, n° 4.

(101) *Ibid.*

(102) P. Morvan, *Restructurations en droit social*, Litec, 2^e éd. 2010, n° 404, p. 221, spéc. p. 222.

(103) *Ibid.*

position reçoit l'appui d'auteurs qui considèrent que l'accord d'intéressement⁽¹⁰⁴⁾ ou de participation de l'entreprise transférée en vigueur avant la restructuration continue de s'appliquer après celle-ci lorsque son maintien est possible⁽¹⁰⁵⁾. L'applicabilité *de jure* à l'entreprise « transférante » de l'accord de participation financière mis en place dans l'entreprise transférée ne peut donc pas être exclue. L'entreprise « transférante » doit continuer à appliquer l'accord en vigueur chez l'ancien employeur chaque fois que cette application est matériellement possible⁽¹⁰⁶⁾.

2) Le maintien des droits tirés de l'accord

329. – La cessation du contrat de travail permet un déblocage anticipé de la participation⁽¹⁰⁷⁾. À l'occasion d'une opération de transfert, aucune rupture du contrat de travail n'intervient⁽¹⁰⁸⁾. Le cas de déblocage évoqué ne se rencontre pas. Certains auteurs⁽¹⁰⁹⁾ ont néanmoins pu considérer que l'irruption du droit fiscal et du droit des sociétés dans la participation aux résultats conduisait à une autre approche⁽¹¹⁰⁾. Tel ne serait plus le cas aujourd'hui, l'administration considérant que les modifications de la situation juridique de l'entreprise ne peuvent avoir pour effet de remettre en cause les règles légales d'indisponibilité⁽¹¹¹⁾. Les droits à participation des salariés transférés restent bloqués pendant la période de blocage des droits antérieurs qui a commencé à courir avant la modification de la situation juridique de l'entreprise transférée sans en prolonger la durée. L'opération de fusion, cession ou scission n'affecte pas l'existence de la créance des salariés transférés mais peut en modifier l'affectation⁽¹¹²⁾.

La Cour de cassation considère qu'un salarié d'une société transférée au sein de laquelle aucun accord de participation n'avait été mis en place peut bénéficier de l'accord de participation applicable à la société « transférante » en raison de l'effet rétroactif de la fusion. Les sommes affectées à la réserve spéciale de participation sont calculées après clôture de l'exercice sur le bénéfice réalisé au cours de celui-ci. La cour en a déduit que le salarié transféré était en droit de bénéficier d'une quote-part de la réserve spéciale de participation, proportionnellement aux salaires perçus durant l'exercice⁽¹¹³⁾. Le professeur Morvan considère que cette solution serait

(104) Pour l'intéressement, l'accord applicable à l'entreprise transférée qui serait maintenu dans l'entreprise d'accueil ne pourra pas s'appliquer au-delà de la durée pour laquelle il a été conclu au sein de l'entreprise transférée.

(105) A. Cormier Le Goff et E. Bénard, *Restructurations et droit du travail*, éd. Liaisons, 2^e éd. 2006, p. 112, n° 183.

(106) G. Jolivet et H. Ouaiissi, *Le sort des régimes d'épargne salariale lors de transferts d'entreprise* : JCP S 2007, 1466, n° 4.

(107) C. trav., art. R. 3324-22.

(108) C. trav., art. L. 1224-1.

(109) G. Béliet, *Restructurations et statut collectif : aspects pratiques* : Dr. soc. 1989, p. 71, spéc. p. 75.

(110) L'instruction fiscale du 30 mai 1968, qui ne fut pas remise en cause en 1989, préconisait le déblocage du droit des salariés en cas de transfert. Deux exceptions à la thèse du déblocage doivent être rappelées : 1° lorsque deux sociétés sont liées par un accord de participation de groupe ; 2° lorsque le transfert s'inscrit dans une fusion visée aux articles 210A et 210B du Code général des impôts si la société bénéficiaire des apports a pris l'engagement de se substituer aux obligations de la société apporteuse en ce qui concerne les droits à participation des salariés « réembauchés ».

(111) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 2 III : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(112) G. Jolivet et H. Ouaiissi, *Le sort des régimes d'épargne salariale lors de transferts d'entreprise* : JCP S 2007, 1466, n° 10.

(113) Cass. soc., 23 févr. 1983, n° 81-16.106 : Bull. civ. 1983, V, n° 105. Sur l'impact de la rétroactivité en matière de participation et d'intéressement, cf. G. Bordier et T. Salomé, *Restructurations juridiques et Épargne salariale – Mesurer et anticiper les conséquences de ces opérations* : CDE sept. 2010, n° 5, dossier 26.

transposable à un accord d'intéressement aux résultats dont la formule prendrait en compte le résultat bénéficiaire⁽¹¹⁴⁾. Elle ne semble pas pouvoir concerner l'intéressement aux performances. En cas de répartition proportionnelle à la durée de présence, le salarié transféré ne pourra bénéficier que de la quote-part qui lui revient à compter de la date effective du transfert. En cas de répartition proportionnelle au salaire, la rémunération des salariés transférés est prise en compte dans l'évaluation de la masse salariale qui sert au calcul de la réserve spéciale de participation financière de l'entreprise absorbante⁽¹¹⁵⁾. Lors de la répartition de la réserve spéciale de participation proportionnellement aux salaires, les salaires perçus par les salariés transférés avant l'opération de restructuration servent au calcul de la quote-part de participation. Ils doivent percevoir une part de participation aux résultats qui correspond au montant dû pour un exercice entier écoulé au sein de l'entreprise « transférante ». Ils ne perdent pas le bénéfice de la quote-part de participation qu'ils auraient perçue avant la fusion⁽¹¹⁶⁾.

2° L'effectivité du droit au maintien

330. – L'effectivité de ce droit est mise en lumière par l'examen de la nature des accords de participation financière envisagés (a) et selon l'opération mise en œuvre (b).

a) L'effectivité au regard de la nature des accords

331. – M^{me} Stulz estime que lorsque le nouvel employeur est déjà couvert par un accord de participation financière, les salariés transférés ne peuvent continuer à bénéficier de l'ancien dispositif qui leur était applicable. Ils bénéficient immédiatement de l'accord en vigueur au sein de l'entreprise d'accueil⁽¹¹⁷⁾. L'administration considère que l'existence d'un accord de participation financière dans l'entreprise « transférante » constitue un cas d'impossibilité de maintien de l'accord applicable à l'entreprise transférée. Le Code du travail ne considère pas la préexistence d'un dispositif de participation financière dans l'entreprise « transférante » comme une situation de maintien impossible du dispositif en vigueur dans l'entreprise transférée. Un concours de dispositifs de participation financière ne semble donc pas pouvoir être exclu.

La Cour de cassation considère que lorsqu'un nouvel employeur admet l'existence d'un engagement unilatéral, cet engagement lui est opposable. L'engagement unilatéral ne disparaît pas par désuétude⁽¹¹⁸⁾ : dans le cadre d'une opération de res-

(114) P. Morvan, *Restructurations en droit social*, Litec, 2^e éd. 2010, n° 407, p. 223, spéc. p. 224.

(115) J. Savatier, *Les droits des salariés d'une société absorbée sur la réserve spéciale de participation de la société absorbante*, note ss Cass. soc., 23 févr. 1983 : *Dr. soc.* 1983, p. 634, spéc. p. 635.

(116) Un auteur considère que le législateur a entendu assurer la protection de la situation financière des salariés contre les défaillances de l'entreprise, le versement de la créance devant faire suite à la disparition de l'entreprise transférée (H. Ouaisi, *Les incidences des restructurations d'entreprise sur la situation collective des salariés*, LGD), coll. « Bibl. dr. privé », 2006, t. 462, p. 237, n°s 417 et s.). La créance des salariés serait alors calculée sur la partie de l'année écoulée (ou de l'exercice réalisé).

(117) V. Stulz, *Transferts d'entreprises – les enjeux sociaux*, EFE, 2004, p. 226, n° 363.

(118) Cass. soc., 23 oct. 1991, pourvoi n° 90-40.168 : *Bull. civ.* 1991, V, n° 440 ; *RJS* 1991, n° 1383, rendu à propos d'un usage d'entreprise qui précise que la cessation de l'usage ne peut résulter du non-respect par l'employeur de ses engagements ni de l'absence de réclamation des salariés.

tructuration, il est transmis au nouvel employeur. Ce dernier ne peut s'en exonérer au motif que le statut collectif de l'entreprise auteur de l'engagement ne lui a pas été transféré⁽¹¹⁹⁾. Peut-il alors y avoir coexistence d'un accord de participation volontaire mis en place par décision unilatérale dans l'entreprise transférée et d'un accord de participation préexistant dans l'entreprise « transférante » ? L'accord de participation volontaire ne peut pas être inapplicable *de jure* dans l'entreprise « transférante » en l'absence de dénonciation. À défaut de constater que l'application de l'accord de participation volontaire est impossible dans l'entreprise « transférante », l'application des deux accords s'imposera, contrairement à ce qu'il en est lorsque l'accord de participation financière de l'entreprise transférée est négocié avec les représentants qualifiés du personnel⁽¹²⁰⁾.

332. – En matière d'intéressement, il convient de distinguer selon la nature des accords en présence. Lorsque l'entreprise « transférante » et l'entreprise transférée ont mis en place un dispositif d'intéressement aux résultats qui leur est propre, un cas d'impossibilité de maintien de l'accord applicable à l'entreprise transférée sera caractérisé en raison de l'identité d'objet des accords envisagés. Seul l'accord applicable à l'entreprise « transférante » sera maintenu, conformément aux préconisations de l'administration. Se pose la question de savoir ce qu'il en est lorsque l'une a mis en place un accord d'intéressement aux résultats et l'autre un accord d'intéressement aux performances.

L'impossibilité d'appliquer les accords s'apprécie indépendamment de la volonté de l'employeur et doit résulter de modifications dans la structure juridique, technique ou financière de l'entreprise telles qu'elles rendraient inopérantes les dispositions de ces accords⁽¹²¹⁾. L'administration considère qu'il est possible de prévoir dans un même accord d'entreprise un intéressement aux résultats avec un mode de calcul annuel au niveau de l'entreprise, et un intéressement aux performances au niveau de chaque établissement⁽¹²²⁾. Deux accords d'intéressement dont l'objet est différent pourront s'appliquer à une même entreprise après une fusion ou une cession, *a fortiori* si l'entreprise transférée devient un établissement autonome de l'entreprise « transférante ». L'existence simultanée de ces deux types d'intéressement dans les entreprises parties à une opération de restructuration ne paraît pas constituer un cas d'impossibilité : les deux accords devraient s'appliquer dès lors que la situation de l'entreprise « transférante » ne rend pas inopérantes les dispositions de l'accord d'intéressement conclu au sein de l'entreprise transférée. Si le nouvel employeur souhaite ne pas appliquer l'accord d'intéressement surnuméraire de l'entreprise transférée, il devra le dénoncer conformément aux dispositions légales. Or, la dénonciation d'un accord d'intéressement n'est possible que par l'ensemble des signataires⁽¹²³⁾. En présence d'une clause de reconduction tacite⁽¹²⁴⁾ ou en l'absence

(119) Cass. soc., 16 déc. 1992, pourvoi n° 88-43.834 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 594 ; *Dr. soc.* 1993, p. 161.

(120) CA Versailles, 7 févr. 2002 : *RJS* 7/2002, n° 862.

(121) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 3 III : *JO* 1^{er} nov., p. 17179.

(122) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 4 III : *JO* 1^{er} nov., p. 17179.

(123) C. trav., art. D. 3313-5.

(124) C. trav., art. D. 3313-7-1.

de constat de maintien impossible, le nouvel employeur sera contraint d'appliquer les deux dispositifs jusqu'à ce que le terme de l'un ou de l'autre survienne⁽¹²⁵⁾.

b) L'effectivité au regard des opérations mises en œuvre

333. – La scission est le démembrement d'une société qui disparaît, chacune des pièces issues de la division prenant sa liberté, qu'elles soient destinées à constituer des sociétés indépendantes ou à s'agréger à une société existante par le biais d'une « fusion-scission »⁽¹²⁶⁾. Chaque société nouvelle issue d'une scission est en mesure de poursuivre l'accord de participation financière appliqué à l'entreprise scindée⁽¹²⁷⁾. L'impossibilité de maintien ne doit pas pouvoir se rencontrer. L'administration préconise que les entreprises en cause déposent un constat ou un avenant auprès de l'autorité administrative pour confirmer l'application de ces accords au sein de chaque nouvelle société⁽¹²⁸⁾. La simplicité apparente des effets d'une scission sur les dispositifs de participation financière doit néanmoins être tempérée. L'administration fait référence à l'application d'un accord au sein de chaque nouvelle société. Elle se prononce sur l'application d'un dispositif de participation financière dans le cadre de la scission avec création de sociétés nouvelles. Le devenir des dispositifs de participation financière dans le cadre d'un fusion-scission sera le même qu'en cas de fusion. L'impossibilité de maintien devra s'apprécier au sein de chacune des entreprises préexistantes qui ont bénéficié de la scission. Tout constat ou avenant auprès de l'autorité administrative sera désuet.

Si l'on suppose qu'une entreprise cède à une autre un établissement couvert par un accord d'intéressement, l'accord d'entreprise applicable dans la seconde deviendra applicable à l'établissement transféré et se substituera à l'accord dont relevait l'établissement cédé⁽¹²⁹⁾. L'application de l'accord d'entreprise primera sur celle de l'accord d'établissement en raison du champ d'application du premier. Le caractère plus favorable de l'accord applicable au sein de l'établissement transféré ne pourrait pas être invoqué pour que son maintien soit justifié. En raison du caractère aléatoire des accords d'intéressement, le caractère plus favorable n'est pas déterminable avant la clôture de l'année ou de l'exercice au cours duquel survient l'opération de restructuration. Si l'entreprise « transférante » ne renvoie pas à l'établissement pour la fixation des règles de calcul ou de répartition, la situation d'impossibilité de maintien de l'accord d'intéressement de l'établissement transféré est caractérisée en raison de l'incompatibilité des deux dispositifs. Le constat d'impossibilité de maintien doit néanmoins être nuancé. Si un établissement transféré conserve son autonomie après une opération de restructuration⁽¹³⁰⁾, la poursuite de l'accord d'établissement peut être possible dans l'entreprise d'accueil lorsque cette dernière

(125) Certains auteurs ont néanmoins considéré que : « La thèse du cumul du bénéfice des deux accords d'intéressement pourrait toutefois être écartée par l'application du principe de non-cumul des avantages conventionnels ayant le même objet » (G. Bordier et T. Salomé, *Restructurations juridiques et Épargne salariale – Mesurer et anticiper les conséquences de ces opérations* : CDE sept.-oct. 2010, n° 5, dossier 26).

(126) M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 24^e éd. 2011, n° 1404.

(127) A. Cormier Le Goff et E. Bénard, *Restructurations et droit du travail*, éd. Liaisons, 2^e éd. 2006, p. 114, n° 185.

(128) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 2 III : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(129) J. Savatier, *Sort d'un accord d'entreprise en cas de transfert d'un établissement à un nouvel employeur*, Obs. ss Cass. soc., 20 oct. 1988 : Dr. soc. 1989, p. 77, spéc. p. 79.

(130) A. Cormier Le Goff, *Restructurations et épargne salariale*, Matinée d'actualité Liaisons, Documents n° 51/2006, p. 2.

prévoit un renvoi à l'établissement pour fixer certains des critères relatifs à la formule de calcul ou aux règles de répartition.

B. – La négociation de dispositifs nouveaux

334. – À l'occasion de la réforme relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise⁽¹³¹⁾, certains auteurs ont considéré que « si le texte de loi prend un peu à l'article L. 122-12 [L. 1224-1] ou à l'article L. 132-8, alinéa 7 L. 2261-14], ce n'est strictement que pour la correspondance avec certains cas d'application »⁽¹³²⁾. Les dispositions spécifiques à la négociation d'un nouveau dispositif de participation financière seraient autonomes (1°). Une incertitude relative à l'étendue du champ d'application des dispositions spécifiques subsiste au regard du domaine des dispositions relatives au transfert des contrats de travail en cas de modification de la situation juridique de l'employeur et à la mise en cause (2°).

1° L'autonomie absolue de la négociation spécifique

335. – L'autonomie de la négociation d'un dispositif de participation financière en l'absence d'accord applicable à la nouvelle entreprise se caractérise par son caractère protecteur (a) et son ambivalence (b).

a) Une négociation protectrice

336. – La situation de vide conventionnel qui résulte d'une dénonciation en cas d'échec des négociations ne saurait se produire de la même manière en cas de changement des structures de l'entreprise. La convention ou l'accord qui correspond aux nouvelles structures a vocation à remplacer les anciennes dispositions conventionnelles⁽¹³³⁾. Certains auteurs considèrent qu'en cas de mise en cause, l'intention du législateur étant d'éviter un vide conventionnel, le concours de conventions collectives n'a pas lieu d'être. Le maintien légal de l'ancien accord pendant un an semble sans intérêt puisque l'entreprise d'accueil applique déjà un texte conventionnel⁽¹³⁴⁾. Lorsqu'il existe un dispositif de participation financière dans l'entreprise « transférante » et que le maintien du dispositif de l'entreprise transférée est impossible, le dispositif de l'entreprise « transférante » s'applique immédiatement. *A contrario*, lorsque l'entreprise « transférante » ne comporte pas d'accord de participation financière et que le maintien de l'accord applicable à l'entreprise transférée est possible, ce dernier s'applique immédiatement à l'entreprise « transférante ».

La négociation d'un nouvel accord dans l'entreprise « transférante » doit être engagée lorsque deux conditions sont réunies : il est impossible d'appliquer l'accord de l'entreprise transférée dans l'entreprise « transférante »⁽¹³⁵⁾ et cette dernière ne

(131) L. n° 94-640, 25 juill. 1994, relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise (JO 27 juill., p. 10832).

(132) A. Sauret, *La loi n° 94-640 du 25 juillet 1994 relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise* : JCP E 1994, étude et chron. 383, p. 397, n° 26, p. 401.

(133) J. Savatier, *Sort d'un accord d'entreprise en cas de transfert d'un établissement à un nouvel employeur*, obs. ss Cass. soc., 20 oct. 1988 : Dr. soc. 1989, p. 77, spéc. p. 79.

(134) J.-E. Ray, *Restructurations et statut collectif* : Dr. soc. 1989, p. 56, spéc. p. 66.

(135) Le Code du travail fait référence à « l'absence (...) d'accord applicable à la nouvelle entreprise » (C. trav., art. L. 3313-4 et L. 3323-8). La référence à une nouvelle entreprise est ambiguë. Il y a fusion lorsqu'une ou plusieurs socié-

comporte pas de dispositif de participation financière. Si ces deux conditions sont réunies, l'absence d'accord applicable à l'entreprise « transférante », fait générateur de la négociation d'un accord de participation financière dans le cadre d'une restructuration, est caractérisée. L'entreprise « transférante » engage alors des négociations dans un délai de six mois. Le point de départ du délai n'est pas fixé pour la négociation d'un accord d'intéressement⁽¹³⁶⁾. Il devrait courir à compter de la date à laquelle l'opération a eu lieu⁽¹³⁷⁾. Ce n'est qu'une fois l'opération achevée qu'il est possible de constater la réunion des conditions auxquelles l'engagement des négociations est subordonné. Les dispositions spécifiques protègent les salariés transférés contre le vide conventionnel qui pourrait résulter de l'absence d'accord applicable à l'entreprise « transférante » et de l'impossibilité d'appliquer l'accord qui existait dans l'entreprise transférée.

b) Une négociation ambivalente

337. – Le fait que des négociations doivent être engagées dans un délai de six mois⁽¹³⁸⁾ implique-t-il la conclusion d'un accord ? L'administration précise que la loi impose au nouvel employeur une obligation de négocier dans un délai de six mois en cas d'absence d'accord applicable à la nouvelle entreprise⁽¹³⁹⁾. Ce délai réduit s'explique par la volonté du législateur de permettre aux salariés transférés d'être couverts par un accord d'intéressement, à l'instar de la situation qu'ils connaissaient antérieurement à l'opération de restructuration. Le Code du travail évoque la conclusion éventuelle d'un nouvel accord en matière d'intéressement. Le délai de six mois est seulement le délai dans lequel des négociations doivent être engagées afin d'inciter l'entreprise transférante à mettre en place un accord d'intéressement. En raison du caractère facultatif de l'intéressement, l'incitation à négocier en l'absence d'accord applicable à la nouvelle entreprise n'impose pas une obligation de conclure constitutive d'une obligation de résultat⁽¹⁴⁰⁾. Le caractère facultatif de l'intéressement est préservé lors de l'opération de restructuration.

En matière de participation, la circulaire précise que la loi impose au nouvel employeur l'obligation d'engager, dans un délai de six mois à compter de l'exercice au cours duquel est intervenue la modification, une négociation visant à établir un

tés transmettent leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent. La scission implique une transmission du patrimoine à plusieurs sociétés existantes ou nouvelles (C. com., art. L. 236-1). Faut-il considérer que la nouvelle entreprise que vise le Code du travail renvoie à la nouvelle société au sens du Code de commerce ? Le texte impose une négociation en l'absence d'accord d'intéressement ou de participation applicable à la nouvelle entreprise. Il en résulte que l'accord considéré peut être applicable à la nouvelle entreprise. Une société nouvelle au sens du Code de commerce créée à l'occasion d'une fusion ou d'une scission ne peut pas comporter un dispositif de participation financière. La nouvelle entreprise doit donc préexister à l'opération de restructuration. L'esprit du texte impose que la nouvelle entreprise visée par les dispositions légales est le nouvel employeur des salariés transférés, et non une nouvelle personne morale. Un auteur considère que le transfert d'entreprise renvoie plutôt à un transfert d'employeur auquel le droit attache des conséquences juridiques, notamment la reprise de contrats collectifs (M. Patin, *Transfert d'entreprise en droit communautaire et droit comparé*, thèse dactyl., Paris II, 2009, n° 5).

(136) C. trav., art. L. 3313-4. En matière de participation, la négociation doit être engagée dans un délai de six mois à compter de la clôture de l'exercice au cours duquel est intervenue la modification (C. trav., art. L. 3323-8).

(137) V. Stulz, *Transferts d'entreprises – Les enjeux sociaux*, EFE, 2004, p. 230, n° 373.

(138) C. trav., art. L. 3313-4 et L. 3323-8.

(139) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Intéressement, fiche 3 III : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(140) A. Sauret, *La loi n° 94-640 du 25 juillet 1994 relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise* : JCP E 1994, étude et chron. 383, p. 397, n° 26, p. 401-402.

nouvel accord en cas d'absence d'accord applicable à la nouvelle entreprise⁽¹⁴¹⁾. L'article L. 3323-8 du Code du travail précise que la nouvelle entreprise engage une négociation dans un délai de six mois en vue de la conclusion d'un nouvel accord. C'est donc une obligation de conclure un accord de participation aux résultats à laquelle est tenue l'entreprise « transférante ». Toute entreprise ayant fait l'objet d'une restructuration aura vocation à échapper à l'application du régime d'autorité de la participation aux résultats, un accord de participation devant être mis en place dans les six mois de la clôture de l'exercice au cours duquel l'opération est intervenue⁽¹⁴²⁾.

Le fait d'imposer que des négociations soient engagées dans les six mois de l'opération de restructuration en l'absence d'accord applicable à la nouvelle entreprise favorise la diffusion des dispositifs de participation financière en cas de fusion, cession ou scission. Le cas échéant, l'entreprise « transférante » a vocation à engager les négociations sur la participation financière en l'absence d'accord qui lui soit applicable à l'issue de l'opération de restructuration. Le fait que ni l'entreprise transférée ni l'entreprise « transférante » ne comportent d'accords de participation financière est sans incidences. La seule absence d'accord applicable à la nouvelle entreprise à l'issue de l'opération de restructuration est le fait générateur qui déclenche l'obligation de négocier.

2° L'autonomie relative de la négociation spécifique

338. – Le caractère relatif de l'autonomie des dispositions applicables en matière de participation financière découle du champ d'application restrictif des dispositions relatives à la modification de la situation juridique de l'entreprise transférée. La pertinence (a) et l'opportunité (b) de l'application du droit commun de la mise en cause méritent d'être examinées.

a) Pertinence de l'application du droit commun

339. – Certains auteurs considèrent que les dispositions spécifiques de la participation financière sont applicables lors des opérations de transferts⁽¹⁴³⁾. Un simple changement de contrôle du capital ne constituerait donc pas une modification de la situation juridique de l'entreprise et les accords de participation et d'intéressement applicables au sein de l'entreprise contrôlée continueraient à s'appliquer. Pour le transfert des contrats de travail, l'article L. 1224-1 du Code du travail précise que lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent

(141) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, Dossier Participation, fiche 2 III : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(142) Tel n'était pas le cas avant la recodification du Code du travail. L'article L. 442-17 faisait référence à « la conclusion éventuelle d'un nouvel accord » de participation aux résultats, au même titre que les dispositions de l'article L. 441-7 à propos d'un accord d'intéressement. En dépit du fait que la jurisprudence considère que la recodification est intervenue à droit constant (Cass. soc., 27 janv. 2010, pourvoi n° 08-44.376, inédit), il n'est pas certain qu'elle adopte la même analyse au sujet du caractère obligatoire de la négociation d'un accord de participation aux résultats dans le cadre d'une opération de restructuration, la nouvelle rédaction étant plus favorable aux salariés transférés.

(143) A. Mazeaud, *La négociation collective en cas de restructuration consécutive à un transfert* : Dr. soc. 2004, p. 290, spéc. p. 293.

entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. Les textes relatifs au devenir des dispositifs de participation financière énumèrent limitativement les cas où l'accord de participation financière cesse de produire effet entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise transférée. Ces dispositions s'appliquent en cas de fusion, cession ou scission, ce qui ne recouvre pas toutes les hypothèses de restructuration qui emportent transfert de contrats de travail⁽¹⁴⁴⁾. Il n'y a pas de symétrie entre le transfert des contrats dans le cadre d'opérations de transfert et les dispositions spécifiques à la participation financière.

340. – Le champ d'application des dispositions légales relatives à la mise en cause est relativement large. Il a vocation à jouer « en raison notamment d'une fusion, d'une cession, d'une scission ou d'un changement d'activité »⁽¹⁴⁵⁾. Il dépasse le champ d'application des dispositions spécifiques de la participation financière. Ces dernières n'auraient pas vocation à s'appliquer à un accord d'intéressement ou de participation conclu au niveau de la branche en cas de changement d'activité. Le transfert d'une entité économique autonome qui se confondrait avec l'unité de travail soulèverait également des difficultés. L'article L. 2261-14 du Code du travail relatif à la mise en cause serait battu en brèche par le régime spécifique de la participation financière qui lui échappe⁽¹⁴⁶⁾. Or, les dispositions relatives à la mise en cause pourraient s'appliquer dans l'hypothèse où l'entreprise transférée et l'entreprise « transférante » comportent des accords de participation financière dont le maintien est possible. Le fait que les textes qui traitent de l'impact de la modification de la situation juridique dans l'entreprise n'organisent pas le devenir de l'accord de participation financière lorsqu'une entreprise fait l'objet d'une opération de restructuration qui ne soit pas une fusion, une cession ou une scission ne permet-il pas au droit commun de la mise en cause de s'appliquer ?

341. – Contrairement à ce qu'a considéré un auteur⁽¹⁴⁷⁾, l'article L. 2261-14 du Code du travail semble pouvoir s'appliquer aux dispositifs de participation financière pour toute hypothèse autre que la fusion, la cession ou la scission⁽¹⁴⁸⁾. L'application des dispositions relatives à la mise en cause évincerait la notion d'impossibilité de maintenir l'accord conclu dans l'entreprise transférée, l'adaptation étant requise. Il convient de s'interroger sur l'incitation à négocier un dispositif de participation financière de substitution dans l'entreprise d'accueil dans une hypothèse autre que la fusion, la cession ou la scission. La Cour de cassation considère que la convention ou l'accord substitué visé par l'article L. 2261-14 du Code du tra-

(144) A. Cormier Le Goff et E. Bénard, *Restructurations et droit du travail*, éd. Liaisons, 2^e éd. 2006, p. 112, n° 183.

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

(146) A. Mazeaud, *Accords collectifs et restructuration* : Dr. soc. 2008, p. 66, spéc. p. 71.

(147) J.-P. Chauchard, *Négociation collective et restructuration d'entreprise* : Dr. soc. 1995, p. 373, spéc. p. 374.

(148) Un auteur a ainsi considéré que « hors de ces hypothèses [fusion, cession ou scission], l'article [L. 2261-14] du Code du travail leur est applicable » (B. Teyssié, *Mise en cause des conventions et accords collectifs de travail*, in *Révision, dénonciation et mise en cause des conventions et accords collectifs de travail*, Litec, 1996, p. 73, spéc. p. 77, cité in *L'articulation des normes en droit du travail*, *Economica*, coll. « Études juridiques », 2011, p. 68). Pour un autre, l'exclusion doit prévaloir afin de respecter la spécificité des accords d'intéressement et de participation. Leur régime étant entièrement dérogatoire et la liste qui prévoit leur maintien étant limitative, en dehors de cette dernière, l'application des accords de participation financière doit tomber (Y. Pagnerre, *L'articulation des normes générales et des normes spéciales en droit du travail*, in *L'articulation des normes en droit du travail*, *Economica*, coll. « Études juridiques », 2011, p. 45, spéc. p. 67-68).

vail est celui qui résulte de la négociation qui doit s'engager dans l'entreprise, soit pour l'adaptation des dispositions conventionnelles antérieures, soit pour l'élaboration de nouvelles dispositions, selon le cas⁽¹⁴⁹⁾. La convention applicable chez le nouvel employeur ne peut certainement pas être considérée comme la convention de substitution⁽¹⁵⁰⁾. En l'absence d'un accord de substitution, il convient d'admettre que l'ancien statut profite aux salariés transférés pendant le délai de survie, le concours éventuel de conventions collectives qui en résulte laissant la place à l'application de la plus favorable⁽¹⁵¹⁾.

Un auteur considère que si la substitution immédiate de la convention collective applicable à l'entreprise « transférante » par la convention collective applicable dans l'entreprise dont la situation juridique est modifiée était admise, le chef d'entreprise n'aurait pas d'intérêt à négocier après une restructuration⁽¹⁵²⁾. La lecture *a contrario* de l'article L. 2261-14 du Code du travail établit que lorsque la convention ou l'accord collectif mis en cause a été remplacé par un accord de substitution, les salariés transférés ne conservent pas les avantages individuels qu'ils ont acquis⁽¹⁵³⁾. L'exigence de maintien des avantages individuels acquis constitue une invitation à négocier faite au cessionnaire désireux d'écarter ce maintien⁽¹⁵⁴⁾. Les primes d'intéressement individualisées ainsi que les quotes-parts de participation ne constituent pas des avantages individuels acquis⁽¹⁵⁵⁾. Aucune mesure incitative à conclure un accord de participation financière de substitution dans l'entreprise « transférante » n'est identifiable. L'application des dispositions relatives à la mise en cause serait moins protectrice des droits des salariés que les dispositions spécifiques applicables en cas de fusion, cession ou scission.

b) Opportunité de l'application du droit commun

342. – L'applicabilité des dispositions relatives à la mise en cause à certaines hypothèses de transfert ne semble pas opportune d'un point de vue économique. Pendant la période de survie, l'entreprise « transférante » pourrait se trouver dans une situation où elle devra faire application de deux accords de participation financière si elle appliquait un dispositif avant l'opération. Le cas échéant, se poserait le problème de la compatibilité de l'accord applicable à l'entreprise transférée en période de survie avec la réalité économique de l'entreprise « transférante ». Il conviendrait alors de distinguer selon que son maintien est possible ou impossible. Si son maintien est impossible, il serait nécessaire d'appliquer le régime qui existait avant que le législateur ne bâtisse une « construction juridique » qui permette la transmission des obligations nées d'une convention collective à une entreprise

(149) Cass. soc., 14 mai 1992, pourvoi n° 88-45.316 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 310.

(150) P. Pochet, *La jurisprudence relative à la « mise en cause de la convention ou de l'accord collectif de travail »* : JCP E 1995, étude et chron. 442.

(151) J. Déprez, *Cession d'entreprise et compétition entre conventions collectives applicables aux salariés transférés* : RJS 7/1992, p. 451, spéc. p. 456.

(152) J. Pélissier, *Conventions collectives applicables après une restructuration* : RJS 1/1991, p. 3, spéc. p. 4-5.

(153) Y. Aubrée, *L'accord « substitué au statut collectif mis en cause après transfert total ou partiel d'entreprise »* : RJS 4/1999, p. 275, spéc. p. 290, n° 66.

(154) J.-P. Chauchard, *Négociation collective et restructuration d'entreprise* : *Dr. soc.* 1995, p. 373, spéc. p. 378.

(155) V. *supra*, nos 315 et s.

cessionnaire⁽¹⁵⁶⁾. Les obligations et dettes nées de l'accord de participation financière applicable chez l'employeur précédent ne devraient pas pouvoir être transmises à son successeur, même de manière transitoire⁽¹⁵⁷⁾. L'accord en question serait alors frappé de caducité. Dans le cas contraire, la mise en cause de l'accord et les difficultés qu'elle entraîne surgiront.

343. – En revanche, l'application de la mise en cause en cas de fusion, cession ou scission dans l'hypothèse où l'entreprise transférée et l'entreprise « transférante » comporteraient des accords de participation financière dont le maintien est possible réglerait une difficulté envisagée par la circulaire du 14 septembre 2005 mais pas par le législateur. La clarification du champ d'application des dispositions spécifiques relatives au devenir des dispositifs de participation financière en cas de modification de la situation juridique de l'entreprise semble nécessaire. Il conviendrait de modifier la rédaction de l'article L. 3313-4 du Code du travail relatif à l'intéressement comme suit :

En cas de modification survenue dans la situation juridique de l'entreprise notamment par fusion, cession, scission ou changement d'activité et lorsque cette modification rend impossible l'application de l'accord d'intéressement, cet accord cesse de produire effet entre le nouvel employeur et les salariés de l'entreprise.

Lorsque l'application de l'accord d'intéressement de l'entreprise est possible et que le nouvel employeur applique un accord de même nature, l'accord en vigueur dans l'entreprise dont la situation juridique est modifiée cesse de produire effet de plein droit.

En l'absence d'accord d'intéressement applicable chez le nouvel employeur, celui-ci engage dans un délai de six mois une négociation, selon l'une des modalités prévues à l'article L. 3312-5, en vue de la conclusion éventuelle d'un nouvel accord.

L'article L. 3323-8 du Code du travail relatif à la participation aux résultats pourrait également être modifié de la manière suivante :

Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'entreprise notamment par fusion, cession, scission ou changement d'activité rendant impossible l'application d'un accord de participation, cet accord cesse de produire effet entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.

Lorsque l'application de l'accord de participation de l'entreprise est possible et que le nouvel employeur applique un accord de même nature, l'accord en vigueur dans l'entreprise dont la situation juridique est modifiée cesse de produire effet de plein droit.

En l'absence d'accord de participation applicable chez le nouvel employeur, celui-ci engage, dans un délai de six mois à compter de la clôture de l'exercice au cours duquel est intervenue la modification, une négociation en vue de la conclusion d'un nouvel accord, selon l'une des modalités prévues à l'article L. 3322-6.

(156) J. Savatier, obs. ss Cass. soc., 29 avr. 1965 : *Dr. soc.* 1965, p. 511.

(157) Cass. soc., 29 avr. 1965 : *Bull. civ.* 1965, V, n° 320.

SECTION 2

LA DISPARITION POLITIQUE

344. – Le déblocage exceptionnel des sommes issues de la participation des salariés aux résultats de l'entreprise est une manifestation de la disparition des dispositifs de participation financière tels qu'ils avaient été initialement conçus. Seront traités les fondements de ces mesures (§ 1) puis leurs vecteurs (§ 2).

§ 1. – Les fondements de la disparition

345. – Les premières mesures de déblocage exceptionnel de la participation instaurées par la loi du 25 juillet 1994⁽¹⁵⁸⁾ devaient constituer « une exception à la règle »⁽¹⁵⁹⁾. Certains envisageaient ce texte comme une « loi-cadre, imaginative, une panoplie d'outils à usage de promotion pour la participation »⁽¹⁶⁰⁾. Le déblocage exceptionnel était un outil qui devait constituer « un levier puissant de relance de la consommation »⁽¹⁶¹⁾. Il était réservé aux bénéficiaires qui justifiaient avoir engagé des dépenses pour acquérir une voiture particulière ou réaliser des travaux immobiliers d'un montant au moins égal à 20 000 F (3 048,98 €)⁽¹⁶²⁾. Le niveau élevé du fait générateur plancher de ces déblocages exceptionnels devait éviter toute dérive par « contamination de proximité »⁽¹⁶³⁾. Les droits acquis par un salarié au titre de la participation devaient être liquidés pour un montant au plus égal à la dépense effective⁽¹⁶⁴⁾. Un plafond de déblocage était fixé. La circulaire du 14 septembre 1994⁽¹⁶⁵⁾ précisait que le déblocage devait avoir lieu à l'initiative du salarié.

Une autre mesure qui visait à étendre la mesure exceptionnelle de déblocage anticipé⁽¹⁶⁶⁾ fut introduite dans le projet de loi par un amendement. Dans les conditions prévues à l'article L. 3322-6 du Code du travail, un avenant à un accord de participation⁽¹⁶⁷⁾ qui prévoyait une possibilité de déblocage exceptionnel devait être conclu. Il pouvait prévoir que tout ou partie des droits constitués au profit de chaque salarié au titre de la réserve spéciale de participation des exercices ouverts en 1989 et 1990 étaient négociables ou exigibles à compter du 27 juillet 1994⁽¹⁶⁸⁾.

(158) L. n° 94-640, 25 juill. 1994, relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise (JO 27 juill., p. 10832).

(159) L. Deprez : JOAN CR 26 avr. 1994, p. 1152.

(160) C. Vissac : JOAN CR 26 avr. 1994, p. 1151.

(161) A. Ferry : JOAN CR 26 avr. 1994, p. 1146.

(162) L. n° 94-640, 25 juill. 1994, relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise, art. 31 (JO 27 juill., p. 10831).

(163) M. Giraud, ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle : JOAN CR 27 avr. 1994, p. 1157.

(164) La circulaire du 14 septembre 1994 relative aux conditions d'application des mesures exceptionnelles de déblocage anticipé des droits des salariés au titre de la participation précisait que pour la réalisation de travaux, les droits à participation pouvaient être déblocués à hauteur du montant du devis.

(165) Circ. 14 sept. 1994 relative aux conditions d'application des mesures exceptionnelles de déblocage anticipé des droits des salariés au titre de la participation : JO 15 sept., p. 13238.

(166) M. Giraud, ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle : JOAN CR 27 avr. 1994, p. 1232.

(167) Circ. 14 sept. 1994, préc.

(168) L. n° 94-640, 25 juill. 1994, relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise, art. 32 (JO 27 juill., p. 10832).

Cette mesure de déblocage constituait une seconde exception à la règle d'indisponibilité prévue aux anciens articles L. 442-7 et L. 443-6 du Code du travail⁽¹⁶⁹⁾. Les sommes débloquées dans ces conditions conservaient le bénéfice des exonérations fiscales et sociales attachées à l'indisponibilité⁽¹⁷⁰⁾.

Ces deux premiers types de déblocage exceptionnel posaient les fondations de la mesure de versement immédiat instaurée postérieurement. La rigidité des modalités de mise en place illustre la réticence des parlementaires à admettre ce type de dispositifs. Certains regrettaient qu'ils soient le fruit d'un « état d'esprit qui tendait à faire des fonds de participation des fonds d'action conjoncturelle »⁽¹⁷¹⁾. D'une philosophie différente de l'association capital-travail⁽¹⁷²⁾, une technique législative ayant pour objectif de « relancer la machine économique »⁽¹⁷³⁾ s'est construite autour des mesures ponctuelles de déblocage exceptionnel.

§ 2. – Les vecteurs de la disparition

346. – Sont identifiables deux vecteurs différents : le déblocage exceptionnel plafonné (A) et le déblocage exceptionnel annuel (B).

A. – Le déblocage exceptionnel plafonné

347. – Doivent être examinées les conditions de la mise en œuvre du déblocage exceptionnel plafonné (1°), ses modalités (2°) et ses conséquences sur les dispositifs de participation financière (3°).

1° Les conditions du déblocage exceptionnel plafonné

348. – Les conditions posées concernent les droits visés par cette modalité de déblocage (a). Elle s'exerce dans certaines limites systématiquement imposées par le législateur (b).

a) Les droits concernés⁽¹⁷⁴⁾

349. – Le déblocage exceptionnel plafonné puise son origine dans la mesure instaurée en vue d'affecter les sommes débloquées à l'achat d'un véhicule ou à la réalisation de travaux immobiliers⁽¹⁷⁵⁾. Une mesure de déblocage exceptionnel de même nature fut instaurée par la loi du 9 août 2004⁽¹⁷⁶⁾. Assoupli par rapport au droit antérieur, ce déblocage des droits n'était pas subordonné à une condition de

(169) C. trav., art. L. 3324-10 et L. 3332-25.

(170) Circ. 14 sept. 1994, préc.

(171) J. Godfrain : *JOAN* CR 27 avr. 1994, p. 1232.

(172) C. de Gaulle, Discours prononcé à Strasbourg, 7 avr. 1947, www.charles-de-gaulle.org.

(173) J.-L. Reitzer : *JOAN* CR 27 avr. 1994, p. 1232.

(174) Les droits concernés étaient soit des droits négociables, soit des droits exigibles. Les droits négociables étaient des placements de fonds de la participation effectués sous forme de titres, dans des sociétés d'investissement à capital variable, ou destinés à l'acquisition de parts de fonds commun de placement. Les droits exigibles correspondaient aux placements des fonds de participation dans des comptes courants bloqués.

(175) L. n° 94-640, 25 juill. 1994, relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise, art. 31 (*JO* 27 juill., p. 10832).

(176) L. n° 2004-804, 9 août 2004, relative au soutien à la consommation et à l'investissement (*JO* 11 août, p. 14269).

dépenses. La seule condition posée était que les droits débloqués soient constitués avant le 16 juillet 2004⁽¹⁷⁷⁾. Les salariés pouvaient se faire délivrer leurs droits et avoirs sans remise en cause des avantages sociaux liés en principe à la période de blocage⁽¹⁷⁸⁾. En qualité de « mesure destinée à soutenir l'activité et la croissance »⁽¹⁷⁹⁾, la loi du 8 février 2008⁽¹⁸⁰⁾ avait autorisé de manière exceptionnelle un déblocage anticipé des droits à participation dans des conditions similaires à celles requises par celle du 9 août 2004⁽¹⁸¹⁾.

L'exposé des motifs du projet de loi relatif au soutien à la consommation et à l'investissement⁽¹⁸²⁾ et la circulaire d'application⁽¹⁸³⁾ précisaient que le déblocage exceptionnel des sommes placées sur un plan d'épargne retraite collectif (PERCO) était exclu⁽¹⁸⁴⁾. La loi du 8 février 2008 le prévoyait expressément⁽¹⁸⁵⁾. N'étaient pas non plus concernées les actions de l'entreprise ou d'entreprises liées souscrites ou acquises à la suite de l'exercice d'options sur titres (« stock-options ») placés dans le cadre d'un plan d'épargne salariale⁽¹⁸⁶⁾.

b) Les limites imposées

350. – Les limites imposées sont de deux types : temporelles (1) et quantitatives (2).

1) Des limites temporelles

351. – En principe, les modalités du déblocage exceptionnel de la participation instaurées par la loi du 9 août 2004 devaient être prévues par un accord conclu avant le 30 septembre 2004. Les salariés devaient adresser leur demande de déblocage au plus tard le 31 décembre 2004⁽¹⁸⁷⁾. Les droits à participation acquis durant la période du 16 juin au 31 décembre 2004⁽¹⁸⁸⁾ ne donnaient pas lieu à une possibilité de déblocage mais pouvaient faire l'objet d'un versement direct à leur bénéficiaire⁽¹⁸⁹⁾. Il convenait de distinguer « le versement direct des droits à participation

(177) *Ibid.*

(178) Lettre-circulaire n° 2004-131/1, 13 oct. 2004, relative au dispositif exceptionnel de déblocage ou de versement direct des droits et avoirs issus des divers dispositifs d'épargne salariale, p. 2.

(179) D. Jourdan, *Loi du 8 février 2008 pour le pouvoir d'achat : mesures applicables dans l'entreprise* : JCP E 2008, act. 93.

(180) L. n° 2008-111, 8 févr. 2008, pour le pouvoir d'achat, art. 5 (JO 9 févr., p. 2451).

(181) Ces droits devaient être affectés au plus tard le 31 décembre 2007 à un compte courant bloqué ou à un plan d'épargne salariale.

(182) Projet de loi pour le soutien à la consommation et à l'investissement, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale, Exposé des motifs, 16 juin 2004, n° 1676.

(183) Circ. 9 août 2004 relative aux conditions d'application des mesures exceptionnelles de déblocage ou de versement direct des droits des salariés au titre de la participation, de l'intéressement et des avoirs en plan d'épargne salariale : JO 11 août 2004, p. 14356.

(184) *L'épargne salariale au service de la consommation : Semaine sociale Lamy* 2004, n° 1180, p. 2.

(185) L. n° 2008-111, 8 févr. 2008, pour le pouvoir d'achat, art. 5, V (JO 9 févr., p. 2451).

(186) Lettre-circulaire n° 2004-131/1, 13 oct. 2004, relative au dispositif exceptionnel de déblocage ou de versement direct des droits et avoirs issus des divers dispositifs d'épargne salariale, p. 2.

(187) Circ. 9 août 2004 relative aux conditions d'application des mesures exceptionnelles de déblocage ou de versement direct des droits des salariés au titre de la participation, de l'intéressement et des avoirs en plan d'épargne salariale : JO 11 août 2004, p. 14356.

(188) L. n° 2004-804, 9 août 2004, relative au soutien à la consommation et à l'investissement, art. 5, II (JO 11 août, p. 14269).

(189) P. Marini, Rapport fait au nom de la Commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, pour le soutien à la consommation et à l'investissement, n° 407, séance du 7 juillet 2004.

et de l'intéressement, du déblocage des droits à participation et des avoirs en plans d'épargne salariale »⁽¹⁹⁰⁾.

En principe, le versement direct des sommes issues de l'intéressement et de la participation était effectué sur simple demande des bénéficiaires⁽¹⁹¹⁾. Étaient concernées les sommes issues de l'intéressement directement versées au titre du dernier exercice et celles versées à titre d'acompte lorsque cette modalité de versement était prévue⁽¹⁹²⁾. Elles étaient exonérées d'impôt sur le revenu, en dépit du défaut d'affectation à un plan d'épargne d'entreprise. Le versement direct de la participation était subordonné à la conclusion d'un accord dans les conditions spécifiques prévues par le Code du travail lorsque l'accord de participation prévoyait exclusivement l'attribution aux salariés d'actions de l'entreprise, l'affectation des sommes à un compte courant bloqué ou l'affectation de ces sommes à l'acquisition de parts de fonds communs de placement d'actionnariat salarié⁽¹⁹³⁾.

Aucune mesure de versement direct de la participation ou d'exonération d'impôt sur le revenu de l'intéressement n'était prévue par la loi du 8 février 2008. Seul le déblocage des droits affectés à un plan d'épargne salariale ou à un compte courant bloqué était envisagé. Le déblocage exceptionnel instauré par cette loi devait être effectué en une seule fois ; la demande devait être présentée par le salarié le 30 juin 2008 au plus tard⁽¹⁹⁴⁾. La mesure portait sur « l'ensemble des droits acquis au titre de la participation fin 2007 »⁽¹⁹⁵⁾. Dans un souci de simplification, les modalités du déblocage exceptionnel des sommes acquises au titre du dernier exercice clos et des exercices clos antérieurs étaient harmonisées.

2) Des limites quantitatives

352. – La loi du 9 août 2004 avait instauré un plafond de déblocage exceptionnel net fixé à 10 000 €⁽¹⁹⁶⁾, calculé sur les montants perçus nets de prélèvements sociaux⁽¹⁹⁷⁾. Le respect de ce plafond global⁽¹⁹⁸⁾ s'appréciait par la prise en compte des sommes issues du déblocage des droits obtenus au titre de la participation due pour les exercices jusqu'en 2002. Les sommes dues au titre de l'intéressement⁽¹⁹⁹⁾ et de la participation⁽²⁰⁰⁾ pour l'exercice clos en 2003⁽²⁰¹⁾ et versées directement entre

(190) G. Auzero, *Les dispositions à caractère « social de la loi relative au soutien à la consommation et à l'investissement »* : *Lexbase hebdo* 2 sept. 2004, n° 132.

(191) L. n° 2004-804, 9 août 2004, relative au soutien à la consommation et à l'investissement, art. 5, III, A (*JO* 11 août, p. 14269).

(192) Circ. 9 août 2004 relative aux conditions d'application des mesures exceptionnelles de déblocage ou de versement direct des droits des salariés au titre de la participation, de l'intéressement et des avoirs en plan d'épargne salariale : *JO* 11 août 2004, p. 14356.

(193) *Ibid.*

(194) L. n° 2008-111, 8 févr. 2008, pour le pouvoir d'achat, art. 5, II (*JO* 9 févr., p. 2451).

(195) S. Dassault, Avis présenté au nom de la Commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, annexe au procès-verbal de la séance du 22 janvier 2008, p. 23.

(196) L. n° 2004-804, 9 août 2004, relative au soutien à la consommation et à l'investissement, art. 5, III, A (*JO* 11 août, p. 14269).

(197) Lettre-circulaire n° 2004-131/1, 13 oct. 2004, relative au dispositif exceptionnel de déblocage ou de versement direct des droits et avoirs issus des divers dispositifs d'épargne salariale, p. 3.

(198) L. n° 2004-804, 9 août 2004, relative au soutien à la consommation et à l'investissement, art. 5, III, A (*JO* 11 août, p. 14269).

(199) *Ibid.*, art. 5 II A.

(200) *Ibid.*, art. 5 II B.

(201) J.-C. Sandrier : *JOAN* CR 24 juin 2004, p. 5466.

le 16 juin et le 31 décembre 2004 étaient également prises en compte. Le volume des sommes issues de la participation susceptible d'être débloqué était soumis à un double plafond : le plafond global de 10 000 € prévu par le dispositif légal et un plafond flottant correspondant à la différence entre le plafond global et le montant des sommes versées directement au titre de l'intéressement qui sont exonérées d'impôt sur le revenu.

En sus du plafond global de 10 000 €, il était possible de fixer des sous-plafonds dans l'avenant ou l'accord qui prévoyait le déblocage exceptionnel ou le versement direct des droits à participation. À l'exclusion des actions ou parts de fonds commun de placement d'entreprise (FCPE) diversifiés ou de sociétés d'investissement à capital variable (SICAV)⁽²⁰²⁾, les sous-plafonds pouvaient porter sur une catégorie de droits, sur des actions, des parts ou les sommes acquises au titre de la participation sans réduire le montant du plafond global⁽²⁰³⁾. À l'instar de la loi du 9 août 2004, le déblocage exceptionnel instauré par la loi du 8 février 2008 était subordonné au respect d'un plafond global de 10 000 € nets de prélèvements sociaux. Les sommes versées directement au titre de l'intéressement n'étaient pas prises en compte pour l'appréciation du respect du plafond étant donné qu'aucune exonération d'impôt sur le revenu de ces sommes n'était prévue. Le volume des sommes perçues au titre de la participation pouvant être débloqué était plus important que ce que permettait le dispositif légal mis en place antérieurement.

2° Les modalités du déblocage exceptionnel plafonné

353. – Les différents vecteurs (a) ainsi que le régime exonératoire applicable aux sommes débloquées (b) seront examinés.

a) Les vecteurs du déblocage

354. – Afin de permettre un large recours au déblocage exceptionnel, le législateur a permis sa mise en œuvre de façon négociée (1) ou unilatéralement (2).

1) Le déblocage négocié

355. – La possibilité de déblocage qu'offrait la loi du 9 août 2004 devait être utilisée dans le respect du parallélisme des formes⁽²⁰⁴⁾. Les modalités de mise en œuvre du déblocage exceptionnel de la participation devaient en principe être définies par un accord négocié dans les conditions prévues aux articles L. 3322-6 ou L. 3322-7 du Code du travail⁽²⁰⁵⁾. Cet accord pouvait prendre la forme d'un avenant à l'accord de participation initial ou au règlement d'un plan d'épargne salariale lorsque ce dernier avait fait l'objet d'une mise en place négociée⁽²⁰⁶⁾. Le déblocage des sommes

(202) Étaient concernées par cette exclusion les SICAV autres que les SICAV d'actionariat salarié qui avaient pour objet la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières émises par l'entreprise ou par toute société liée.

(203) Circ. 9 août 2004 relative aux conditions d'application des mesures exceptionnelles de déblocage ou de versement direct des droits des salariés au titre de la participation, de l'intéressement et des avoirs en plan d'épargne salariale : JO 11 août 2004, p. 14356.

(204) *Ibid.*

(205) L. n° 2004-804, 9 août 2004, relative au soutien à la consommation et à l'investissement, art. 5, I, B (JO 11 août, p. 14269).

(206) C. trav., art. L. 3332-3.

affectées à un plan d'épargne d'entreprise établi unilatéralement par l'employeur devait faire l'objet d'une décision du chef d'entreprise⁽²⁰⁷⁾.

Le déblocage autorisé par la loi du 8 février 2008 appliquait un régime différent selon que l'accord de participation en vigueur dans l'entreprise était de droit commun ou dérogatoire. En présence d'un accord de droit commun, le déblocage exceptionnel pouvait intervenir sur simple demande du bénéficiaire en principe. Lorsque l'accord de participation de droit commun prévoyait l'acquisition d'actions de l'entreprise, de parts ou d'actions de FCPE ou de SICAV d'actionnariat salarié (SICAVAS) ou bien l'affectation de sommes à un compte courant bloqué, le déblocage était subordonné à la négociation d'un accord⁽²⁰⁸⁾ dans les conditions prévues aux articles L. 3322-6 et L. 3322-7 du Code du travail, à l'instar de ce que prévoyait le dispositif antérieur.

En présence d'un accord de participation dérogatoire qui comportait une base de calcul et des modalités différentes de celles prévues par le droit commun⁽²⁰⁹⁾, le déblocage des sommes qui excédait le montant de la réserve spéciale de participation légale était subordonné à la négociation d'un accord spécifique. Cette possibilité constituait une évolution dans la mise en œuvre du déblocage exceptionnel. La modalité instaurée par la loi du 9 août 2004⁽²¹⁰⁾ prévoyait le déblocage des droits constitués au titre de la réserve spéciale de participation de l'ancien article L. 442-2 du Code du travail⁽²¹¹⁾. Il était fait référence à une réserve calculée en fonction des paramètres classiques (le bénéfice net comptable, les capitaux propres, la masse salariale et la valeur ajoutée). La mise en œuvre du déblocage exceptionnel était circonscrite aux droits versés en application d'accords de participation de droit commun ou du régime d'autorité. Les droits acquis en application d'une formule dérogatoire n'étaient pas concernés.

2) Le déblocage unilatéral

356. – En application de la loi du 9 août 2004 et à défaut d'un déblocage exceptionnel prévu par accord collectif ou par décision du chef d'entreprise avant le 30 septembre 2004⁽²¹²⁾, les avoirs en parts ou actions de fonds commun de placement pouvaient être débloqués sur simple demande des bénéficiaires. Ce déblocage devait porter sur des actions ou parts d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) autres que les parts de FCPE d'actionnariat salarié⁽²¹³⁾, les actions de SICAVAS⁽²¹⁴⁾ ainsi que les droits et les avoirs faisant l'objet d'une gestion externe à l'entreprise.

(207) L. n° 2004-804, 9 août 2004, relative au soutien à la consommation et à l'investissement, art. 5, I, B (JO 11 août, p. 14269).

(208) Circ. n° DGT/DSS/5B/2008/46, 12 févr. 2008, relative à la loi n° 2008-111 pour le pouvoir d'achat, question n° 6.

(209) L. n° 2008-111, 8 févr. 2008, pour le pouvoir d'achat, art. 5, I (JO 9 févr., p. 2451).

(210) L. n° 2004-804, 9 août 2004, relative au soutien à la consommation et à l'investissement, art. 5, I, A (JO 11 août, p. 14269).

(211) C. trav., art. L. 3324-1.

(212) L. n° 2004-804, 9 août 2004, relative au soutien à la consommation et à l'investissement, art. 5, I, C (JO 11 août, p. 14269).

(213) C. monét. fin., art. L. 214-40.

(214) C. monét. fin., art. L. 214-40-1.

Aux termes de l'article L. 214-2 du Code monétaire et financier, « les organismes de placement collectif en valeurs mobilières prennent la forme soit de sociétés d'investissement à capital variable (SICAV) soit de fonds communs de placement ». Seules les parts et actions des FCPE diversifiés étaient donc susceptibles d'être débloqués, la réserve spéciale de participation ne pouvant être affectée qu'à des FCPE⁽²¹⁵⁾. Ces restrictions avaient pour objectif de ne pas déstabiliser le financement des entreprises qui avaient mis en place un dispositif de participation⁽²¹⁶⁾. Le « déblocage de droit » était ouvert à compter du 1^{er} octobre 2004 et ne concernait pas les avoirs investis en titres de l'entreprise ou de toute société liée ni les avoirs en comptes courants bloqués⁽²¹⁷⁾.

Dans le cadre de la loi du 8 février 2008, les droits à participation qui résultaient de la réserve spéciale de participation de droit commun affectés le 31 décembre 2007 au plus tard à un compte courant bloqué ou à un plan d'épargne salariale étaient négociables ou exigibles sur simple demande des bénéficiaires⁽²¹⁸⁾ en principe. Tout salarié était en droit de solliciter le déblocage exceptionnel de ces sommes⁽²¹⁹⁾. Il importait peu que la participation ait été mise en place par accord, décision unilatérale de l'employeur ou décision de l'inspecteur du travail⁽²²⁰⁾. La négociation d'un accord n'était pas nécessaire pour la mise en œuvre du déblocage exceptionnel de la participation au sein des entreprises d'au moins cinquante salariés, sauf lorsque des modalités spécifiques d'affectation des sommes étaient prévues.

Seules les sommes issues de la participation étaient concernées par le déblocage exceptionnel⁽²²¹⁾. Lorsque la participation était gérée sur un plan d'épargne d'entreprise, les autres versements qui avaient alimenté le plan (versements libres, intéressement, abondement) ne pouvaient pas être débloqués⁽²²²⁾. C'était une différence notable avec ce qui était prévu pour le déblocage exceptionnel instauré par la loi du 9 août 2004 : le plafond de 10 000 € s'appliquait globalement à tout ou partie des avoirs des salariés⁽²²³⁾. Lorsque les avoirs acquis au titre de la participation, susceptibles d'être débloqués, excédaient le plafond de 10 000 € fixé par la loi du 8 février 2008, le salarié devait indiquer dans sa demande les supports d'investissement qu'il souhaitait liquider en priorité, les droits les plus anciens étant réputés versés⁽²²⁴⁾.

(215) C. trav., art. D. 3324-34.

(216) G. Carrez, Rapport fait au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi pour le soutien à la consommation et à l'investissement, n° 1682, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 juin 2004, p. 40.

(217) Circ. 9 août 2004 relative aux conditions d'application des mesures exceptionnelles de déblocage ou de versement direct des droits des salariés au titre de la participation, de l'intéressement et des avoirs en plan d'épargne salariale : JO 11 août 2004, p. 14356.

(218) L. n° 2008-111, 8 févr. 2008, pour le pouvoir d'achat, art. 5, I (JO 9 févr., p. 2451).

(219) Circ. n° DGT/DSS/5B/2008/46, 12 févr. 2008, relative à la loi n° 2008-111 pour le pouvoir d'achat, question n° 2.

(220) *Ibid.*, question n° 1.

(221) *Ibid.*, question n° 4.

(222) *Ibid.*, question n° 5.

(223) Circ. 9 août 2004 relative aux conditions d'application des mesures exceptionnelles de déblocage ou de versement direct des droits des salariés au titre de la participation, de l'intéressement et des avoirs en plan d'épargne salariale : JO 11 août 2004, p. 14356.

(224) Circ. n° DGT/DSS/5B/2008/46, 12 févr. 2008, relative à la loi n° 2008-111 pour le pouvoir d'achat, question n° 12.

b) Le régime exonératoire

357. – Les sommes versées directement au titre de la participation dans le cadre de la loi du 9 août 2004 bénéficiaient d'une exonération d'impôt sur le revenu et de cotisations de sécurité sociale⁽²²⁵⁾. La loi ne précisait pas le régime exonératoire applicable aux sommes versées au titre de la participation dont le déblocage exceptionnel était négocié ou demandé. Le régime applicable pouvait être assimilé à celui du déblocage anticipé, le déblocage exceptionnel institutionnalisé étant une forme de déblocage anticipé du fait de la loi. Les sommes débloquées devaient donc bénéficier du régime social de faveur, mais devaient être prises en compte pour le calcul de l'impôt sur le revenu. L'administration avait précisé que le déblocage exceptionnel ne remettait pas en cause le droit à exonération de cotisations de sécurité sociale⁽²²⁶⁾.

Le régime fiscal et social applicable au déblocage exceptionnel instauré par la loi du 8 février 2008 était plus favorable que le dispositif antérieur. Afin d'inciter les salariés à mobiliser leur participation, les sommes versées étaient exonérées d'impôt sur le revenu et de prélèvements sociaux, à l'exception de la contribution sociale généralisée (CSG) et de la contribution au remboursement de la dette sociale (CRDS)⁽²²⁷⁾. En revanche, la plus-value réalisée au jour du déblocage était assujettie à la CSG, à la CRDS et aux prélèvements sociaux sur les produits de placement⁽²²⁸⁾.

3° Les conséquences du déblocage exceptionnel plafonné

358. – Le déblocage exceptionnel plafonné était une source d'inquiétude pour les entreprises (a). Mesure ponctuelle prise par le législateur, elle était facteur d'incertitude pour les parlementaires (b).

a) Source d'inquiétude pour les entreprises

359. – Le législateur redoutait que des déblocages successifs⁽²²⁹⁾ ne déstabilisent les finances de l'entreprise. Au nom d'impératifs ponctuels tels que la relance de la consommation, le législateur avait admis le déblocage exceptionnel de fonds bloqués, au détriment du « développement de produits d'épargne à long terme, dans le cadre des dispositifs d'épargne salariale ou d'épargne retraite »⁽²³⁰⁾. Subordonné à un accord collectif ou à un accord du chef d'entreprise, le déblocage de la participation ou des avoirs en plan d'épargne salariale ne devait pas fragiliser la trésorerie ou les fonds propres des entreprises⁽²³¹⁾.

(225) L. n° 2004-804, 9 août 2004, relative au soutien à la consommation et à l'investissement, art. 5, II, B (JO 11 août, p. 14269).

(226) Lettre-circulaire n° 2004-131/1, dispositif exceptionnel de déblocage ou de versement direct des droits et avoirs issus des divers dispositifs d'épargne salariale, p. 2.

(227) L. n° 2008-111, 8 févr. 2008, pour le pouvoir d'achat, art. 5, IV (JO 9 févr., p. 2451).

(228) Circ. n° DGT/DSS/5B/2008/46, 12 févr. 2008, relative à la loi n° 2008-111 pour le pouvoir d'achat, question n° 19.

(229) G. Carrez : JOAN CR 24 juin 2004, p. 5467.

(230) P. Marini, Rapport fait au nom de la Commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, pour le soutien à la consommation et à l'investissement, n° 407, séance du 7 juillet 2004.

(231) Projet de loi pour le soutien à la consommation et à l'investissement, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale, Exposé des motifs, 16 juin 2004, n° 1676.

Pour les entreprises cotées, l'actionnariat salarié était un moyen de geler une partie de leur capital⁽²³²⁾. Le plafond élevé de déblocage et le recours excessif aux mesures de déblocage exceptionnel plafonné étaient source d'inquiétude. Certains parlementaires avaient pu relever qu'un actionnariat stable fondé sur la participation permettait aux entreprises cotées de se prémunir contre des offres publiques d'achat hostiles⁽²³³⁾. Afin de ne pas ébranler la situation du capital des entreprises⁽²³⁴⁾, seuls des fonds bloqués autres que les FCPE, les SICAVAS et les avoirs investis dans l'entreprise ou toute société qui y était liée pouvaient être débloqués en l'absence d'accord.

b) Source d'incertitude pour les parlementaires

360. – Le législateur était conscient du « futur arbitrage des salariés entre consommation et épargne »⁽²³⁵⁾ qui pouvait découler de la multiplication des dispositifs de déblocage exceptionnel plafonné. Leur mise en œuvre était subordonnée à la négociation d'un accord collectif jusqu'à une date limite. Une fois cette date dépassée, l'absence d'accord ne paralysait pas la mise en œuvre du déblocage : une simple demande des salariés suffisait. Demeurait une incertitude sur l'usage que les bénéficiaires des fonds débloqués pouvaient faire. La nécessité de négocier un accord pour user de cette alternative était sans conséquences sur le comportement des salariés et aucune disposition légale ne pouvait en restreindre leur marge de manœuvre. Les sommes débloquées avaient représenté 7 milliards d'euros au titre du déblocage exceptionnel instauré en 2004 et devaient représenter 12 milliards d'euros, dont un tiers affecté à la consommation des ménages au titre de la mesure prévue en 2008⁽²³⁶⁾. En définitive, seuls 3,9 milliards d'euros ont été débloqués⁽²³⁷⁾.

Dans le cadre de la gestion interne de l'entreprise, il est possible de placer une partie de la réserve spéciale de participation en comptes courants bloqués⁽²³⁸⁾, notamment en l'absence d'accord de participation⁽²³⁹⁾. En contrepartie, l'entreprise doit affecter ces sommes à des investissements productifs⁽²⁴⁰⁾ qui contribuent à augmenter l'actif de la société. Les salariés ont un droit de créance égal au montant des sommes versées⁽²⁴¹⁾ qui correspond au montant de leur quote-part de participation⁽²⁴²⁾. En l'absence de demande de déblocage immédiat de la participation⁽²⁴³⁾, le

(232) J.-C. Sandrier : *JOAN* CR 24 juin 2004, p. 5466.

(233) J. Cahuzac : *JOAN* CR 23 sept. 2008, p. 5029.

(234) P. Marini, Rapport fait au nom de la Commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, pour le soutien à la consommation et à l'investissement, n° 407, séance du 7 juillet 2004.

(235) *Ibid.*

(236) S. Dassault, Avis présenté au nom de la Commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, annexe au procès-verbal de la séance du 22 janvier 2008, p. 23.

(237) O. Dussopt : *JOAN* CR 23 sept. 2008, p. 5031. Aucune précision sur la destination de ces sommes n'était apportée. Il semble que ce montant constituait la totalité des sommes débloquées soit trois fois moins que les prévisions attendues dans le cadre du déblocage exceptionnel instauré par la loi du 8 février 2008.

(238) C. trav., art. L. 3323-3. Aujourd'hui, ce mode de placement des sommes issues de la réserve spéciale de participation est de moins en moins utilisé, l'affectation à des fonds communs de placement étant privilégiée par les entreprises, en particulier par la diffusion de plus en plus large des plans d'épargne salariale.

(239) C. trav., art. L. 3323-5.

(240) A. Autenne, *Analyse économique du droit de l'actionnariat salarié*, Bruylant, 2005, p. 173.

(241) C. trav., art. L. 3323-2.

(242) A. Derue et D. Jourdan, *Épargne salariale, intéressement, participation : Liaisons soc.* juin 2009, p. 48, spéc. n° 119.

(243) *V. infra*, n° 367 et s.

bloquée des sommes est en principe prévu pour une durée de cinq ans⁽²⁴⁴⁾, huit ans en l'absence d'accord de participation⁽²⁴⁵⁾. Permettre de façon ponctuelle le déblocage des sommes affectées à un compte courant bloqué réduit l'ampleur des fonds disponibles que l'entreprise est susceptible de consacrer à des investissements. Le déblocage exceptionnel plafonné fait perdre à la participation son utilité économique : le renforcement des fonds disponibles pour l'investissement de l'entreprise et l'autofinancement. Mesure ponctuelle qui présente des avantages fiscaux et sociaux importants, elle favorise le déblocage d'opportunité au détriment des investissements productifs.

B. – Le déblocage exceptionnel annuel

361. – Il convient d'examiner l'origine de cette modalité de déblocage (1°), d'analyser son institutionnalisation (2°).

1° L'origine du déblocage exceptionnel annuel

362. – Les droits concernés (a) ainsi que les modalités de déblocage (b) seront étudiés.

a) Les droits concernés

363. – Les fondements du déblocage exceptionnel annuel découlent de la loi du 25 juillet 1994⁽²⁴⁶⁾. Un nouveau dispositif de déblocage anticipé des droits acquis dans le cadre de la participation et de l'épargne salariale fut mis en place par la loi du 12 avril 1996⁽²⁴⁷⁾. Tout ou partie des droits à participation constitués au titre des exercices ouverts en 1991 et 1992 étaient négociables ou exigibles à compter du 1^{er} janvier 1996 et jusqu'au 30 septembre 1996. Le déblocage ne pouvait intervenir qu'à la demande expresse du salarié bénéficiaire⁽²⁴⁸⁾.

Un amendement proposait de subordonner la demande de déblocage exceptionnel au respect d'une condition d'achat d'un objet électroménager⁽²⁴⁹⁾. Cette proposition relevait d'une philosophie qui différait des modalités de déblocage annuel instaurées par la loi du 25 juillet 1994⁽²⁵⁰⁾. Afin de simplifier la mise en œuvre de ce déblocage exceptionnel et ne pas ajouter aux contrôles⁽²⁵¹⁾, l'amendement fut retiré. Le législateur souhaitait maintenir la distinction entre le déblocage exceptionnel annuel et le déblocage exceptionnel plafonné. Antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 12 avril 1996, une circulaire interministérielle du 25 mars 1996⁽²⁵²⁾ apportait des précisions sur les modalités de mise en œuvre du déblocage

(244) C. trav., art. L. 3324-10.

(245) C. trav., art. L. 3323-5.

(246) L. n° 94-640, 25 juill. 1994, relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise, art. 32 (JO 27 juill., p. 10832).

(247) L. n° 96-314, 12 avr. 1996, portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, art. 22 (JO 13 avr., p. 5707).

(248) La loi du 25 juillet 1994 n'exigeait pas la production d'un justificatif de l'emploi des sommes pour ce type de déblocage exceptionnel ; le salarié avait simplement à en demander le déblocage.

(249) G. Gantier, amendement n° 149, Assemblée nationale, 8 mars 1996, deuxième séance.

(250) L. n° 94-640, 25 juill. 1994, relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise, art. 32 (JO 27 juill., p. 10832).

(251) P. Auberger : JOAN CR 8 mars 1996, p. 21.

(252) Circ. intermin. 25 mars 1996, Déblocage anticipé de la participation : *Semaine sociale Lamy* 1996, n° 786, p. 8.

exceptionnel annuel. Lorsqu'un accord prévoyait un déblocage exceptionnel, il pouvait autoriser le déblocage de tout ou partie des droits et avoirs ou bien le déblocage des droits à participation acquis au titre d'un seul des deux exercices visés par la loi.

La loi du 26 juillet 2005⁽²⁵³⁾ avait également prévu une mesure de déblocage exceptionnel annuel ou de versement direct des droits issus de la participation. Les sommes attribuées aux salariés au titre de l'exercice clos pouvaient être versées directement jusqu'au 31 décembre 2005. Si les sommes avaient déjà été affectées à un plan d'épargne salariale en application des dispositions légales⁽²⁵⁴⁾, elles étaient négociables ou exigibles avant le 31 décembre 2005 sur simple demande des bénéficiaires. Cette possibilité de déblocage exceptionnel ne s'appliquait pas aux droits à participation affectés à un plan d'épargne pour la retraite collectif (PERCO)⁽²⁵⁵⁾.

b) Les vecteurs du déblocage

364. – Nous étudierons ici les modalités de déblocage annuel qui existent (1) pour envisager ensuite le régime exonératoire applicable (2).

1) Les modalités du déblocage

365. – La circulaire du 25 mars 1996 précisait que le déblocage des droits à participation ou des avoirs en plan d'épargne d'entreprise était subordonné à la conclusion d'un accord dans les conditions prévues par l'article L. 3324-10 du Code du travail. À l'instar des modalités du déblocage exceptionnel plafonné, lorsqu'un plan d'épargne d'entreprise était mis en place à l'initiative de l'employeur, une décision du chef d'entreprise devait prévoir la possibilité de déblocage de tout ou partie des actions ou parts affectées par chaque salarié au plan d'épargne⁽²⁵⁶⁾.

Dans le cadre de la loi du 26 juillet 2005, les droits issus de la participation pouvaient être débloqués « sans autre plafonnement que le montant des sommes devant être versées en 2005 »⁽²⁵⁷⁾. La désignation d'un exercice au titre duquel les sommes pouvaient faire l'objet d'un déblocage exceptionnel constituait la seule limite aux droits susceptibles d'être débloqués. La modalité de principe du déblocage exceptionnel annuel était la demande du bénéficiaire. Son champ d'application était limité : elle ne pouvait être mise en œuvre que pour les droits qui avaient servi à la souscription de stock-options ou de droits affectés à un FCPE diversifié. Par exception, lorsque l'investissement des droits à participation était effectué dans l'entreprise⁽²⁵⁸⁾, le déblocage ne pouvait intervenir qu'après conclusion d'un accord

(253) L. n° 2005-842, 26 juill. 2005, pour la confiance et la modernisation de l'économie, art. 39 (JO 27 juill., p. 12183).

(254) C. trav., art. L. 3324-12.

(255) L. n° 2005-842, 26 juill. 2005, pour la confiance et la modernisation de l'économie, art. 39, IV (JO 27 juill., p. 12183).

(256) L. n° 96-314, 12 avr. 1996, portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, art. 22, II (JO 13 avr., p. 5707).

(257) P. Marini, Rapport fait au nom de la Commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence pour la confiance et la modernisation de l'économie, séance du 29 juin 2005, n° 438.

(258) En application d'un accord de participation qui prévoyait l'attribution aux salariés d'actions de l'entreprise, l'affectation des sommes à un compte courant bloqué ou à un FCPE d'actionnariat salarié, la possibilité de déblocage était subordonnée à la négociation d'un accord.

collectif⁽²⁵⁹⁾ négocié dans les conditions prévues à l'article L. 3322-6 du Code du travail⁽²⁶⁰⁾. Cet accord préalable devait porter sur les modalités de gestion définies dans l'accord de participation.

Lorsqu'un accord dérogatoire⁽²⁶¹⁾ était négocié dans les conditions prévues par le Code du travail⁽²⁶²⁾, les sommes qui excédaient le montant de la réserve spéciale de participation calculée selon les règles de droit commun pouvaient être débloquées en tout ou partie dès lors qu'un accord était négocié dans les conditions prévues aux articles L. 3322-6 et L. 3322-7 du Code du travail⁽²⁶³⁾.

2) Le régime exonératoire

366. – La circulaire du 25 mars 1996 précisait que la mesure de déblocage prévue par la loi du 12 avril 1996 permettait la libération immédiate des fonds de participation et avoirs en plan d'épargne d'entreprise tout en bénéficiant des exonérations fiscales et sociales attachées à l'indisponibilité⁽²⁶⁴⁾. Les produits et plus-values attachés à ces droits et avoirs étaient totalement exonérés d'impôt sur le revenu, de CSG et de CRDS⁽²⁶⁵⁾, contrairement aux sommes susceptibles d'être versées suite à un déblocage exceptionnel plafonné.

Sans remise en cause des exonérations de charges sociales, le dispositif établi dans le cadre de la loi du 26 juillet 2005 ne prévoyait pas que les sommes débloquées de façon exceptionnelle bénéficiaient d'un régime fiscal plus favorable. L'exonération d'impôt sur le revenu s'analysait comme une forme de contrepartie à la contrainte que représentait la période d'indisponibilité. Dès lors que la participation devenait accessible sans délai, les exonérations fiscales n'avaient plus de raison d'être⁽²⁶⁶⁾.

2° L'institutionnalisation du déblocage exceptionnel annuel

367. – L'institutionnalisation du dispositif de déblocage exceptionnel annuel résulte de la loi du 3 décembre 2008 qui a instauré le versement immédiat de la participation. Elle marque une évolution de la philosophie qui avait guidé la construction du régime applicable à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise. La pratique de cette institutionnalisation (a) sera étudiée avant que ne soient envisagées les conséquences qui en découlent (b).

(259) T. Breton : JOAN CR 22 juin 2005, p. 3912.

(260) Circ. 4 oct. 2005 relative au versement de la prime exceptionnelle d'intéressement liée aux résultats ou aux performances de 2004 et au versement direct ou au déblocage à titre exceptionnel des sommes attribuées aux salariés en 2005 au titre de la participation : JO 13 oct., p. 16244.

(261) *Ibid.*

(262) C. trav., art. L. 3324-2.

(263) La redistribution immédiate des sommes excédentaires à laquelle certains auteurs faisaient référence (V. A. Cerati-Gauthier, *Épargne salariale : nouvelles mesures : Cahiers Lamy du CE* 2005, n° 42) visait en réalité les sommes excédentaires obtenues dans le cadre d'un accord dérogatoire, et non les sommes résiduelles après répartition lorsque le plafond individuel d'exonération était atteint.

(264) Circ. intermin. 25 mars 1996, Déblocage anticipé de la participation : *Semaine sociale Lamy* 1996, n° 786, p. 8.

(265) *Ibid.*

(266) I. Debré, Avis présenté au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence pour la confiance et la modernisation de l'économie, séance du 29 juin 2005, n° 436, p. 30.

a) La pratique de l'institutionnalisation

368. – À l'origine, le blocage quinquennal des sommes issues de la réserve spéciale de participation devait contribuer au financement d'investissements productifs⁽²⁶⁷⁾. Aujourd'hui, la participation des salariés aux résultats de l'entreprise n'est plus envisagée comme une mesure d'autofinancement mais comme une mesure de pouvoir d'achat. La mise en place de la liberté de choix pour les salariés entre la perception immédiate et le blocage des droits a pour objectif de leur laisser l'initiative d'une mobilisation rapide des sommes « dans une logique de pouvoir d'achat à court terme, ou de leur placement dans une logique de pouvoir d'achat différé »⁽²⁶⁸⁾.

La loi en faveur des revenus du travail ne s'est pas contentée d'autoriser un déblocage ponctuel des sommes issues de la participation. Elle a ajouté une section 3 au chapitre IV du titre du Code du travail relatif à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise intitulée « Règles de disponibilité des droits des salariés »⁽²⁶⁹⁾. Cette mesure s'inscrivait dans le prolongement des différents déblo- cages exceptionnels annuels mis en place par les lois de 1994, 1996 et 2005. La procédure instaurée est plus souple. La négociation d'un accord préalable n'est pas requise pour qu'un salarié soit en droit de demander le versement immédiat des sommes issues de la participation. La faculté instaurée par l'article L. 3324-10 du Code du travail n'a pas à faire l'objet d'un avenant relatif aux modalités de sa mise en œuvre. Elle est de droit pour tout salarié qui formule une demande en ce sens. Un accord de participation peut se contenter de prévoir des mesures relatives à l'in- formation des bénéficiaires⁽²⁷⁰⁾.

Le versement immédiat de la participation instauré par la loi du 3 décembre 2008 permet-il aux salariés de demander le versement direct des sommes qu'ils perçoivent au titre de l'exercice clos ? Concerne-t-il la totalité des sommes affectées à un plan d'épargne salariale ? Au regard des dispositions légales et réglementaires, les sommes dont le déblocage peut être demandé sont celles perçues au titre de l'exer- cice clos. La demande de versement doit être formulée par le bénéficiaire dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle il est informé du montant qui lui est attribué⁽²⁷¹⁾. À défaut de demande du salarié, les sommes issues de la partici- pation sont négociables ou exigibles à l'expiration d'un délai de cinq ans en présence d'un accord de participation, huit ans en application du régime d'autorité⁽²⁷²⁾.

(267) L. Giscard d'Estaing, Avis présenté au nom de la Commission des finances, de l'économie générale du plan sur le projet de loi, après déclaration d'urgence, en faveur des revenus du travail, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale, 16 sept. 2008, n° 1096, p. 22.

(268) Projet de loi en faveur des revenus du travail, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale, Exposé des motifs, 5 août 2008, p. 4.

(269) L. n° 2008-1258, 3 déc. 2008, en faveur des revenus du travail, art. 4 (JO 4 déc., p. 18488).

(270) L'article 5 du décret n° 2009-350 du 30 mars 2009 portant diverses mesures en faveur des revenus du travail et la question n° 18 de la circulaire n° DGT/2009/13 du 19 mai 2009 relative à la loi en faveur des revenus du travail appor- taient des précisions sur les mesures transitoires. Jusqu'à la renégociation des accords de participation en vue de pré- voir des modalités d'informations spécifiques à la mise en œuvre du déblocage exceptionnel et au plus tard le 30 avril 2010, l'employeur pouvait déterminer les modalités d'information des salariés après consultation du comité d'entre- prise ou, à défaut, des délégués du personnel. S'il avait engagé une consultation de ses salariés antérieurement au 31 mars 2009, il n'avait pas à procéder à une consultation dans les conditions prévues par le décret.

(271) C. trav., art. R. 3324-21-1.

(272) La loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites (JO 10 nov., p. 20034) a précisé qu'à défaut de décision d'affectation prise par le salarié, la moitié du montant de la réserve spéciale de participation dégagée en application de la formule de calcul légale est placée dans un plan d'épargne pour la retraite collectif (PERCO). Une cir-

b) Les conséquences de l'institutionnalisation

369. – Les nombreuses différences qui justifiaient que l'intéressement et la participation soient distingués s'effacent progressivement. Les formules de calcul sont dissemblables et ne sont pas fondées sur les mêmes paramètres mais en toute hypothèse, le principe d'imprévisibilité doit être respecté. La disponibilité des sommes issues d'une réserve spéciale de participation bloquée que l'entreprise pouvait affecter à des investissements à long terme n'est plus garantie. Qu'en est-il du caractère obligatoire de la participation pour les entreprises d'au moins cinquante salariés et du caractère facultatif de l'intéressement ? Cette caractéristique paraît obsolète dès lors que les entreprises qui ne sont pas tenues de mettre en place un dispositif de participation aux résultats de l'entreprise peuvent le faire volontairement⁽²⁷³⁾.

L'article 163 bis AA du Code général des impôts dispose que les sommes qui reviennent aux salariés au titre de la participation sont exonérées d'impôt sur le revenu lorsqu'elles sont affectées à un plan d'épargne salariale ou à un compte courant bloqué⁽²⁷⁴⁾. Lorsqu'elles ne font pas l'objet d'une telle affectation, elles concourent à la formation du revenu global qui sert de base à l'imposition⁽²⁷⁵⁾. La loi en faveur des revenus du travail fait bénéficier les sommes issues de la participation qui sont débloquées annuellement du même régime fiscal que les sommes versées au titre de l'intéressement qui n'auraient pas été affectées à un plan d'épargne salariale⁽²⁷⁶⁾. Cette évolution dans le régime de la participation aux résultats favorise l'atténuation progressive de la différence qui existe entre l'intéressement et la participation.

370. – Une différence subsiste au sujet du principe de non-substitution à un élément de rémunération. Les sommes versées dans le cadre d'un accord d'intéressement ne doivent pas se substituer à un élément de rémunération pour être admises au bénéfice du régime fiscal et social plus favorable⁽²⁷⁷⁾. Aucune précision de ce type n'est apportée au sujet de la somme issue de la participation que le salarié demanderait à percevoir directement en tout ou partie. Une conséquence du silence de la loi serait une « substitution des revenus du capital aux revenus du travail »⁽²⁷⁸⁾ par

culaire a rappelé l'instauration de cette nouvelle mesure (Lettre-circulaire n° 20110000037, 29 mars 2011, relative à la loi n° 20101330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites). En l'absence d'aménagements conventionnels spécifiques, seule la moitié des sommes sera négociable ou exigible à l'expiration du délai de cinq ou huit ans si le salarié n'a pas précisé qu'il souhaite que ses droits soient placés dans le plan d'épargne d'entreprise. Cette affectation par défaut des sommes ne concerne pas la part de la réserve spéciale de participation calculée en application d'une formule de calcul dérogatoire (C. trav., art. L. 3324-12). Un décret (D. n° 2011-1449, 7 nov. 2011, portant sur l'alimentation et la gestion du plan d'épargne pour la retraite collectif et l'information des bénéficiaires : JO 8 nov., p. 18750) précise notamment les modalités d'information qu'il convient de prévoir dans le cadre de ce dispositif (pour une présentation de ce décret, cf. J.-S. Lipski, *Les apports des décrets « PERCO du 7 novembre 2011 »* : *Gaz. Pal.* 2011, n° 350 à 351, p. 11). Ce décret a fait l'objet d'une circulaire qui précise sa mise en œuvre (Circ. DGT, 19 avr. 2012, relative aux décrets n° 2011-1449 et n° 2011-1450 du 8 novembre 2011 portant sur l'alimentation et la gestion du plan d'épargne pour la retraite collectif et l'information des bénéficiaires).

(273) C. trav., art. L. 3323-6.

(274) C. trav., art. L. 3323-2 et L. 3323-3.

(275) CGI, art. 158, 5, a, et art. 79.

(276) Le régime fiscal applicable aux sommes issues de la participation débloquées annuellement est le même que celui des sommes qui pouvaient être versées dans le cadre du dispositif de déblocage exceptionnel annuel issu de la loi du 26 juillet 2005.

(277) C. trav., art. L. 3312-4.

(278) J.-P. Brard : *JOAN CR* 24 sept. 2008, p. 5043.

le biais du versement immédiat. Une telle substitution n'est pas sanctionnée par le droit positif de la participation des salariés aux résultats de l'entreprise.

Le déblocage exceptionnel annuel institutionnalisé par la loi du 3 décembre 2008 pérennise une pratique législative ponctuelle. Il contribue à perturber l'équilibre économique des dispositifs de participation aux résultats et remet en cause le bien-fondé de la distinction entre l'intéressement et la participation. Certains parlementaires avaient déjà envisagé que « toute fusion de l'intéressement et de la participation aboutirait inmanquablement à éliminer l'un au profit de l'autre »⁽²⁷⁹⁾ et que « la participation, plus contraignante, serait inmanquablement la perdante »⁽²⁸⁰⁾. Ils avaient alors rejeté l'idée d'une fusion de l'intéressement et de la participation. La suppression du « principe de non-disponibilité des sommes versées au titre de la participation »⁽²⁸¹⁾ donne à ce débat un élan nouveau.

*
* *

371. – Les accords collectifs qui mettent en place des dispositifs de participation financière sont amenés à disparaître. Cette disparition peut être liée à la vie de l'entreprise ou à ses besoins. Tel est le cas lorsque l'entreprise ne souhaite plus verser de la participation financière à ses salariés ou lorsqu'elle disparaît. La mise en œuvre de la disparition des dispositifs de participation financière doit s'articuler avec les dispositions de droit commun applicables à la négociation collective. Pour plus de sécurité, les situations complexes qui en découlent impliquent une adaptation de certaines dispositions légales spécifiques.

Une autre forme de disparition, plus inquiétante, est la disparition qualifiée de politique. Au cours des vingt dernières années, le législateur a multiplié les situations de déblocage exceptionnel de la participation aux résultats. Ces dispositifs ponctuels ont altéré la nature d'investissement à moyen terme que constituait initialement cette participation. Le déblocage exceptionnel d'un montant maximal de participation ainsi que l'institutionnalisation d'un dispositif de déblocage annuel ont fait perdre à ce dispositif l'attrait qu'il représentait pour les entreprises, en dépit de son caractère obligatoire. Le partage de la valeur étant au cœur du débat public en ce début de XXI^e siècle⁽²⁸²⁾, la simplification des dispositifs existants, fortement

(279) F. Cornut-Gentille et J. Godfrain, *Une ambition : la participation pour tous*, Rapport au Premier ministre, 29 sept. 2005, p. 12.

(280) *Ibid.*

(281) L. Giscard d'Estaing, Avis présenté au nom de la Commission des finances, de l'économie générale du plan sur le projet de loi, après déclaration d'urgence, en faveur des revenus du travail, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale, 16 sept. 2008, n° 1096, p. 22.

(282) En témoigne la création de la prime de partage des profits par l'article 1^{er} de la loi n° 2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2011 (JO 29 juill., p. 12922) qui impose aux entreprises qui versent des dividendes en hausse par rapport à la moyenne des dividendes versés au titre des deux exercices précédents de payer une « prime dividende » aux salariés également (pour une présentation détaillée du régime juridique applicable à ce nouveau dispositif de participation financière, cf. J.-S. Lipski, *La prime de partage des profits : une chimère juridique* : JCP E 2011, 1676. – J.-B. Allanic et G. Briens, *Dossier spécial : Prime de partage des profits : Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1505. – Lire également J. Barthélémy, *Au sujet de LA prime* : Cah. DRH juill. 2011, n° 178, p. 12. – S. Niel et S. Hamida, *Prime de partage des profits* : Cah. DRH juill. 2011, n° 178, p. 3. – A. Sauret, *Prime sur la valeur ajoutée : un nouveau projet de loi* : Gaz. Pal. 2011, n°s 168 à 169, p. 11. – R. Vatinet, *Une étrange prime de partage des profits* : JCP S 2011, 1385).

demandée par les entreprises, pourrait passer par la suppression de la participation aux résultats, son identité avec l'intéressement abondant dans ce sens.

C O N C L U S I O N D U T I T R E

372. – La naissance et la mort des dispositifs pérennes de participation financière ont été examinées. La diversité des lieux de leur mise en place met en exergue la volonté du législateur de généraliser ces dispositifs à tout type de structure. L'originalité des modalités de leur mise en place participe à la réalisation de l'objectif d'association étendue du capital et du travail, la dimension européenne n'étant pas exclue. La spécificité des modes de négociation et leur compatibilité avec les modalités de mise en place d'un accord collectif en droit commun offrent une série de vecteurs dont l'articulation est complexe. Cette diversité devrait contribuer à populariser la mise en place des dispositifs pérennes de participation financière dans les petites et moyennes entreprises ainsi que dans les très petites entreprises.

L'originalité des dispositifs de participation financière par rapport au droit commun se manifeste également au moment de leur disparition, mais elle est plutôt source de difficultés. L'articulation des dispositions spécifiques avec le droit commun est nécessaire afin de bâtir un régime juridique efficace. Or, le droit commun de la disparition des accords collectifs tel qu'il est organisé par le législateur n'est pas toujours adapté à la réalité économique d'une entreprise qui a mis en place un dispositif de participation financière. Des ajustements législatifs sont donc nécessaires.

La disparition des dispositifs pérennes de la participation financière n'est pas seulement interne à l'entreprise ; elle est également externe et pose la question du bien-fondé de certains dispositifs au regard de l'instrumentalisation de la participation financière par le législateur. Cette disparition est le fruit de la volonté du législateur et des entreprises. Le basculement vers la multiplication de dispositifs ponctuels de participation financière paraît inéluctable.

T I T R E 2

LES DISPOSITIFS PONCTUELS

373. – Des dispositifs ponctuels de participation financière sont apparus au début du ^{xxi} siècle. Apportant un complément de rémunération, ils relèvent de vecteurs spécifiques différents de ceux applicables à la mise en place de dispositifs pérennes de participation financière. Leur finalité – assurer le maintien ou le renforcement du pouvoir d’achat des salariés – pèse sur les normes qui gouvernent leur organisation mais aussi sur leur durée d’application. Versement de primes exceptionnelles (Chapitre 1) et attribution de suppléments (Chapitre 2) illustrent le propos.

LES PRIMES EXCEPTIONNELLES

374. – Les primes exceptionnelles ont fait leur apparition il y a quelques années. Elles constituent une nouvelle forme de complément de rémunération utilisé par les pouvoirs publics. Nous traiterons de la multiplication des primes exceptionnelles instaurées par le législateur (Section 1) et du régime qui leur est applicable (Section 2).

S E C T I O N 1

LA MULTIPLICATION DES DISPOSITIFS DE PRIMES EXCEPTIONNELLES

375. – Les primes exceptionnelles sont des outils de rémunération complémentaire institués pour la première fois par la loi du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie⁽¹⁾. Les gouvernements successifs ont eu recours à ces dispositifs en 2006, 2008 et 2009. Les dispositifs de primes exceptionnelles étaient en relation avec des dispositions qui permettaient le déblocage exceptionnel de la participation en dehors des cas de déblocage anticipé : « La synchronisation de ces deux mesures vise à garantir leur lisibilité optimale et un effet rapide et massif sur le pouvoir d'achat des salariés »⁽²⁾.

En 2004, les entreprises enregistraient de bons résultats. Le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie estimait que « la confiance dans l'économie [reposait] également sur le partage des fruits de la croissance avec les salariés »⁽³⁾. L'objectif affiché par la première prime exceptionnelle était d'encourager la conclusion d'accords au sein de tout type d'entreprise, notamment de développer l'intéressement au-delà du champ des entreprises qui y recouraient déjà. Les entreprises qui n'avaient pas conclu d'accord d'intéressement devaient se saisir de la possibilité de verser cette prime exceptionnelle pour la mettre en place. Elles y étaient incitées

(1) L. n° 2005-842, 26 juill. 2005, pour la confiance et la modernisation de l'économie, art. 38 (JO 27 juill., p. 12160).

(2) Projet de loi pour le pouvoir d'achat, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale, Exposé des motifs, 12 déc. 2007, p. 5.

(3) Min. Économie, Finances, Industrie : JOAN CR 22 juin 2005, p. 3912.

par l'application du régime fiscal et social de l'intéressement. Cette mesure ponctuelle devait favoriser le pouvoir d'achat et ne fut que très peu débattue. Son identité avec les modalités de mise en place de l'intéressement était réaffirmée : la prime exceptionnelle pouvait faire l'objet d'un accord négocié avec les partenaires sociaux ou approuvé directement par le personnel⁽⁴⁾. Au-delà d'une simple mesure pour le pouvoir d'achat, le principe de l'épargne salariale devait être préservé⁽⁵⁾. Les salariés qui souhaitaient que cette prime abonde leur épargne salariale devaient avoir la faculté de le faire.

Le recours à ce type de dispositifs fut réitéré par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2006⁽⁶⁾. Un bonus d'un montant individuel maximum de 1 000 € fut proposé pour soutenir la croissance et la consommation des ménages en favorisant le partage des résultats positifs de l'activité des entreprises⁽⁷⁾. Fruit d'un « amendement d'opportunité face à la stagnation du pouvoir d'achat »⁽⁸⁾, le versement de ce bonus était subordonné à la négociation d'un accord salarial. Il n'aurait pas été réaliste de le subordonner à la négociation d'un accord d'intéressement : cette condition d'attribution avait été prévue par la loi pour la confiance et la modernisation de l'économie⁽⁹⁾ entrée en vigueur moins de cinq mois avant. Le régime fiscal et social de ce bonus⁽¹⁰⁾ était identique à celui des primes d'intéressement de droit commun.

Le projet de loi pour le pouvoir d'achat fut le premier à prévoir le versement d'une prime exceptionnelle aux salariés des seules entreprises non assujetties à l'obligation de versement de la participation. L'exposé des motifs mettait l'accent sur le fait que « cette mesure avait pour objet de faire participer les salariés aux résultats de leur entreprise et de ne pas être exclus d'un partage de la richesse créée »⁽¹¹⁾. Le projet précisait qu'elle devait être mise en place dans les mêmes conditions que la participation et bénéficier du même régime fiscal et social que l'intéressement. Au regard des finances publiques et de la compensation, elle devait avoir « le même statut que le bonus mis en place par l'article 17 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2006 »⁽¹²⁾, ce qui lui conférait la nature d'intéressement⁽¹³⁾.

(4) I. Debré : JO Sénat CR 5 juill. 2005, p. 5123.

(5) G. Carrez : JOAN CR 22 juin 2005, p. 3912.

(6) L. n° 2005-1579, 19 déc. 2005, de financement de la sécurité sociale pour 2006, art. 17 (JO p. 19531).

(7) En raison du caractère modulable de cette prime d'un salarié à l'autre, il fut reproché au Premier ministre de recourir à ce bonus exceptionnel dans une optique d'individualisation et de contournement des syndicats en raison de la conclusion possible avec le comité d'entreprise. Toutefois, la Commission des affaires sociales avait proposé un amendement n° 5 qui prévoyait une modulation qui s'effectuerait sur la base de critères objectifs tels que le salaire, la qualification, le niveau de classification, l'ancienneté ou la durée de présence du salarié dans l'entreprise.

(8) G. Bapt : JOAN CR 27 oct. 2005, p. 5955.

(9) L. n° 2005-842, 26 juill. 2005, pour la confiance et la modernisation de l'économie (JO 27 juill., p. 12160).

(10) A. Dupays, S. Beal et G. Keszenbaum, *Bonus « Villepin : comment éviter les risques de malus ? »* : Cah. DRH 2006, n° 121.

(11) Projet de loi pour le pouvoir d'achat, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale, Exposé des motifs, 12 déc. 2007, p. 4.

(12) *Ibid.*, p. 5.

(13) P. Morange : JOAN CR 20 déc. 2007, p. 5554.

La dernière⁽¹⁴⁾ prime exceptionnelle mise en place résulte de la loi du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail⁽¹⁵⁾. Cette loi avait instauré un crédit d'impôt dont la finalité était d'inciter les entreprises à négocier sur le thème de l'intéressement⁽¹⁶⁾. La prime exceptionnelle devait « renforcer l'incitation et favoriser la distribution des revenus dès 2009 »⁽¹⁷⁾. Une autre forme de prime exceptionnelle fut instaurée par le biais d'un amendement : le versement d'amorçage. Cette mesure autorise les entreprises à effectuer un versement initial dans un plan d'épargne pour la retraite collectif en faveur de tout potentiel adhérent⁽¹⁸⁾. L'entreprise est autorisée à effectuer un premier versement avant même que le salarié ait lui-même versé une contribution⁽¹⁹⁾. Cette mesure incitative encourage les salariés à s'intéresser au plan d'épargne retraite collectif et à y placer une partie de leur épargne. Ce versement initial est soumis au même régime fiscal et social que l'abondement versé par l'entreprise.

SECTION 2

LE RÉGIME DES PRIMES EXCEPTIONNELLES

376. – Les dispositifs de primes exceptionnelles sont strictement encadrés (§ 1). Leur versement obéit à des conditions précises (§ 2).

§ 1. – L'encadrement des dispositifs de primes exceptionnelles

377. – Quel est le domaine des primes exceptionnelles ? (A) Comment sont-elles mises en place ? (B).

A. – Le domaine des primes exceptionnelles

378. – Le domaine des primes exceptionnelles est à la fois matériel (1°) et temporel (2°).

1° Le domaine matériel

379. – Avant 2008, l'attribution des primes exceptionnelles n'était subordonnée à aucune condition d'effectif. Cette exigence émergea avec la prime exceptionnelle

(14) La loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer (JO 28 mai, p. 8816) prévoyait à son article 3 le versement d'un bonus exceptionnel dont le montant était de 1 500 €, semblable au bonus exceptionnel de 2006. Une circulaire d'application fut également établie (Circ. intermin. n° DSS/5B/DéGéOM/2009/282, 10 sept. 2009, relative au bonus exceptionnel mentionné à l'article 3 de la loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer).

(15) L. n° 2008-1258 en faveur des revenus du travail, art. 2, VI (JO 4 déc., p. 18488).

(16) Projet de loi en faveur des revenus du travail, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale, Exposé des motifs, 5 août 2008, p. 3.

(17) *Ibid.*

(18) L. n° 2008-1258 en faveur des revenus du travail, art. 19 (JO 4 déc., p. 18488).

(19) I. Debré : JO Sénat CR 27 oct. 2008, p. 6238.

instaurée par la loi pour le pouvoir d'achat du 8 février 2008. Seules les entreprises non assujetties à l'obligation de mettre en place la participation aux résultats étaient concernées⁽²⁰⁾. La circulaire prise pour l'application de ce texte précisait que le bénéfice de la prime exceptionnelle instaurée par la loi du 8 février 2008 était ouvert aux salariés employés dans les professions libérales, les sociétés civiles, les syndicats professionnels, les mutuelles ou les associations⁽²¹⁾. La condition d'effectif disparaît avec la prime exceptionnelle prévue par la loi du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail⁽²²⁾.

En principe, toute entreprise peut mettre en place une prime exceptionnelle. Selon que ses effectifs sont inférieurs ou au moins égaux à cinquante salariés, les conditions d'attribution sont différentes. Le versement d'une prime exceptionnelle étant indépendant des résultats de l'entreprise, toutes les personnes morales de droit privé ainsi que les établissements publics à caractère administratif ou industriel et commercial peuvent la verser à leurs salariés. Tel n'était point le cas, en revanche, des entreprises publiques et des sociétés nationales faute qu'elles puissent conclure des conventions ou accords collectifs de travail⁽²³⁾.

2° Le domaine temporel

380. – Il convient de distinguer les dates limites de versement fixées pour les primes exceptionnelles incitatives (a) de celles fixées pour la prime exceptionnelle non incitative (b).

a) Les primes exceptionnelles incitatives

381. – Dispositions temporelles... Les employeurs avaient la possibilité de verser la première prime exceptionnelle d'intéressement jusqu'au 31 décembre 2005. Ce versement pouvait être effectué par le biais d'un accord spécifique conclu avant le 30 septembre 2005 dès lors qu'il existait un accord d'intéressement applicable au titre de l'exercice 2004. La prime pouvait être versée lorsqu'un accord d'intéressement était déposé et conclu avant le premier jour de la deuxième moitié de la période de calcul suivant la date de sa prise d'effet⁽²⁴⁾ pour être applicable à l'exercice 2005. En l'absence d'accord spécifique encadrant le versement de la prime exceptionnelle avant le 30 septembre 2005, le versement de cette prime pouvait toujours être décidé par décision unilatérale de l'employeur avant le 31 décembre 2005.

Le bonus exceptionnel institué par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2006 précisait que le versement du bonus pouvait être prévu dans l'accord salarial à la conclusion duquel le versement était subordonné. Cet accord devait être négocié entre le 1^{er} janvier 2005 et le 15 juin 2006. À défaut de mention dans l'accord salarial, le montant et les modalités de versement du bonus exceptionnel

(20) L. n° 2008-111, 8 févr. 2008, pour le pouvoir d'achat, art. 7 (JO 9 févr., p. 2451). Seules les entreprises de moins de cinquante salariés pouvaient décider le versement de la prime exceptionnelle.

(21) Circ. n° DGT/DSS/5B/208/46, 12 févr. 2008, relative à la loi n° 2008-111 pour le pouvoir d'achat, question n° 3.

(22) L. n° 2008-1258, 3 déc. 2008, en faveur des revenus du travail (JO 4 déc., p. 18488).

(23) C. trav., art. L. 3311-1.

(24) C. trav., art. L. 3314-4.

devaient être fixés dans l'entreprise par décision unilatérale de l'employeur ou par un accord collectif *ad hoc*⁽²⁵⁾ à condition d'intervenir avant le 30 juin 2006. Le versement du bonus exceptionnel devait intervenir entre le 1^{er} janvier et le 31 juillet 2006 au plus tard⁽²⁶⁾. Ce bonus pouvait également faire l'objet de versements fractionnés dès lors que les fractions étaient versées entre le 1^{er} janvier et le 31 juillet 2006⁽²⁷⁾. En tout état de cause, ce versement devait faire l'objet d'une notification à l'organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale avant le 31 décembre 2006⁽²⁸⁾.

Les entreprises qui souhaitaient verser la prime exceptionnelle instaurée par la loi du 3 décembre 2008 devaient avoir conclu un accord d'intéressement ou un avenant à un accord d'intéressement existant avant le 30 juin 2009 et applicable dès cette même année⁽²⁹⁾. Son versement devait intervenir avant le 30 septembre 2009 au plus tard. Elle pouvait faire l'objet de versements fractionnés dès lors que le dernier intervenait avant cette date⁽³⁰⁾. Aucune date limite n'était fixée pour l'adoption de la décision unilatérale ou de conclusion de l'accord *ad hoc* prévoyant le versement de la prime. Aucune modalité de notification aux organismes de recouvrement des cotisations de sécurité sociale n'était fixée.

382. – Distinction temporelle... Pour les primes exceptionnelles incitatives, il convient de distinguer entre la date limite de négociation de l'accord support et la date limite de versement. La négociation de l'accord support à laquelle est subordonnée la décision de versement de ce type de prime exceptionnelle doit intervenir avant le 30 juin de l'exercice concerné. Le choix de la date procède d'une démarche qui vise à inciter à la négociation d'un accord d'intéressement applicable dès l'exercice en cours, le caractère aléatoire des dispositifs de participation financière étant respecté si l'accord est conclu avant le premier jour du septième mois de l'exercice en cours. Les différentes dates limites de versement étaient fixées dans l'optique d'une amélioration rapide du pouvoir d'achat au cours de l'exercice considéré.

b) La date limite de versement de la prime exceptionnelle non incitative⁽³¹⁾

383. – Le versement de la prime exceptionnelle issue de la loi pour le pouvoir d'achat du 8 février 2008 devait intervenir le 30 juin 2008 au plus tard⁽³²⁾. Elle pouvait faire l'objet de versements fractionnés dès lors qu'ils étaient effectués entre le 1^{er} janvier et le 30 juin 2008⁽³³⁾, conformément à ce qui était prévu pour le versement fractionné des primes incitatives. La notification à l'URSSAF du montant des sommes versées aux salariés devait se faire par le biais de la déclaration annuelle des

(25) Circ. n° DSS/5B/DRT/2006/07, 5 janv. 2006, relative au bonus exceptionnel, p. 2.

(26) L. n° 2005-1579, 19 déc. 2005, de financement de la sécurité sociale pour 2006, art. 17 (JO 20 déc., p. 19531).

(27) Circ. n° DSS/5B/DRT/NC3/2006/174, 18 avr. 2006, relative au bonus exceptionnel, question n° 26.

(28) Circ. n° DSS/5B/DRT/2006/07, 5 janv. 2006, relative au bonus exceptionnel.

(29) L. n° 2008-1258, 3 déc. 2008, en faveur des revenus du travail, art. 2, VI (JO 4 déc., p. 18488).

(30) Circ. n° DSS/5B/2009/29, 29 janv. 2009, relative à la prime exceptionnelle instaurée par l'article 2 de la loi n° 2008-1258 du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail, p. 3.

(31) V. *infra*, nos 389 et s.

(32) L. n° 2008-111, 8 févr. 2008, pour le pouvoir d'achat, art. 7 (JO 9 févr., p. 2451).

(33) Circ. n° DGT/DSS/5B/2008/46, 12 févr. 2008, relative à la loi n° 2008-111 pour le pouvoir d'achat, 3^e partie, question n° 23.

données sociales (DADS), à savoir jusqu'au 31 janvier 2009 au plus tard. La date limite fixée pour le versement de la prime exceptionnelle correspondait au dernier jour avant le début du septième mois de l'exercice en cours. Cette prime exceptionnelle non incitative devait être versée avant la date prévue par la loi pour qu'un accord d'intéressement soit applicable dès l'exercice en cours, dans le respect du caractère aléatoire.

B. – La négociation des primes exceptionnelles

384. – Est posée l'exigence d'un accord support préalablement négocié (1°). Le niveau d'appréciation de l'éventuelle décision d'attribution sera ensuite examiné (2°).

1° Un accord support

385. – L'exigence d'un accord support témoigne de l'aspect incitatif des primes exceptionnelles pour les négociations ouvertes sur le thème de la participation financière dans toute entreprise (a). Un lien est établi entre effectif de l'entreprise et aspect non incitatif des primes exceptionnelles dans l'entreprise de moins de cinquante salariés qui n'a pas mis en place un dispositif de participation financière (b).

a) Les primes incitatives

386. – **L'incitation à la négociation sur la participation financière...** Les entreprises qui souhaitaient attribuer la prime exceptionnelle prévue par la loi du 26 juillet 2005⁽³⁴⁾ n'étaient pas tenues d'avoir mis en place un accord d'intéressement. Les structures qui possédaient déjà un accord d'intéressement pour l'exercice 2004 ou qui envisageaient de l'établir au titre de l'exercice 2005, conclu avant le premier jour du septième mois suivant la date de prise d'effet et déposé auprès de l'autorité administrative dans les quinze jours suivant la conclusion⁽³⁵⁾, pouvaient également verser cette prime exceptionnelle.

L'attribution de la prime exceptionnelle instaurée par la loi pour la confiance et la modernisation de l'économie devait en principe faire l'objet d'un accord spécifique conclu avant le 30 septembre 2005 pour les entreprises déjà dotées d'un accord d'intéressement. À défaut d'accord spécifique, l'employeur était en mesure d'accorder la prime exceptionnelle d'intéressement de manière unilatérale. Il en était de même pour les entreprises qui n'avaient pas mis en place d'accord d'intéressement sous réserve que des négociations aient été engagées dans cette optique.

387. – **L'accentuation de l'incitation à négocier sur la participation financière...** Dans le cadre de la prime exceptionnelle instaurée par la loi du 3 décembre 2008, les entreprises qui avaient conclu un accord d'intéressement ou un avenant à un accord en cours pouvaient décider le versement d'une prime exceptionnelle⁽³⁶⁾.

(34) L. n° 2005-842, 26 juill. 2005, pour la confiance et la modernisation de l'économie (JO 27 juill., p. 1216).

(35) La substance de l'article L. 441-2 du Code du travail qui prévoyait ces dates de conclusion et de dépôt figure désormais aux articles L. 3314-4 et D. 3313-1. Le nouveau texte précise que l'accord d'intéressement doit avoir été conclu avant le premier jour de la deuxième moitié de la période de calcul suivant la date de sa prise d'effet.

(36) L. n° 2008-1258, 3 déc. 2008, en faveur des revenus du travail, art. 2, VI (JO 4 déc., p. 18488).

Le versement de la prime n'était possible que si un accord d'intéressement ou un avenant à un accord préexistant avait été conclu. Ces négociations devaient « permettre l'augmentation du volume des primes distribuables »⁽³⁷⁾. L'attribution de la prime exceptionnelle pouvait être décidée unilatéralement par l'employeur ou faire l'objet d'un accord d'entreprise déposé auprès de l'autorité administrative⁽³⁸⁾. Ni la loi ni la circulaire ne prévoyaient les règles de négociation de l'accord d'entreprise. Le fait qu'il soit subordonné à la négociation d'un accord d'intéressement ou d'un avenant à un accord préexistant suggérait qu'il pouvait être négocié dans les conditions prévues à l'article L. 3312-5 du Code du travail.

388. – L'incitation à la négociation salariale par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2006... La loi du 19 décembre 2005 prévoyait le versement d'une prime exceptionnelle au sein des entreprises couvertes par un accord salarial concernant les salaires versés en 2006⁽³⁹⁾. Étaient concernées « les entreprises ou établissements couverts par une convention de branche ou un accord professionnel de branche sur les salaires (...) ou ayant eux-mêmes conclu un accord salarial (...) applicable en 2006 ». Pour ne pas priver de prime les salariés employés dans de très petites entreprises dépourvues de délégués syndicaux ou de salariés mandatés, un accord salarial incluant le versement du bonus pouvait être conclu selon les modalités applicables aux accords d'intéressement⁽⁴⁰⁾.

Le versement devait être décidé avant le 30 juin 2006 par un accord collectif *ad hoc*, dans le cadre d'un accord salarial d'entreprise applicable en 2006 ou par décision unilatérale de l'employeur. En l'absence d'accord salarial au sein d'une entreprise dotée d'un délégué syndical dont la négociation annuelle obligatoire s'était close sur un procès-verbal de désaccord, le bonus ne pouvait faire l'objet d'un versement unilatéral⁽⁴¹⁾. Il en était de même pour les entreprises qui avaient négocié avec leurs délégués syndicaux des accords dont le seul objet était le versement de la prime exceptionnelle⁽⁴²⁾. La négociation d'un accord salarial préalable au versement du bonus constituait une obligation de résultat⁽⁴³⁾.

b) La prime non incitative

389. – L'attribution de la prime issue de la loi du 8 février 2008⁽⁴⁴⁾ devait être prévue par accord sans que l'entreprise ait l'obligation de conclure un accord de participation volontaire ou d'intéressement. Les entreprises qui avaient mis en place un tel accord de participation financière étaient en droit de verser cette prime exceptionnelle⁽⁴⁵⁾. Le texte prévoyait que l'accord relatif au versement de la prime devait intervenir selon les modalités fixées à l'article L. 3322-6 du Code du travail relatif aux

(37) Projet de loi en faveur des revenus du travail, art. 1^{er} V, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale, 5 août 2008, p. 10.

(38) Circ. n° DGT 2009/13, 19 mai 2009, relative à la loi en faveur des revenus du travail, question n° 8.

(39) Circ. n° DSS/5B/DRT/2006/07, 5 janv. 2006, relative au bonus exceptionnel, I, p. 1.

(40) *Ibid.*

(41) Circ. n° DSS/5B/DRT/NC3/2006/174, 18 avr. 2006, relative au bonus exceptionnel, question n° 10.

(42) *Ibid.*, question n° 11.

(43) Il était donc envisageable de négocier un accord *ad hoc* relatif au versement de cette prime exceptionnelle en prévoyant une clause suspensive faisant référence à la négociation préalable d'un accord salarial.

(44) L. n° 2008-111, 8 févr. 2008, pour le pouvoir d'achat (JO 9 févr., p. 2451).

(45) Circ. n° DGT/DSS/5B/2008/46, 12 févr. 2008, 3^e partie, question n° 2.

modalités de négociation d'un accord de participation⁽⁴⁶⁾. L'accord devait être déposé comme tout accord collectif⁽⁴⁷⁾. Qu'un accord d'intéressement ou de participation volontaire ait été négocié, qu'il soit en cours de négociation ou qu'il n'existe pas, la prime exceptionnelle pouvait être attribuée aux salariés. L'octroi de cette prime n'avait pas à répondre à un objectif d'incitation des entreprises à la négociation relative à la participation financière. En contrepartie de ce caractère non incitatif, son versement était subordonné à la négociation d'un accord spécifique ; la décision unilatérale de l'employeur était exclue.

Pour les entreprises de moins de cinquante salariés, le versement d'une prime exceptionnelle n'était pas subordonné à la négociation d'un accord d'intéressement ou d'un avenant à un accord préexistant ni à la mise en place volontaire de la participation. Pour les entreprises d'au moins cinquante salariés, la mise en place de la participation est obligatoire. Pour qu'une prime exceptionnelle ait un aspect incitatif, son versement doit être subordonné à la négociation d'un accord d'intéressement ou d'un avenant à un accord préexistant⁽⁴⁸⁾. La prime non incitative ne concernait que les entreprises dont l'effectif était inférieur à cinquante salariés et ne pouvait être versée que si un accord le prévoyait. Les primes incitatives concernaient toutes les entreprises, mais étaient surtout destinées à celles dont les effectifs étaient supérieurs à cinquante salariés.

2° Une décision d'attribution

390. – À défaut d'accord prévoyant les modalités de versement, l'octroi d'une prime incitative pouvait faire l'objet d'une décision unilatérale de l'employeur. Pour les entreprises dans lesquelles un accord d'intéressement existait, un accord spécifique de versement de la prime exceptionnelle issue de la loi du 25 juillet 2005 pouvait être conclu. À défaut d'accord d'intéressement applicable à l'entreprise mais en cours de négociation, il en était de même. En toute hypothèse et à défaut d'accord spécifique, le versement de la prime pouvait faire l'objet d'une décision unilatérale. Pour cette prime exceptionnelle, une chronologie particulière des vecteurs de mise en place devait être respectée. Si aucun accord spécifique sur la prime exceptionnelle n'avait été négocié avant le 30 septembre 2005, l'employeur pouvait en décider unilatéralement le versement.

Pour la prime instaurée par la loi du 3 décembre 2008, l'accord support ne pouvait être négocié qu'au niveau de l'entreprise. Aucune précision relative aux modalités de versement n'était prévue par la loi. Le versement pouvait être décidé dans le cadre de l'accord d'intéressement ou de l'avenant à l'accord d'intéressement pré-

(46) La circulaire n° DGT/DSS/5B/2008/46 du 12 février 2008 prévoyait que l'accord de versement devait être négocié conformément aux dispositions de l'article L. 3312-5 du Code du travail applicable aux accords d'intéressement.

(47) Circ. n° DGT/DSS/5B/2008/46, 12 févr. 2008, 3^e partie, question n° 28.

(48) Le fait que le versement de la prime instaurée par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2006 soit subordonné à la négociation d'un accord salarial dérogeait à cette règle générale. Cette exception s'explique par le fait qu'il s'était écoulé moins d'un exercice depuis la loi pour la confiance et la modernisation de l'économie du 26 juillet 2005 qui avait instauré la prime exceptionnelle. La loi du 19 décembre 2005 avait aménagé une possibilité de négocier à titre exceptionnel selon les mêmes modalités que celles applicables à l'intéressement. Les primes exceptionnelles devraient dépendre de négociations sur la participation financière.

existant⁽⁴⁹⁾, dans le cadre d'un accord d'entreprise ou par décision unilatérale de l'employeur, sans qu'aucune chronologie particulière ne soit exigée.

Seules les entreprises couvertes par une convention ou un accord professionnel de branche ou d'entreprise sur les salaires pouvaient verser le bonus exceptionnel. L'accord salarial conclu conformément aux dispositions légales applicables à la négociation collective d'entreprise⁽⁵⁰⁾ pouvait en prévoir le versement. La négociation de l'accord spécifique ne pouvait pas être effectuée au niveau de la branche professionnelle. À défaut d'accord d'entreprise, seule une décision unilatérale pouvait déterminer les modalités d'attribution de la prime exceptionnelle. Pour les entreprises à établissements multiples, le montant du bonus pouvait être fixé ou modulé différemment d'un établissement à l'autre. La décision d'attribution du bonus devait être prise au niveau de chaque établissement et ne devait pas venir en concurrence avec un accord d'entreprise fixant des modalités uniformes de versement⁽⁵¹⁾. Il n'était pas possible de moduler le bonus en fonction des établissements concernés par un accord ou une décision prise au niveau de l'entreprise, ce critère de modulation n'ayant pas été prévu par la loi⁽⁵²⁾.

§ 2. – Le versement des primes exceptionnelles

391. – Les primes exceptionnelles étant des dispositifs particuliers, les principes impératifs de la participation financière ont été aménagés en raison de la spécificité du régime applicable (A). De ces aménagements, les règles d'attribution portent également la marque (B).

A. – Des principes fondamentaux aménagés

392. – Les principes de non-substitution (1°) et de non-exclusion (2°) doivent, théoriquement, être respectés sous réserve d'aménagements spécifiques.

1° L'aménagement du principe de non-substitution

393. – Lors des débats parlementaires, la prime exceptionnelle issue de la loi du 25 juillet 2005 avait été qualifiée de prime exceptionnelle d'intéressement⁽⁵³⁾. Elle bénéficiait du régime fiscal et social plus favorable qui y est attaché. Le texte ne précisait pas que cette prime ne pouvait se substituer à aucun des éléments de rémunération en vigueur dans l'entreprise. Qu'elle fût qualifiée de prime exceptionnelle d'intéressement impliquait qu'elle devait respecter le principe de non-substitution tel que défini à l'article L. 3312-4 du Code du travail. La prime ne revêtait pas le

(49) La question n° 4 de la circulaire DGT n° 2009/13 du 19 mai 2009 relative à la loi en faveur des revenus du travail a permis de préciser que l'accord de prime exceptionnelle ne pouvait pas constituer l'avenant à un accord préexistant, sauf à modifier l'accord d'intéressement préexistant dans les conditions prévues par la loi du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail.

(50) C. trav., art. L. 2242-1 et s.

(51) Circ. n° DSS/5B/DRT/NC3/2006/174, 18 avr. 2006, relative au bonus exceptionnel, question n° 23.

(52) A. Dupays, S. Béal et G. Kesztenbaum, *Bonus « Villepin : comment éviter les risques de malus ? »* : Cah. DRH 2006, n° 121.

(53) I. Debré : JO Sénat CR 5 juill. 2005, p. 5123.

caractère de rémunération au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, « à l'instar des primes d'intéressement versées en application des dispositions de droit commun du Code du travail relatives à l'intéressement des salariés à l'entreprise »⁽⁵⁴⁾.

La prime exceptionnelle issue de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2006 ne pouvait en aucun cas se substituer à des augmentations de rémunérations ou des primes conventionnelles prévues par l'accord salarial nécessaire au versement de cette prime ou par le contrat de travail ni à aucun des éléments de rémunération au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale versés par l'employeur ou devenus obligatoires en vertu de règles légales ou conventionnelles⁽⁵⁵⁾. La même formulation était retenue pour la prime exceptionnelle prévue par la loi pour le pouvoir d'achat⁽⁵⁶⁾. Le respect du principe de non-substitution devait éviter tout effet de substitution dont la conséquence aurait été l'intégration dans ce bonus des primes déjà versées dans l'entreprise ou prévues par l'accord de branche⁽⁵⁷⁾.

394. – Cette rédaction différait de celle retenue à l'article L. 3312-4 du Code du travail relatif au principe de non-substitution en matière d'intéressement. Le champ d'application du principe est ici élargi aux augmentations de rémunérations. Certains auteurs ont relevé les difficultés d'interprétation qui pouvaient découler de la rédaction du texte dans l'hypothèse où l'accord salarial en question était un accord d'entreprise et non de branche. Le cas échéant, afin d'optimiser les exonérations de cotisations au détriment de la masse salariale, pouvaient être prévues des augmentations de salaires *a minima* compensées par le bonus⁽⁵⁸⁾. L'appréciation de la substitution n'était envisageable que si l'employeur faisait une annonce d'augmentation générale des salaires dont la preuve pouvait être fournie par procès-verbal ou dans le cadre d'un protocole d'accord. L'URSSAF aurait alors pu considérer qu'une substitution partielle avait été opérée par l'employeur. La sanction du non-respect aurait été la réintégration de toutes les sommes versées dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale⁽⁵⁹⁾.

Si la non-substitution ne visait que les primes et salaires déjà acquis par les salariés, cette difficulté d'interprétation ne risquait pas de se rencontrer. Une précision quant au champ d'application exacte du principe de non-substitution aurait dès lors été la bienvenue, l'analyse « orthographique »⁽⁶⁰⁾ des précisions apportées par

(54) Circ. 4 oct. 2005 relative au versement de la prime exceptionnelle d'intéressement liée aux résultats ou aux performances de 2004 et au versement direct ou au déblocage à titre exceptionnel des sommes attribuées aux salariés en 2005 au titre de la participation : JO 13 oct., p. 16244.

(55) L. n° 2005-1579, 19 déc. 2005, de financement de la sécurité sociale pour 2006, art. 17 (JO 20 déc., p. 19531).

(56) L. n° 2008-111, 8 févr. 2008, pour le pouvoir d'achat, art. 7 (JO 9 févr., p. 2451).

(57) Circ. n° DSS/SB/DRT/2006/07, 5 janv. 2006, relative au bonus exceptionnel, p. 1.

(58) A. Dupays, S. Béal et G. Keszenbaum, *Bonus « Villepin : comment éviter les risques de malus ? »* : Cah. DRH 2006, n° 121.

(59) Cass. soc., 21 mars 1996, pourvoi n° 94-11.611 : Bull. civ. 1996, V, n° 109 ; RJS 6/1996, n° 695.

(60) La circulaire n° DSS/SB/DRT/NC3/2006/174 du 18 avril 2006 considérait que « le bonus ne peut se substituer à aucun élément de rémunération, à aucune augmentation salariale ou prime conventionnelle prévus par la convention collective, par un accord salarial de branche ou d'entreprise ou par le contrat de travail ». Certains auteurs se prévalaient du fait que cette interprétation faisait référence aux éléments de rémunération, aux augmentations de salaires et aux primes conventionnelles ou contractuelles prévus dans leur ensemble par convention collective, accord salarial ou par le contrat de travail. À partir de la lettre du texte, ils estimaient qu'une analyse disjointe qui visait, d'une part,

voie de circulaire ne paraissant pas confirmer que seuls les éléments de rémunération déjà acquis étaient concernés⁽⁶¹⁾.

Une précision intéressante a été apportée par la circulaire du 29 janvier 2009 relative à la prime exceptionnelle instaurée par la loi du 3 décembre 2008⁽⁶²⁾. Celle-ci prévoyait le principe de non-substitution dans les mêmes termes que celle du 19 décembre 2005. L'administration considérait que le principe de non-substitution énoncé avait pour objectif « d'éviter toute substitution qui inclurait dans la prime des éléments de rémunération ou des primes déjà dues dans l'entreprise ». Cette précision a levé l'ambiguïté sur le risque de réduction des augmentations salariales par un usage détourné des primes exceptionnelles.

Que les primes exceptionnelles soient incitatives ou non, leur versement doit se faire dans le respect du principe de non-substitution sous peine de réintégration dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale. Le champ d'application du principe est étendu : sont visés les éléments de rémunération devenus obligatoires en application de règles légales ou conventionnelles, mais également les éléments dus, dans leur principe, dans l'entreprise, les primes exceptionnelles ne pouvant se substituer à des augmentations de rémunérations et à des primes exceptionnelles prévues au contrat de travail.

2° L'aménagement du principe de non-exclusion

395. – Le respect du principe de non-exclusion s'apprécie au regard de l'identification des bénéficiaires (a) et de l'absence de condition d'ancienneté (b).

a) L'identification des bénéficiaires

396. – La loi du 25 juillet 2005 précisait que les salariés bénéficiaires devaient être déterminés par l'accord spécifique relatif au versement de la prime exceptionnelle. Ce texte renvoyait à des dispositions aux termes desquelles « tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement et de participation ou des plans d'épargne salariale bénéficient de leur disposition »⁽⁶³⁾. Étaient exclus du bénéfice de cette prime exceptionnelle les chefs des entreprises dont l'effectif habituel était compris entre un et cent salariés⁽⁶⁴⁾, les présidents, directeurs généraux, gérants ou membres du directoire ainsi que le conjoint du responsable de l'entreprise ayant le statut de conjoint collaborateur ou de conjoint associé⁽⁶⁵⁾. Toutefois, si les intéressés étaient titulaires d'un contrat de travail, ils étaient éligibles au bénéfice de cette prime en qualité de salarié. La circulaire du 4 octobre

les augmentations de salaires et, d'autre part, les primes conventionnelles *prévues* par convention collective, accord salarial de branche ou d'entreprise ou par le contrat de travail, était possible.

(61) A. Dupays, S. Béal et G. Kesztenbaum, *Bonus « Villepin : comment éviter les risques de malus ? »* : Cah. DRH 2006, n° 121.

(62) Circ. n° DSS/5B/2009/29, 29 janv. 2009, relative à la prime exceptionnelle instaurée par l'article 2 de la loi n° 2008-1258 du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail, p. 2.

(63) C. trav., art. L. 3342-1. Le texte d'origine renvoyait à l'article L. 444-4 de l'ancien Code du travail.

(64) Désormais, devraient être concernés les chefs d'entreprise de sociétés dont l'effectif habituel est compris entre un et 250 salariés au regard de la rédaction de l'article L. 3312-3 du Code du travail tel qu'elle résulte de la loi n° 2008-1258 du 3 décembre 2008.

(65) C. trav., art. L. 3312-3.

2005⁽⁶⁶⁾ n'apportait pas de précisions à ce sujet. L'administration avait opté pour cette solution concernant le bonus exceptionnel dès lors que le mandataire social était titulaire d'un contrat de travail au titre de fonctions distinctes du mandat⁽⁶⁷⁾.

La loi du 19 décembre 2005 précisait que les entreprises ou établissements couverts par une convention ou un accord professionnel de branche sur les salaires pouvaient verser aux salariés un bonus exceptionnel⁽⁶⁸⁾. L'accord salarial devait concerner tous les salariés et non une seule ou certaines catégories⁽⁶⁹⁾. La même solution était retenue pour la prime exceptionnelle de 2008⁽⁷⁰⁾. Le bonus comme la prime devaient bénéficier à l'ensemble des salariés au sens du droit du travail⁽⁷¹⁾. La circulaire d'application de la loi du 8 février 2008 procédait à une énumération quasi limitative des bénéficiaires. L'ensemble des salariés au sens du droit du travail et appartenant à l'effectif de l'entreprise devait en bénéficier, y compris les voyageurs représentants placiers⁽⁷²⁾, les apprentis⁽⁷³⁾, les salariés expatriés⁽⁷⁴⁾ et les mandataires sociaux⁽⁷⁵⁾.

397. – Les salariés titulaires de contrats particuliers étaient également concernés. Les intérimaires travaillant dans une entreprise qui remplissait les conditions pour que soit versé le bonus exceptionnel pouvaient également en bénéficier dès lors que l'entreprise d'accueil avait pris une décision expresse en ce sens, en application du principe d'égalité de traitement⁽⁷⁶⁾. La circulaire d'application de la loi du 8 février 2008 a précisé les modalités d'attribution aux intérimaires. Dans l'hypothèse où l'employeur d'une entreprise utilisatrice faisait bénéficier les salariés intérimaires de la prime exceptionnelle au même titre que ses salariés permanents⁽⁷⁷⁾, le versement de cette prime exceptionnelle ouvrait droit aux exonérations prévues par la loi pour le pouvoir d'achat pour les salariés intérimaires, comme pour les autres salariés. Il revenait à l'entreprise de travail temporaire de reverser la prime exceptionnelle accordée par l'entreprise utilisatrice au salarié intérimaire et de procéder au versement de la contribution sociale généralisée (CSG) et de la contribution au remboursement de la dette sociale (CRDS) à l'URSSAF.

Le caractère collectif du bonus exceptionnel ne devait pas être remis en cause. Il n'était pas concevable que son montant puisse être égal à zéro pour certains salariés. L'administration préconisait qu'un montant plancher soit fixé, quels que soient

(66) Circ. 4 oct. 2005 relative au versement de la prime exceptionnelle d'intéressement liée aux résultats ou aux performances de 2004 et au versement direct ou au déblocage à titre exceptionnel des sommes attribuées aux salariés en 2005 au titre de la participation : JO 13 oct., p. 16244.

(67) Lettre-circulaire n° 2006-040, 15 févr. 2006, bonus exceptionnel d'un montant maximum de 1 000 €.

(68) L. n° 2005-1579, 19 déc. 2005, de financement de la sécurité sociale pour 2005, art. 17 (JO 20 déc., p. 19531).

(69) Circ. n° DSS/SB/DRT/2006/07, 5 janv. 2006, relative au bonus exceptionnel.

(70) Circ. n° DGT/DSS/SB/2008/46, 12 févr. 2008, relative à la loi n° 2008-111 pour le pouvoir d'achat, 3^e partie, question n° 4.

(71) Circ. n° DSS/SB/DRT/NC3/2006/174, 18 avr. 2006, relative au bonus exceptionnel d'un montant maximum de 1 000 € par salarié, n° 13.

(72) Circ. n° DGT/DSS/SB/2008/46, 12 févr. 2008, relative à la loi n° 2008-111 pour le pouvoir d'achat, 3^e partie, question n° 5.

(73) *Ibid.*, question n° 6.

(74) *Ibid.*, question n° 7.

(75) *Ibid.*, question n° 8.

(76) Circ. n° DSS/SB/DRT/NC3/2006/174, 18 avr. 2006, relative au bonus exceptionnel d'un montant maximum de 1 000 € par salarié, n° 16.

(77) C. trav., art. L. 1251-43.

les critères retenus. Si la modulation devait aboutir à un bonus égal à zéro pour certains salariés, la condition de versement à l'ensemble des salariés n'aurait pas été respectée, ce qui risquait de faire perdre à l'entreprise le bénéfice des exonérations de cotisations de sécurité sociale⁽⁷⁸⁾. La prime exceptionnelle issue de la loi du 3 décembre 2008 devait également être accordée à « l'ensemble des salariés » de l'entreprise. Tous les salariés, qu'ils soient embauchés en contrat de travail à durée déterminée ou indéterminée, à temps complet ou à temps partiel, étaient donc concernés, au même titre que les anciens salariés ayant quitté l'entreprise.

b) L'absence de condition d'ancienneté

398. – La loi du 25 juillet 2005 précisait que la prime exceptionnelle devait être versée conformément aux règles désormais prévues à l'article L. 3342-1 du Code du travail. Pouvait être exigée une condition d'ancienneté qui n'excédait pas trois mois. L'ancienneté devait être prise en compte à compter de « la date de conclusion de l'accord »⁽⁷⁹⁾ spécifique susceptible de mettre en place la prime exceptionnelle. Aucune précision n'était apportée concernant la décision unilatérale de l'employeur ; mais la même position pouvait être adoptée. Le montant du bonus exceptionnel de 2006 pouvait être modulé selon différents paramètres⁽⁸⁰⁾, en particulier l'ancienneté, sans que l'employeur puisse subordonner l'attribution du bonus à une condition d'ancienneté. Le bonus exceptionnel devait être versé à l'ensemble des salariés. Il était possible de réduire la prime lorsque l'ancienneté d'un salarié était faible dès lors que le montant du bonus attribué n'était pas nul⁽⁸¹⁾. Il convenait de fixer un plancher minimal de versement afin d'éviter qu'une modulation en fonction de l'ancienneté ne dissimule une condition d'ancienneté⁽⁸²⁾.

La circulaire prise en application de la loi du 8 février 2008 semblait considérer qu'aucune condition d'ancienneté n'était exigée pour qu'un salarié bénéficie de la prime exceptionnelle⁽⁸³⁾. L'administration offrait une alternative aux entreprises en considérant que « l'ensemble des salariés appartenant à l'effectif de l'entreprise – à la date retenue par l'accord portant sur la prime exceptionnelle pour déterminer cette appartenance ou, en l'absence de précision, au jour de la conclusion de l'accord – doit en bénéficier »⁽⁸⁴⁾. Pour subordonner le versement de la prime exceptionnelle à la présence du salarié dans l'effectif, l'accord qui portait sur la prime exceptionnelle devait déterminer la date à laquelle était appréciée l'appartenance à l'effectif de l'entreprise. Les salariés embauchés postérieurement à cette date ne bénéficiaient pas de la prime exceptionnelle⁽⁸⁵⁾. La souplesse consentie

(78) Lettre-circulaire n° 2006-040, 15 févr. 2006, bonus exceptionnel d'un montant maximum de 1 000 €.

(79) Circ. 4 oct. 2005 relative au versement de la prime exceptionnelle d'intéressement liée aux résultats ou aux performances de 2004 et au versement direct ou au déblocage exceptionnel des sommes attribuées aux salariés en 2005 au titre de la participation : JO 13 oct., p. 16244.

(80) La modulation pouvait se faire en fonction de la classification, de la qualification ou encore de la durée de présence dans l'entreprise.

(81) Circ. n° DSS/5B/DRT/NC3/2006/174, 18 avr. 2006, relative au bonus exceptionnel, question n° 24.

(82) *Ibid.*

(83) Circ. n° DGT/DSS/5B/2008/46, 12 févr. 2008, relative à la loi n° 2008-111 pour le pouvoir d'achat, 3^e partie, question n° 11.

(84) *Ibid.*, question n° 9.

(85) *Ibid.*, question n° 12.

pour l'attribution de cette prime venait contredire le postulat en vertu duquel il n'était pas possible de prévoir une condition d'ancienneté. Fixer la date d'appréciation des effectifs pouvait s'analyser en une condition d'ancienneté déguisée. S'il en résultait une exclusion de certains salariés en raison de leur date d'arrivée dans l'entreprise, la condition de versement à « l'ensemble des salariés » au sens des primes exceptionnelles n'était pas remplie.

399. – La loi du 3 décembre 2008 précisait que la répartition devait être opérée uniformément entre les salariés ou selon des modalités de même nature que celles prévues par l'accord ou l'avenant à l'accord préexistant. Aucune précision n'était apportée concernant la possibilité de prévoir une condition d'ancienneté. L'administration considérait que dans l'hypothèse où l'employeur décidait de répartir la prime selon les modalités prévues à l'accord d'intéressement ou l'avenant à un accord préexistant et où l'accord négocié excluait de son champ d'application certains établissements ou les salariés ne remplissant pas une condition d'ancienneté, ces derniers ainsi que les salariés des établissements exclus pouvaient être réintégrés dans le champ du bénéfice de la prime⁽⁸⁶⁾. Aucune condition d'ancienneté ne pouvait être admise.

Seule la loi pour la confiance et la modernisation de l'économie autorisait l'employeur à prévoir une condition d'ancienneté pour la détermination des bénéficiaires de la prime. Le bénéfice des autres primes ne pouvait pas, en principe, être subordonné à ce type de condition⁽⁸⁷⁾. Cette différence illustre la spécificité du principe de non-exclusion que les employeurs devaient respecter à l'occasion du versement des primes exceptionnelles d'intéressement par rapport à ce que prévoit l'intéressement de droit commun.

B. – Des modalités d'attribution déterminées

400. – Les règles de modulation applicables aux primes exceptionnelles (1°), leur montant (2°) et le régime fiscal et social applicable (3°) méritent examen.

1° La modulation des primes exceptionnelles

401. – La loi pour la confiance et la modernisation de l'économie précisait que les critères de répartition retenus par l'accord spécifique instituant la prime exceptionnelle pouvaient être différents de ceux prévus par l'accord d'intéressement en vigueur au titre de l'année 2004. L'accord spécifique ou, à défaut, la décision unilatérale, pouvait opter en faveur du versement à chaque salarié d'un montant uniforme de prime exceptionnelle. Une enveloppe de prime globale⁽⁸⁸⁾, à répartir dans les conditions prévues par le Code du travail⁽⁸⁹⁾, pouvait être fixée. L'employeur

(86) Circ. n° DSS/5B/2009/29, 29 janv. 2009, relative à la prime exceptionnelle instaurée par l'article 2 de la loi n° 2008-1258 du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail, p. 3.

(87) En principe, aucune condition d'ancienneté ne pouvait être exigée mais le versement d'une prime exceptionnelle dans le cadre d'un accord spécifique permettait de contourner cette difficulté en prévoyant une date de prise d'effet différée.

(88) Circ. 4 oct. 2005 relative au versement de la prime exceptionnelle d'intéressement liée aux résultats ou aux performances de 2004 et au versement direct ou au déblocage à titre exceptionnel des sommes attribuées aux salariés en 2005 au titre de la participation : JO 13 oct., p. 16244.

(89) C. trav., art. L. 3314-5.

pouvait donc choisir une répartition uniforme, proportionnelle aux salaires ou à la durée de présence ou appliquer conjointement ces différents critères. Il en était de même pour la modulation de la prime issue de la loi en faveur des revenus du travail⁽⁹⁰⁾. Pouvaient être appliquées les règles de répartition prévues par un accord d'intéressement négocié pour la première fois ou par un avenant à un accord pré-existant⁽⁹¹⁾. Les seules règles de modulation applicables à la répartition de cette prime exceptionnelle étaient l'uniformité, la proportionnalité à la durée de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice ou la proportionnalité aux salaires⁽⁹²⁾.

Les règles de modulation prévues pour le bonus exceptionnel issu de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2006 étaient différentes de celles applicables à la prime exceptionnelle de 2005. Lors des débats parlementaires, la question de savoir si le caractère collectif serait respecté s'était posée. Certains députés reprochaient à cette mesure d'être modulable d'un salarié à l'autre. Ils redoutaient que les critères de modulation retenus⁽⁹³⁾ n'opèrent une individualisation des rémunérations⁽⁹⁴⁾ alors que les critères choisis devaient être objectifs⁽⁹⁵⁾. Ces modalités de répartition reprenaient partiellement celles prévues par les dispositions légales en matière de participation⁽⁹⁶⁾ et d'intéressement⁽⁹⁷⁾ mais les paramètres utilisables étaient plus diversifiés.

Les règles de répartition de la prime issues de la loi pour le pouvoir d'achat étaient les mêmes. Ces critères collectifs s'appliquaient à l'ensemble des salariés. Ni les absences ni l'assiduité ne figuraient au rang des critères admis. Le versement de cette prime exceptionnelle, au même titre que le bonus de 2006, n'était pas individuellement modulé⁽⁹⁸⁾. Les critères de modulation fixés par la loi pouvaient être combinés⁽⁹⁹⁾ mais devaient être identiques pour tous les établissements relevant du périmètre de l'accord d'entreprise prévoyant le versement de cette prime exceptionnelle⁽¹⁰⁰⁾. Lorsque la décision de versement était prise au niveau de l'établissement, le versement pouvait se faire par un accord d'établissement qui prévoyait lui-même les critères et modalités de versement, à défaut d'accord d'entreprise⁽¹⁰¹⁾.

402. – Deux modalités de répartition des primes exceptionnelles sont envisageables : une répartition en fonction des critères retenus pour l'intéressement de droit commun et une répartition en fonction d'une plus grande variété de critères. Dans le cadre d'une analyse prospective et en raison de l'absence d'aléa dans la fixation du montant global de la prime à répartir, il convient de retenir des modalités

(90) L. n° 2008-1258, 3 déc. 2008, en faveur des revenus du travail, art. 2, VI (JO 4 déc., p. 18488).

(91) Circ. n° DSS/5B/2009/29, 29 janv. 2009, relative à la prime exceptionnelle instaurée par l'article 2 de la loi n° 2008-1258 du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail, p. 3.

(92) C. trav., art. L. 3314-5.

(93) Ils avaient estimé que la modulation en fonction du salaire, de la qualification et du niveau de classification, de l'ancienneté ou de la durée de présence dans l'entreprise était fonction de critères considérés comme trop subjectifs.

(94) G. Fischer : JO Sénat CR 15 nov. 2005, p. 7139.

(95) A. Vasselle : JO Sénat CR 15 nov. 2005, p. 7139.

(96) C. trav., art. L. 3324-5 qui visait une répartition uniforme, proportionnelle au salaire ou à la durée de présence.

(97) C. trav., art. L. 3314-5, *id.*

(98) Circ. n° DGT/DSS/5B/2008/46, 12 févr. 2008, relative à la loi n° 2008-111 pour le pouvoir d'achat, 3^e partie, question n° 15.

(99) *Ibid.*, question n° 16.

(100) *Ibid.*, question n° 17.

(101) *Ibid.*, question n° 18.

de répartition élargies pour les primes exceptionnelles, à savoir une répartition uniforme, proportionnelle à la durée de présence ou au salaire, une répartition effectuée en fonction de la qualification, du niveau de classification ou de l'ancienneté, les primes exceptionnelles d'intéressement relevant d'un régime spécifique.

2° Le montant des primes exceptionnelles

403. – Le montant maximum de la prime exceptionnelle de 2005 pouvait différer selon que l'entreprise était dotée d'un accord d'intéressement en vigueur au titre de l'exercice 2004 ou n'avait conclu un tel accord qu'en 2005. Dans le premier cas, il convenait de retenir le plus élevé des plafonds suivants : 200 € par salarié ou 15 % du montant de l'intéressement versé au titre de l'exercice 2004. Dans l'hypothèse où l'accord d'intéressement était conclu et déposé en 2005, la prime était nécessairement limitée à 200 € par salarié⁽¹⁰²⁾.

Les lois postérieures instaurant des primes exceptionnelles ont opté pour un montant fixé arbitrairement. La loi du 19 décembre 2005 prévoyait expressément le versement d'un bonus exceptionnel de 1 000 € brut maximum par salarié. Le dépassement de cette limite entraînait la réintégration totale du bonus versé dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale⁽¹⁰³⁾. La loi pour le pouvoir d'achat prévoyait une prime de même montant ; le dépassement emportait les mêmes conséquences que le bonus exceptionnel de 2006⁽¹⁰⁴⁾. La loi en faveur des revenus du travail prévoyait une prime d'un montant maximal de 1 500 €, soit le montant moyen d'une prime d'intéressement⁽¹⁰⁵⁾, dont le dépassement était sanctionné par la perte du bénéfice du régime social plus favorable⁽¹⁰⁶⁾.

404. – La sanction du versement excédentaire d'une prime d'intéressement de droit commun est la réintégration des sommes qui dépassent les plafonds légaux dans l'assiette des cotisations sociales⁽¹⁰⁷⁾. La même sanction s'applique lorsque les salariés perçoivent des primes d'intéressement dépassant le montant qui doit leur être versé en application des règles de répartition définies par l'accord. La sanction du non-respect du montant maximal des primes exceptionnelles était différente : la totalité des sommes étaient réintégrées dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale en cas de dépassement du montant fixé. Le fait que les primes exceptionnelles relevaient de la question de l'intéressement, comme l'attestait leur régime fiscal et social⁽¹⁰⁸⁾, était sans incidence. Que le montant de la prime exceptionnelle soit forfaitaire ou apprécié en fonction d'un pourcentage de l'intéressement versé au titre de l'exercice précédent, cette sanction constituait une spécificité du régime des primes exceptionnelles.

(102) L. n° 2005-842, 26 juill. 2005, pour la confiance et la modernisation de l'économie, art. 38 (JO 27 juill., p. 12160).

(103) Circ. n° DSS/5B/DRT/NC3/2006/174, 18 avr. 2006, relative au bonus exceptionnel, question n° 25.

(104) Circ. n° DGT/DSS/5B/2008/46, 12 févr. 2008, relative à la loi n° 2008-111 pour le pouvoir d'achat, 3^e partie, question n° 20.

(105) Projet de loi en faveur des revenus du travail, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale, Exposé des motifs, 5 août 2008, p. 4.

(106) Circ. n° DSS/5B/2009/29, 29 janv. 2009, relative à la prime exceptionnelle instaurée par l'article 2 de la loi n° 2008-1258 du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail, p. 3.

(107) Circ. 14 sept. 2005, Dossier Intéressement, fiche 7 D : JO 1^{er} nov., p. 17179.

(108) P. Morange : JOAN CR 20 déc. 2007, p. 5554.

3° L'exonération des primes exceptionnelles

405. – Il convient ici d'étudier le régime exonératoire prévu pour les primes exceptionnelles (a) et d'établir si elles doivent être prises en compte dans les plafonds d'exonération prévus pour l'intéressement (b).

a) Le régime exonératoire

406. – Les primes exceptionnelles ne devaient pas revêtir le caractère de rémunération au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale. Le délai écoulé entre la date de versement de la prime exceptionnelle et la date d'effet d'un accord d'intéressement conclu dans les conditions prévues par la loi était sans effet⁽¹⁰⁹⁾. Les primes étaient exonérées de « toute cotisation et contribution d'origine légale ou conventionnelle rendue obligatoire par la loi »⁽¹¹⁰⁾ à l'exception de la contribution sociale généralisée et de la contribution pour le remboursement de la dette sociale au titre des revenus d'activité. Les entreprises pouvaient déduire ces primes exceptionnelles des bases retenues pour l'assiette de l'impôt sur les sociétés et de l'impôt sur le revenu. Le salarié qui aurait décidé d'affecter à la réalisation d'un plan d'épargne d'entreprise tout ou partie d'une prime exceptionnelle d'intéressement pouvait bénéficier, à ce titre, d'une exonération d'impôt sur le revenu.

L'exonération d'impôt sur le revenu supposait que l'affectation des sommes ait été effectuée directement par l'employeur à la demande du salarié⁽¹¹¹⁾. Dans l'hypothèse d'une affectation de la prime à un plan d'épargne d'entreprise à l'initiative du salarié après que l'employeur lui ait versé le montant correspondant, l'affectation était assimilée à un versement volontaire. Les sommes affectées entraient dans l'assiette de calcul de l'impôt sur le revenu et étaient prises en compte pour apprécier le respect du plafond de versement volontaire du quart de la rémunération annuelle⁽¹¹²⁾.

Toutes les sommes versées à compter du 1^{er} janvier 2009, assujetties à la contribution sociale généralisée mais exclues de l'assiette des cotisations de sécurité sociale, entraient dans l'assiette du forfait social de 2 % instauré par la loi du 17 décembre 2008⁽¹¹³⁾. La prime exceptionnelle issue de la loi du 3 décembre 2008 était la première à entrer dans le champ d'application de cette contribution spécifique⁽¹¹⁴⁾.

b) Les plafonds d'exonération

407. – La prime exceptionnelle d'intéressement issue de la loi pour la confiance et la modernisation de l'économie n'était pas prise en compte pour le respect des

(109) L. n° 2005-842, 26 juill. 2005, pour la confiance et la modernisation de l'économie, art. 38 (JO 27 juill., p. 12160).

(110) L. n° 2008-111, 8 févr. 2008, pour le pouvoir d'achat, art. 7 (JO 9 févr. 2008, p. 2451).

(111) Circ. n° DSS/5B/DRT/206/07, 5 janv. 2006, relative au bonus exceptionnel.

(112) C. trav., art. L. 3332-10.

(113) L. n° 2008-1330, 17 déc. 2008, de financement de la sécurité sociale pour 2009, art. 13 (JO 18 déc., p. 19291). Pour les rémunérations ou gains versés à compter du 1^{er} août 2012, il est de 20 % (L. n° 2012-958, 16 août 2012, de finances rectificative pour 2012, art. 33 : JO 17 août, p. 13479). Depuis sa création il a été en constante augmentation (V. *supra*, n° 22).

(114) La prime de partage des profits instaurée par loi n° 2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2011 (JO 29 juill., p. 12922) entre également dans le champ d'application du forfait social.

plafonds prévus à l'article L. 3314-8 du Code du travail⁽¹¹⁵⁾. Le plafond global de 20 % de la masse salariale et le plafond individuel de la moitié du plafond annuel de la sécurité sociale n'étaient pas diminués du montant perçu par le salarié au titre de la prime exceptionnelle. La référence faite aux plafonds d'exonération prévus pour l'intéressement et non pour la participation confirmait la nature d'intéressement de cette prime. Le plafond individuel d'intéressement ne pouvait réduire le montant du bonus versé dans l'entreprise. L'administration considérait que ce bonus était distinct du dispositif de l'intéressement et faisait valoir que l'article 17 interdisait toute forme de substitution. Le montant de l'intéressement ne devait pas être diminué par le jeu du bonus⁽¹¹⁶⁾. La justification paraît erronée : la non-substitution concerne des éléments de rémunération au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, catégorie à laquelle l'intéressement n'appartient pas. Lors des débats parlementaires, le lien avec l'intéressement était clairement affirmé⁽¹¹⁷⁾. La volonté du législateur était de créer des primes exceptionnelles d'intéressement dont le régime devait se distinguer de celui de l'intéressement de droit commun. Il aurait été légitime d'admettre que le bonus était pris en compte pour l'appréciation du plafond individuel d'intéressement.

Aucune précision relative à la prise en compte dans les plafonds d'exonération prévus pour l'intéressement n'était apportée en ce qui concerne la prime exceptionnelle issue de la loi pour le pouvoir d'achat. Ce silence s'expliquait : les entreprises concernées par ce type de dispositif étaient celles de moins de cinquante salariés. Cette mesure avait pour objet de faire participer les salariés aux résultats de leur entreprise afin qu'ils ne soient pas exclus du partage de la richesse créée⁽¹¹⁸⁾. La question des plafonds se posait peu, ces entreprises étant celles qui n'avaient pas nécessairement mis en place d'accords relatifs au partage de la richesse. Le seul plafond susceptible d'être retenu était le montant maximal de la prime exceptionnelle imposé par la loi.

La prime instituée par la loi du 3 décembre 2008 se distinguait des autres primes exceptionnelles de ce point de vue. L'administration⁽¹¹⁹⁾ précisait que son montant devait être pris en compte pour apprécier le respect du plafond collectif de 20 % du total des salaires bruts et du plafond individuel correspondant à la moitié du plafond annuel de la sécurité sociale⁽¹²⁰⁾. Cette prime avait la nature d'un intéressement supplémentaire qui s'ajoutait à l'intéressement éventuellement versé aux salariés. Cette spécificité s'expliquait par la conjoncture économique défavorable : peu d'intéressement avait été dérogé par les entreprises qui possédaient ou souhaitaient mettre en place des accords d'intéressement.

(115) Circ. 4 oct. 2005 relative au versement de la prime exceptionnelle d'intéressement liée aux résultats ou aux performances de 2004 et au versement direct ou au déblocage exceptionnel des sommes attribuées aux salariés en 2005 au titre de la participation : JO 13 oct., p. 16244.

(116) Circ. n° DSS/5B/DRT/NC3/2006/174, 18 avr. 2006, relative au bonus exceptionnel, question n° 35.

(117) X. Bertrand : JOAN CR 27 oct. 2005, p. 5955.

(118) Projet de loi pour le pouvoir d'achat, Exposé des motifs, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 décembre 2007, p. 4.

(119) Circ. n° DSS/5B/2009/29, 29 janv. 2009, relative à la prime exceptionnelle instaurée par l'article 2 de la loi n° 2008-1258 du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail, p. 3.

(120) C. trav., art. L. 3314-8.

En dépit de spécificités conjoncturelles, l'absence de prise en compte des primes exceptionnelles dans les plafonds de l'intéressement semble être la règle. Il convient d'admettre que le plafond individuel d'exonération des primes exceptionnelles correspond au montant maximal prévu par la loi, le plafond collectif d'exonération théorique correspondant à la somme des plafonds individuels qui s'appliquent aux primes versées au sein d'une même entreprise.

*
**

408. – Les mesures législatives prises en faveur du pouvoir d'achat ont systématiquement donné naissance à une prime exceptionnelle de participation financière. Ce type de dispositif semble donc se banaliser, au détriment des finances publiques, afin de répondre à un besoin des salariés⁽¹²¹⁾. Le manque de cohérence des dispositifs instaurés impose cependant une refonte de l'architecture de ces dispositifs afin que l'instrument utilisé soit mieux connu des entreprises susceptibles de l'utiliser. Au regard des éléments qui précèdent, une loi consacrée à la mise en place de primes exceptionnelles d'intéressement pourrait être rédigée dans les termes suivants :

I. – Dans les entreprises de moins de cinquante salariés, une prime exceptionnelle d'intéressement peut être versée à l'ensemble des salariés avant la fin de l'exercice considéré.

Le versement de cette prime fait l'objet d'un accord conclu dans les conditions prévues à l'article L. 3312-5 du Code du travail. En cas d'échec des négociations, aucune prime ne peut être versée.

Le montant de la part individuelle de la prime exceptionnelle d'intéressement est de X euros par salarié.

II. – Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés qui comportent un accord d'intéressement ou qui ont négocié un avenant à un accord préexistant, une prime exceptionnelle d'intéressement peut être versée à l'ensemble des salariés avant la fin de l'exercice considéré.

Si la négociation d'un accord d'intéressement applicable à l'exercice en cours aboutit, le montant de la part individuelle de la prime exceptionnelle d'intéressement est de Y euros par salarié.

Si la négociation d'un avenant à un accord préexistant applicable à l'exercice en cours aboutit, le montant de la part individuelle de la prime exceptionnelle d'intéressement est de Y euros ou de Z % de l'intéressement versé au titre de l'exercice clos, le montant le plus favorable devant être retenu.

L'accord d'intéressement ou l'avenant à l'accord préexistant est négocié avant le premier jour du septième mois de l'exercice considéré.

(121) La prime de partage des profits en est une bonne illustration. Elle est « participation aux résultats par son caractère obligatoire, intéressement par ses caractéristiques et plan d'épargne salariale par sa mise en place » (J.-S. Lipski, *La prime de partage des profits : une chimère juridique* : JCP E 2011, 1676). Son versement est obligatoire si une entreprise qui emploie habituellement cinquante salariés a versé des dividendes dont le montant par part sociale ou par action est en augmentation par rapport à la moyenne des dividendes versés au titre des deux exercices précédents. Elle est facultative pour l'entreprise, qui emploie habituellement moins de cinquante salariés, qui est concernée par la condition d'attribution de dividendes (J.-S. Lipski, *La prime de partage des profits : une chimère juridique* : JCP E 2011, 1676, n° 10). Au surplus, elle est exonérée de cotisations de sécurité sociale dans la limite d'un montant annuel et individuel de 1 200 € et n'est pas prise en compte pour l'appréciation des plafonds légaux de l'intéressement et de la participation. En revanche, les règles de répartition applicables sont celles prévues par les dispositions légales de la participation financière. La prime doit être versée à l'ensemble des salariés de l'entreprise mais une condition d'ancienneté peut être prévue. L'administration a précisé que sont concernés les salariés qui remplissent la condition d'ancienneté au cours de l'exercice au titre duquel les dividendes sont versés (Circ. 29 juill. 2011 relative à la prime de partage des profits instituée par la loi n° 2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2011, question n° 40). Cette analyse est celle qui est retenue pour identifier les bénéficiaires des suppléments d'intéressement ou de participation (V. *infra*, n°s 409 et s.). Sous quelques réserves, il peut être considéré que la prime de partage des profits constitue une forme institutionnalisée des primes exceptionnelles d'intéressement.

Le versement de la prime exceptionnelle d'intéressement doit être prévu par un accord spécifique conclu dans les conditions prévues à l'article L. 3312-5 du Code du travail.

En cas d'échec des négociations, le versement de la prime exceptionnelle d'intéressement fait l'objet d'une décision unilatérale de l'employeur.

III. – La prime exceptionnelle d'intéressement ne peut se substituer à des augmentations de rémunérations ni à des primes conventionnelles prévues par accord salarial ou par le contrat de travail. Elle ne peut se substituer à aucun des éléments de rémunération au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale et de l'article L. 741-10 du Code rural et de la pêche maritime versés par l'employeur ou qui deviennent obligatoires en vertu de règles légales ou contractuelles.

IV. – La répartition de la prime exceptionnelle d'intéressement entre les bénéficiaires est effectuée en fonction d'un ou plusieurs des critères suivants : l'uniformité, le salaire, la durée de présence, l'ancienneté, la qualification, le niveau de classification.

La prime exceptionnelle d'intéressement n'est pas prise en compte pour l'appréciation des plafonds collectif et individuel prévus à l'article L. 3314-8 du Code du travail.

V. – Sous réserve du respect des conditions prévues au présent article, la prime exceptionnelle est exonérée de toute cotisation ou contribution d'origine légale ou conventionnelle rendue obligatoire par la loi, à l'exception de la contribution sociale généralisée, de la contribution au remboursement de la dette sociale et du forfait social.

À défaut d'affectation de la prime exceptionnelle à un plan d'épargne salariale auquel un salarié bénéficiaire aurait adhéré, la part de la prime exceptionnelle non affectée au plan entre dans l'assiette de calcul de l'impôt sur le revenu.

L'employeur notifie à l'organisme de recouvrement dont il relève le montant des sommes versées à chaque bénéficiaire dans le cadre de la déclaration annuelle des données sociales.

C H A P I T R E 2

LES SUPPLÉMENTS

409. – Le dispositif du supplément de participation financière a été instauré par la loi du 30 décembre 2006⁽¹⁾. Autonome (Section 1), il s'inscrit dans la continuité des dispositifs de primes exceptionnelles mis en place antérieurement tout en possédant sa propre finalité (Section 2).

S E C T I O N 1

L'AUTONOMIE DU DISPOSITIF

410. – Certaines des dispositions relatives aux suppléments de participation financière connaissent l'attraction du droit commun (§ 1), d'autres non (§ 2).

§ 1. – L'attraction du droit commun

411. – L'attraction du droit commun est voulue tantôt par l'administration (A), tantôt par le législateur (B).

A. – Une attraction voulue par l'administration

412. – Le régime des suppléments de participation financière subit l'attraction de l'imprévisibilité (1°), de la non-substitution (2°) et du collectif (3°).

1° L'attraction de l'imprévisibilité

413. – L'idée d'un supplément s'accommode mal de la variabilité de l'intéressement de base⁽²⁾ ou de la réserve spéciale de participation. De nombreux auteurs considèrent que le supplément est versé en violation du caractère aléatoire car il

(1) L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006, pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social (JO 31 déc., p. 20210).

(2) A. Sauret, *Les dividendes du travail* : LPA 8 févr. 2007, n° 29, p. 4, spéc. p. 5.

serait décidé postérieurement à la clôture de l'exercice⁽³⁾. Le caractère aléatoire de l'intéressement et de la participation de droit commun s'apprécie au regard de la formule de calcul du dispositif envisagé et de l'existence de la prime d'intéressement ou de la réserve spéciale de participation. L'administration précise que les sommes attribuées au titre du supplément d'intéressement ou de participation complètent obligatoirement celles attribuées au titre de l'accord d'intéressement ou de participation. Cette exigence freine l'utilisation de ce dispositif comme mode de compensation du défaut d'intéressement ou de participation au cours d'une année ou d'un exercice donné. Le fait générateur du versement du supplément de participation financière est l'existence d'une prime d'intéressement ou d'une réserve spéciale de participation.

Un résultat nul n'ouvre pas la possibilité de verser un supplément⁽⁴⁾. En revanche, un résultat positif, ne serait-ce que d'un euro, est suffisant pour ouvrir droit au versement de l'un ou l'autre des suppléments⁽⁵⁾. Le supplément est aléatoire car il dépend de l'existence d'une réserve spéciale de participation ou d'une prime d'intéressement. L'attribution du supplément de participation financière ne peut donc pas être connue avant l'exercice clos, à l'instar des dispositifs de participation financière de droit commun. Le recours au supplément de participation financière pallie une insuffisance d'intéressement ou de participation en application du droit commun, ou le complète⁽⁶⁾. La position de l'administration implique que le supplément de participation financière respecte le caractère aléatoire pour être attribué et bénéficie du régime fiscal et social plus favorable.

2° L'attraction de la non-substitution

414. – L'intégrité des dispositions relatives à la non-substitution... Lors des débats à l'Assemblée nationale sur l'instauration du supplément de participation financière, la question de l'application du principe de non-substitution à un élément de rémunération fit l'objet de longues discussions. Un parlementaire préconisait que l'application du principe de non-substitution au supplément d'intéressement fût rappelée et que l'application de ce principe fût étendue à la participation⁽⁷⁾. Un amendement⁽⁸⁾ qui tendait à affirmer l'application du principe de non-substitution à un élément de rémunération fut rejeté. Lors des débats devant le Sénat, un amendement⁽⁹⁾ a précisé le régime fiscal et social « applicable au supplément d'intéres-

(3) *Ibid.* – N. Mingant, *La loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié* : *Lexbase hebdo* 25 janv. 2007, n° 245. – R. Vatinet, *Développement de la participation des salariés (L. n° 2006-1770, 30 décembre 2006, Titre I)* : *JCP S* 2007, 1001, n° 11. – G. Briens, *Les suppléments d'intéressement et de participation* : *Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1311, p. 7.

(4) *Circ. n° DSS/5B/DGT/RT3/2007/199*, 15 mai 2007, relative à la mise en œuvre de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, question ° 8.

(5) G. Briens, *Les suppléments d'intéressement et de participation* : *Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1311, p. 7, spéc. p. 8.

(6) A. Sauret, *Les dividendes du travail* : *LPA* 8 févr. 2007, n° 29, p. 4, spéc. p. 5.

(7) M. Gremetz : *JOAN CR* 4 oct. 2006, p. 5828.

(8) Amendement n° 53 : « Ces suppléments ne peuvent se substituer à des augmentations de rémunération et à des primes conventionnelles prévues par un accord salarial ou par le contrat de travail. Il ne peut non plus se substituer à aucun des éléments de rémunération au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale versés par l'employeur ou qui deviennent obligatoires en vertu de règles légales ou contractuelles ».

(9) Amendement n° 35 : « I. – Compléter cet article par deux paragraphes ainsi rédigés :

II. – Dans le premier alinéa de l'article L. 441-4 du Code du travail, après les mots : "en application de l'accord d'intéressement", sont insérés les mots : "ou au titre du supplément d'intéressement visé à l'article L. 444-12".

sement ou de participation »⁽¹⁰⁾. Il en est résulté que le principe de non-substitution à un élément de rémunération s'applique au supplément d'intéressement⁽¹¹⁾. L'application de ce principe n'a pas été étendue au supplément de réserve spéciale de participation.

L'administration avait précisé que l'indisponibilité quinquennale des droits valait pour le supplément de réserve spéciale de participation⁽¹²⁾ ; elle subordonnait l'attribution du supplément à l'existence d'un accord de participation. Le principe de non-substitution à un élément de rémunération ne s'impose pas au supplément de réserve spéciale de participation, conformément aux dispositions relatives à la participation aux résultats. Avec l'instauration de la disponibilité immédiate des droits issus de la participation, le risque existe que l'employeur qui souhaite attribuer un supplément de participation confonde le versement de celui-ci avec sa politique de rémunération⁽¹³⁾.

415. – L'adaptation des dispositions relatives au délai de non-substitution...

Le principe de non-substitution n'a pas été respecté lorsqu'un accord d'intéressement a été conclu avant qu'un délai de douze mois se soit écoulé entre la date d'effet d'un accord nouvellement instauré et la suppression d'un élément de rémunération⁽¹⁴⁾. Pour apprécier le respect du délai de non-substitution, le Code du travail renvoie à la date d'effet d'un accord d'intéressement. La décision de versement du supplément ne fait l'objet d'aucun accord. Or, les dispositions relatives au supplément d'intéressement précisent que le versement du supplément doit intervenir dans le respect du principe de non-substitution⁽¹⁵⁾. Se pose la question de savoir si le délai de non-substitution s'applique au supplément d'intéressement. Le défaut de précision légale relative à l'appréciation du délai de non-substitution en cas de décision unilatérale de versement d'un supplément suppose une réponse négative.

L'administration a considéré que les sommes allouées au titre du supplément d'intéressement ne peuvent se substituer à aucun des éléments de rémunération en vigueur dans l'entreprise ou qui deviendraient obligatoires en vertu de règles légales ou conventionnelles, sauf si un délai de douze mois s'est écoulé entre le dernier versement de l'élément de rémunération en tout ou partie supprimé et la date de la décision de versement du supplément d'intéressement⁽¹⁶⁾. La position de l'administration n'est fondée sur aucun texte. En l'absence de dispositions légales

III. – L'article L. 442-8 du Code du travail est complété par un paragraphe ainsi rédigé :

V. – Les dispositions du présent article sont applicables au supplément de réserve spéciale de participation visé à l'article L. 444-12 ».

(10) I. Debré : *JO Sénat* CR 8 nov. 2006, p. 7761.

(11) C. trav., art. L. 3312-4.

(12) Circ. n° DSS/5B/DGT/RT3/2007/199, 15 mai 2007, relative à la mise en œuvre de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, question n° 13.

(13) R. Vatinet, *Développement de la participation des salariés* (L. n° 2006-1770, 30 décembre 2006, Titre I) : *JCP S* 2007, 1001, n° 8.

(14) C. trav., art. L. 3312-4.

(15) C. trav., art. L. 3314-10, dern. al.

(16) Circ. n° DSS/5B/DGT/RT3/2007/199, 15 mai 2007, relative à la mise en œuvre de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, question n° 12.

spécifiques, le supplément d'intéressement qui serait versé une fois écoulé un délai de douze mois après la suppression d'un élément de rémunération pourrait être requalifié en salaire si l'URSSAF considérait qu'il y a concomitance⁽¹⁷⁾ ou simultanéité⁽¹⁸⁾ de la suppression de l'élément de rémunération et de la décision d'attribuer un supplément d'intéressement, la Cour de cassation retenant une acception large de la substitution⁽¹⁹⁾.

3° L'attraction du collectif

416. – Un auteur a considéré que le caractère collectif était remis en cause par le dispositif du supplément de participation financière⁽²⁰⁾. L'exigence du respect de ce caractère ne fait guère de doute lorsque la répartition est opérée conformément aux règles prévues par l'accord d'intéressement ; elle est moins évidente lorsque la répartition du supplément est régie par un accord spécifique⁽²¹⁾. Le rapporteur du projet de loi devant le Sénat avait précisé qu'il était important de souligner le caractère collectif du supplément d'intéressement. Un accord spécifique peut prévoir des règles de répartition du supplément différentes de celles retenues par l'accord initial⁽²²⁾. La loi n'ayant pas rappelé le nécessaire respect du caractère collectif lors du versement du supplément de participation, faut-il considérer que cet accord spécifique peut prévoir une répartition du supplément de participation qui ne bénéficierait pas à tous les salariés ?

417. – La participation aux résultats 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 et est calculée en fonction du bénéfice net de l'entreprise, constituant ainsi la réserve spéciale de participation⁽²³⁾. Le supplément versé est un supplément de réserve spéciale de participation qui ne correspond pas à la participation financière qui doit être garanti collectivement aux salariés. Au regard des dispositions légales, il n'est pas nécessaire de prévoir dans l'accord spécifique de répartition du supplément des règles de répartition respectant le caractère collectif⁽²⁴⁾. L'administration a donc rappelé que le supplément devait respecter le caractère collectif de l'intéressement ou de la participation⁽²⁵⁾. À défaut de dispositions légales précisant que le supplément de participation doit respecter le principe de non-exclusion, le respect de ce dernier s'impose *de facto* pour que le supplément versé bénéficie du régime fiscal et social de faveur.

(17) Cass. soc., 9 nov. 2005, pourvoi n° 03-43.526, inédit.

(18) Cass. soc., 9 oct. 2001, pourvoi n° 98-43.905 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 305 ; *RJS* 12/2001, n° 1448.

(19) Cass. soc., 26 mars 1998, pourvoi n° 96-17.506 : *RJS* 6/1998, n° 770.

(20) G. Briens, *Les suppléments d'intéressement et de participation : Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1311, p. 7.

(21) I. Debré, Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié, n° 46, Annexe au procès-verbal de la séance du 25 octobre 2006, p. 34.

(22) C. trav., art. L. 3324-9.

(23) C. trav., art. L. 3322-1.

(24) En pratique, un accord spécifique qui prévoit des règles de répartition qui privent certains salariés du bénéfice du supplément ne serait probablement pas signé.

(25) Circ. n° DSS/5B/DGT/RT3/2007/199, 15 mai 2007, relative à la mise en œuvre de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, question n° 6.

B. – Une attraction voulue par le législateur

418. – Avec le supplément de participation financière, l'objectif du législateur était de permettre à une entreprise d'augmenter ponctuellement le montant des sommes versées à ce titre aux salariés lorsque les profits constatés sur l'année le permettent⁽²⁶⁾. Le montant du supplément d'intéressement ne doit pas dépasser annuellement 20 % du total des salaires bruts, cumulé avec le montant de la prime d'intéressement dégagée. Dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre un et deux cent cinquante salariés⁽²⁷⁾, est prise en compte la rémunération annuelle ou le revenu professionnel des chefs d'entreprise, des directeurs généraux, des gérants ou des membres du directoire d'une personne morale ainsi que celle du conjoint collaborateur ou associé du chef d'entreprise. La somme de la prime individuelle d'intéressement et du supplément d'intéressement ne doit pas excéder la moitié du plafond annuel de la sécurité sociale⁽²⁸⁾.

Les plafonds applicables à la réserve spéciale de participation sont également appliqués au supplément de réserve spéciale de participation, la somme du supplément et de la réserve spéciale de participation devant respecter les plafonds individuels et collectifs⁽²⁹⁾. Le plafond appliqué à la somme de la réserve spéciale de participation et du supplément de participation varie selon qu'un accord dérogatoire, ou non, a été conclu. En présence d'un accord dérogatoire, le plafond choisi peut être la moitié du bénéfice net comptable, le bénéfice net comptable diminué de 5 % des capitaux propres, le bénéfice net fiscal diminué de 5 % des capitaux propres ou la moitié du bénéfice net fiscal. En l'absence d'accord dérogatoire, le plus élevé de ces quatre plafonds s'impose⁽³⁰⁾. En cas de versement du supplément de participation, la masse de la réserve spéciale de participation et du supplément fait l'objet d'un plafonnement spécifique inspiré du plafond collectif dérogatoire.

L'application des plafonds légaux d'intéressement et de participation aux suppléments illustre la volonté du législateur d'assimiler les sommes versées à ce titre à de la participation financière.

§ 2. – La distance avec le droit commun

419. – La distance prise par les suppléments d'intéressement et de participation avec le droit commun de la participation financière est révélée par l'étude des vecteurs de leur attribution (A) et de leur répartition (B).

(26) A. Cormier Le Goff et A. Lemerrier, *Les apports de la loi du 30 décembre 2006 en matière de participation et d'actionnariat salariés* : Dr. soc. 2007, p. 152, spéc. p. 153.

(27) C. trav., art. L. 3312-3.

(28) C. trav., art. L. 3314-8.

(29) V. *supra*, n^{os} 164 et s.

(30) C. trav., art. L. 3324-9 et L. 3324-2.

A. – L'attribution du supplément

420. – Le supplément de participation financière fait l'objet d'une décision des organes dirigeants de l'entreprise (1°). L'administration a également admis que cette décision soit prise au niveau d'un groupe de sociétés (2°).

1° Attribution dans l'entreprise

421. – L'attribution d'un supplément de participation financière fait l'objet d'une décision unilatérale prise par le conseil d'administration, le directoire ou l'employeur. Elle déroge au principe de négociation de la participation financière : le caractère contractuel est remis en cause⁽³¹⁾. Ce pouvoir de décision s'explique par la volonté du législateur de donner aux entreprises la liberté d'accorder un supplément rapidement, sans avoir à mettre en œuvre un lourd processus de négociation⁽³²⁾, en raison du caractère plus favorable de ce dispositif pour les salariés. Il convient de distinguer selon que la société qui souhaite verser le supplément est une société anonyme à conseil d'administration ou directoire ou une société d'un autre type (SAS, SARL, EURL, SNC, etc.). Lorsque l'entreprise est dépourvue de la personnalité morale, il peut être également décidé de verser le supplément de participation financière⁽³³⁾.

Dans le cadre de la société anonyme, la décision de versement suppose une délibération du conseil d'administration ou du directoire. Le supplément ne peut être attribué que si la moitié des membres du conseil d'administration sont présents lors de la délibération ; la décision d'attribution doit être prise à la majorité⁽³⁴⁾. L'attribution d'un supplément de participation financière doit figurer à l'ordre du jour fixé par le président du conseil d'administration, même s'il n'est pas exclu que le conseil examine valablement des questions autres que celles qui y figurent⁽³⁵⁾. Au sein du directoire, la décision est prise dans les conditions fixées par les statuts⁽³⁶⁾. Pour tout autre type de société, l'employeur prend unilatéralement la décision de verser un supplément. L'attribution du supplément de participation financière est plus facile à mettre en œuvre dans les entreprises autres que les sociétés anonymes, ce qui contribue à démocratiser son utilisation au sein des petites et moyennes entreprises.

Selon le professeur Vatinet, en raison de la souplesse des modalités de versement du supplément, le risque existe que les accords de participation ou d'intéressement prévoient des formules de calcul *a minima* afin de laisser à l'employeur une grande marge de liberté⁽³⁷⁾. Susceptible de se rencontrer pour l'intéressement, ce

(31) G. Briens, *Les suppléments d'intéressement et de participation : Semaine sociale Lamy 2007*, n° 1311, p. 7.

(32) R. Vatinet, *Développement de la participation des salariés* (L. n° 2006-1770, 30 décembre 2006, Titre I) : JCP S 2007, 1001, n° 8.

(33) I. Debré, Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié, n° 46, Annexe au procès-verbal de la séance du 25 octobre 2006, p. 33.

(34) C. com., art. L. 225-37.

(35) P. Merle, *Droit commercial – Sociétés commerciales*, Dalloz, 15^e éd. 2011, n° 392, p. 457, spéc. p. 458, note 3.

(36) C. com., art. L. 225-64.

(37) R. Vatinet, *Développement de la participation des salariés* (L. n° 2006-1770, 30 décembre 2006, Titre I) : JCP S 2007, 1001, n° 8.

risque n'existe vraisemblablement pas pour le supplément de participation. Une formule de calcul dérogoratoire est possible pour un accord de participation aux résultats⁽³⁸⁾. Elle doit jouer lorsqu'elle dégage une réserve spéciale de participation dont le montant est supérieur à celui résultant de l'application de la formule légale. Des clauses de réserve doivent figurer dans les accords conclus afin de préserver l'équivalence des avantages. En tout état de cause, un accord de participation conclu *a minima* ne pourrait pas prévoir une formule de calcul moins favorable que la formule légale.

2° Attribution dans le groupe

422. – L'administration considère que lorsqu'une filiale dispose de sa propre réserve spéciale de participation, elle peut verser un supplément au titre de celle-ci. Si l'entreprise est couverte par un accord de groupe, le supplément peut être décidé au niveau du groupe par le dirigeant de la société tête du groupe⁽³⁹⁾. Dans l'hypothèse où une entreprise entre dans le champ d'application d'un accord de participation de groupe, il peut être admis qu'un supplément de participation soit versé aux salariés bénéficiaires, tant par la filiale que par la société mère, lorsqu'une réserve spéciale de participation a été dégagée.

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. Les salariés bénéficient de la répartition d'une réserve spéciale de participation dont le montant ne peut être inférieur à la somme des réserves spéciales de participation de chaque entreprise entrant dans le champ d'application de l'accord. Comment appliquer cette règle au niveau du groupe lorsque le versement d'un supplément de participation financière est décidé ? Il appartient aux organes dirigeants de la société mère de décider le versement d'un supplément de participation financière. La somme des suppléments est, par principe, indéfinissable à l'issue de l'exercice clos, le montant du supplément étant défini unilatéralement par chacun des dirigeants des entreprises concernées. La règle d'équivalence des avantages de droit commun n'est pas applicable lorsqu'un supplément de participation aux résultats est décidé au niveau du groupe.

B. – La répartition du supplément

423. – Un accord conclu conformément aux dispositions spécifiques de la participation financière⁽⁴⁰⁾ peut seulement prévoir les modalités de répartition du supplément. Un accord spécifique de répartition pourrait librement choisir les critères de répartition qu'il applique⁽⁴¹⁾. Un député avait néanmoins rappelé, au sujet du

(38) C. trav., art. L. 3324-2.

(39) Circ. n° DSS/5B/DGT/RT3/2007/199, 15 mai 2007, relative à la mise en œuvre de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, question n° 15.

(40) C. trav., art. L. 3312-5 et L. 3324-6. Les règles de répartition limitatives applicables à un accord de participation ou à un accord d'intéressement prévoient une répartition de manière uniforme, proportionnelle aux salaires, à la durée de présence ou une répartition qui retiendrait conjointement plusieurs de ces critères.

(41) G. Briens, *Les suppléments d'intéressement et de participation : Semaine sociale Lamy 2007*, n° 1311, p. 7, spéc. p. 10.

supplément d'intéressement⁽⁴²⁾ et de participation⁽⁴³⁾, qu'il convenait d'appliquer les règles de répartition de droit commun. Les suppléments ayant la nature d'intéressement et de participation, il semble que le respect des règles impératives légales en matière de répartition⁽⁴⁴⁾ s'impose⁽⁴⁵⁾.

La loi précise que l'accord spécifique peut exclusivement fixer les modalités de répartition du supplément. Il est un accord collectif autonome : il ne constitue pas un avenant à l'accord d'intéressement ou de participation initial. Une condition d'ancienneté autre que celle qui figure dans l'accord initial ne peut pas figurer dans l'accord spécifique aux règles de répartition⁽⁴⁶⁾. Il n'a pas vocation à prévoir d'autres règles que celles relatives à la répartition du supplément. L'impossibilité de prévoir une condition d'ancienneté spécifique implique que les bénéficiaires de l'accord de participation financière ont également vocation à bénéficier du supplément qui serait versé. L'accord spécifique doit être conclu selon les modalités prévues pour les accords d'intéressement ou de participation. Cette règle n'implique pas que sa durée d'application soit déterminée et fixée à trois ans comme le prévoit la loi pour un accord d'intéressement. Dans l'esprit du supplément de participation financière, il convient d'admettre que si des accords spécifiques retiennent des règles de répartition différentes de ce que prévoit l'accord initial, la durée de ces accords devrait être fonction du caractère ponctuel du supplément. Instrument pérenne de participation financière mais ponctuel par son attribution, un accord spécifique devrait être conclu chaque fois que l'attribution du supplément est décidée.

424. – Les modalités de fixation du montant du supplément de participation financière sont différentes de ce qui est prévu pour la participation financière. Une totale liberté est laissée aux organes dirigeants. Il semble exclu qu'un accord spécifique à la répartition puisse porter sur le montant du supplément d'intéressement ou de réserve spéciale de participation⁽⁴⁷⁾. L'accord de participation financière de base peut néanmoins prévoir une clause fixant le montant du supplément éventuellement distribué⁽⁴⁸⁾. Rien ne paraît s'opposer à ce que la décision de verser un supplément soit prise par les organes exécutifs des entreprises et que le montant de ce qui sera attribué soit négocié dans le cadre d'un accord collectif de droit commun. Il n'est pas exclu que la décision d'attribution retienne une formule de calcul basée sur certains des paramètres utilisés par l'accord de participation financière initial pour fixer le montant du supplément de participation financière.

(42) J.-M. Dubernard, Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et la lettre rectificative, n° 3339, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale, 26 sept. 2006, p. 70.

(43) *Ibid.*, p. 74.

(44) C. trav., art. L. 3314-5 et L. 3324-5.

(45) R. Vatinet, *Développement de la participation des salariés* (L. n° 2006-1770, 30 décembre 2006, Titre I) : JCP S 2007, 1001, n° 15.

(46) Circ. n° DSS/5B/DGT/RT3/2007/199, 15 mai 2007, relative à la mise en œuvre de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, question n° 2.

(47) *Contra*, R. Vatinet, *Développement de la participation des salariés* (L. n° 2006-1770, 30 décembre 2006, Titre I) : JCP S 2007, 1001, n° 13.

(48) R. Vatinet, *Développement de la participation des salariés* (L. n° 2006-1770, 30 décembre 2006, Titre I) : JCP S 2007, 1001, n° 13.

SECTION 2

LA FINALITÉ DU DISPOSITIF

425. – Les dispositifs de supplément de participation financière avaient pour objectif initial de pallier les insuffisances de la participation aux résultats (§ 1). Ils constituent un catalyseur de l'évolution de la philosophie participative orientée vers le pouvoir d'achat (§ 2).

§ 1. – Un palliatif d'insuffisances

426. – Les suppléments d'intéressement et de participation s'inscrivent parmi les mesures qui relèvent plus largement des « dividendes du travail », un concept assez flou qui traduit en pratique le souci du législateur de mettre à profit l'intéressement, la participation et l'épargne salariale pour relever le pouvoir d'achat⁽⁴⁹⁾. Cette mesure, qualifiée de « phare »⁽⁵⁰⁾ au moment de son instauration, était destinée aux entreprises qui souhaitaient davantage s'appuyer sur l'intéressement, outil de motivation très prisé, ou qui n'étaient pas assujetties à la participation⁽⁵¹⁾. Les suppléments avaient pour objet de compenser en partie l'abandon de l'idée initiale du projet de loi⁽⁵²⁾ qui entendait imposer la participation dans les entreprises de moins de cinquante salariés⁽⁵³⁾. Le supplément d'intéressement s'inscrit dans la continuité des différents dispositifs de primes exceptionnelles instaurés antérieurement. Il marque le début de la pérennisation de dispositifs qui avaient été mis en place ponctuellement par le législateur⁽⁵⁴⁾. Ce dernier s'en remet aux dirigeants d'entreprises pour permettre aux salariés de bénéficier de sommes supplémentaires afin d'augmenter leur pouvoir d'achat.

Le supplément de participation financière offre la possibilité d'accroître les montants de la participation et de l'intéressement. Il permet d'augmenter le montant versé individuellement à chaque salarié déjà concerné de manière obligatoire par un système de participation ou facultative pour l'intéressement⁽⁵⁵⁾. Son instauration avait vocation à apporter une réponse aux insuffisances de la formule de calcul de la participation aux résultats⁽⁵⁶⁾. Ladite formule varie en fonction d'un rapport de la masse salariale à la valeur ajoutée. Ce paramètre ne peut s'analyser comme un

(49) *La réforme de la participation est bouclée : Semaine sociale Lamy* 2006, n° 1288, p. 2.

(50) A. Sauret, *Participation, actionnariat salarié, épargne salariale, Décideurs : Stratégie Finance Droit* 2007, n° 85, p. 68.

(51) Projet de loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, Exposé des motifs, p. 2, www.legifrance.gouv.fr.

(52) Projet de loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, www.legifrance.gouv.fr.

(53) N. Mingant, *La loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié* : *Lexbase hebdo* 25 janv. 2007, n° 245.

(54) La prime de partage des profits s'inscrit dans la continuité de cette évolution.

(55) J.-M. Dubernard, Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et la lettre rectificative, n° 3339, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale, 26 sept. 2006, p. 67-68.

(56) Projet de loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, Exposé des motifs, p. 2, www.legifrance.gouv.fr.

élément générateur de résultats pour l'entreprise. Plus la valeur ajoutée de l'entreprise est importante par rapport à la masse salariale, plus le coefficient de pondération que constitue ce rapport réduira le montant de la réserve spéciale de participation. À défaut de consensus sur la modification de cette formule de calcul en vue de la rendre plus incitative, le supplément de participation est susceptible de constituer un palliatif. L'entreprise dont le rapport de la masse salariale à la valeur ajoutée réduirait de manière substantielle le montant de la réserve spéciale de participation pourrait justifier le versement par les organes dirigeant de l'entreprise à forte valeur ajoutée d'un supplément de participation substantiel en récompense du travail fourni par les salariés.

§ 2. – Un catalyseur d'évolution

427. – La création des suppléments de participation financière a consacré l'existence de deux sortes d'intéressement et de deux sortes de participation⁽⁵⁷⁾. L'intéressement et la participation versés en application d'un accord de participation financière relèvent d'une philosophie d'association du capital et du travail. Cette association se manifeste de deux façons : par l'exigence du principe de négociation qui incite les employeurs à négocier des accords d'intéressement et des accords de participation et par les formules à prévoir pour calculer une prime d'intéressement et une réserve spéciale de participation. Les suppléments de participation financière relèvent d'une philosophie de pouvoir d'achat qui se manifeste par la volonté de l'employeur d'accroître le pouvoir d'achat de ses salariés. Aucune formule de calcul n'est requise, le pouvoir d'achat des salariés dans une société d'économie fortement « tertiaisée » dépendant exclusivement du bon vouloir des employeurs.

Lors des débats parlementaires précédant le vote de la loi du 30 décembre 2006, un député a considéré que la question de la participation financière était un bon moyen de contourner le débat sur la part de pouvoir d'achat des salariés⁽⁵⁸⁾. L'instauration du supplément de participation financière était accusée de constituer une « mascarade sur une prétendue augmentation du pouvoir d'achat des salariés »⁽⁵⁹⁾. Le libre choix du salarié quant à l'affectation du supplément permet une augmentation de la consommation *via* une augmentation du pouvoir d'achat⁽⁶⁰⁾. Ce dispositif répond à un souci d'instantanéité et d'immédiateté, cher aux tenants de la consommation⁽⁶¹⁾. À l'instar de l'intéressement de droit commun, le supplément d'intéressement peut être placé sur un plan d'épargne d'entreprise ou être immédiatement disponible. Avant la loi du 3 décembre 2008⁽⁶²⁾, la

(57) A. Sauret, *Le développement de la participation et de l'actionnariat salarié : quelques réflexions sur un projet porteur* : LPA 20 juin 2006, n° 122, p. 5.

(58) G. Fischer : JO Sénat CR 8 nov. 2006, p. 7753.

(59) *Ibid.*, p. 7754.

(60) A. Jarraud-Vergnolle : JO Sénat CR 8 nov. 2006, p. 7759.

(61) A. Sauret, *Aperçu rapide de la loi du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié* : Gaz. Pal. 18 au 20 mars 2007, p. 10.

(62) L. n° 2008-1258, 3 déc. 2008, en faveur des revenus du travail (JO 4 déc., p. 18488).

quote-part de réserve spéciale de participation attribuée à chaque bénéficiaire était systématiquement bloquée pour cinq ans, sauf cas de déblocage anticipé. Par nature, le supplément de réserve spéciale de participation devait être utilisé selon les modalités prévues par la loi et donc être affecté, soit à un compte courant bloqué de l'entreprise, soit à un plan d'épargne⁽⁶³⁾. La disponibilité immédiate des droits à participation financière appliquée au supplément marque l'évolution de la philosophie de la participation financière. Est consacrée la régression de la philosophie d'association du capital et du travail au profit de celle du « pouvoir d'achat ».

*
* *

428. – Les suppléments de participation et d'intéressement constituent une nouvelle forme de partage de la valeur entre les salariés et l'entreprise⁽⁶⁴⁾. Son autonomie au regard des dispositions légales qui l'instituent a imposé à l'administration d'en rappeler les limites afin de réduire les cas de recours de ce vecteur de participation financière par les organes dirigeants. À défaut de précisions de l'administration quant à l'encadrement de ces dispositifs, leur facilité d'octroi aurait pu sonner le glas de l'intéressement et de la participation aux résultats de droit commun. La position de l'administration n'ayant pas force de loi, l'autonomie aujourd'hui bridée des suppléments pourrait se retrouver, laissant une plus grande place à un partage potestatif de la valeur entre une entreprise et ses salariés.

C O N C L U S I O N D U T I T R E

429. – Les dispositifs de participation financière se sont multipliés, laissant la place à des dispositifs ponctuels qui s'ajoutent aux dispositifs pérennes mis en place dans la première décennie de la V^e République. Ils sont le reflet de la volonté du législateur de pallier les difficultés de pouvoir d'achat des travailleurs.

Ces dispositifs ponctuels ont été pérennisés par introduction d'un supplément de participation financière⁽⁶⁵⁾. Ce supplément marque l'aboutissement de l'évolution qu'a connue la philosophie de l'association du capital et du travail. Initialement, l'intéressement et la participation étaient le fruit de la participation des salariés aux résultats de l'entreprise ainsi que des performances auxquelles ils contribuaient. Ils deviennent aujourd'hui des outils de promotion du pouvoir d'achat qui relèvent de la décision du seul employeur, contrepartie éventuelle au défaut d'augmentations salariales régulières en dépit de la prudence de l'administration. Les suppléments font perdre aux dispositifs de participation financière leur nature de moteur du dynamisme économique de l'entreprise.

(63) G. Briens, *Les suppléments d'intéressement et de participation : Semaine sociale Lamy 2007*, n° 1311, p. 7, spéc. p. 11.

(64) Il en est de même de la prime de partage des profits.

(65) Ce mouvement de pérennisation des dispositifs ponctuels est confirmé par la mise en place de la prime de partage des profits dont le caractère ponctuel est fonction de l'attribution des dividendes.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

430. – La participation financière avait initialement vocation à « fidéliser » les salariés en leur faisant bénéficier d'une partie de la richesse qu'ils contribuaient à créer. Les dispositifs ponctuels qui se sont multipliés au cours des dernières années tendent à satisfaire les salariés, qui aspirent à une augmentation de leur pouvoir d'achat, et les entreprises qui veulent s'affranchir d'une politique salariale contraignante. Les augmentations salariales pérennes sont progressivement remplacées par des dispositifs ponctuels potestatifs sur lesquels seuls le forfait social et certaines contributions sont assis.

La disparition des dispositifs pérennes de participation financière ne peut survenir qu'à l'issue d'une procédure complexe qui, selon les situations, se heurte à des difficultés liées à la sédimentation des textes survenus en cette matière. Cette complexité ne se rencontre pas pour les dispositifs ponctuels de participation financière. Ces derniers ont une durée de vie éphémère, mais sont susceptibles de renaître lors de chaque exercice si l'employeur le souhaite, sans pour autant être la source d'un droit des salariés.

La philosophie fondatrice de la participation financière a évolué et s'est adaptée pour répondre au besoin de simplicité qu'expriment les entreprises pour le partage de la valeur entre le capital et le travail.

Conclusion générale

431. – De la diffusion des dispositifs à la « sécurisation » de l'entreprise... Le développement des dispositifs de participation financière contribue à la généralisation de l'association du capital et du travail au sein des entreprises qui ont leur siège social sur le territoire national. Les incitations fiscales et sociales consenties ainsi que la flexibilité que la législation en vigueur accorde aux entreprises pour la mise en place de ces dispositifs y contribuent. En contrepartie, les accords collectifs de participation financière doivent respecter certains principes. Des difficultés naissent de l'équilibre instable que l'entreprise doit trouver entre la souplesse qui lui est consentie pour la détermination du contenu des accords et la perte des exonérations fiscales et sociales sanctionnant le non-respect des principes posés. La délimitation du contour de ces derniers est laissée à la libre appréciation du juge et de l'administration du travail. Stricte à l'origine, cette appréciation a été assouplie par le législateur, de concert avec le juge, pour favoriser la diffusion des dispositifs de participation financière.

Cette diffusion se double d'une modernisation du rôle de l'État. Le législateur n'a pas cessé de modifier la nature et la fonction des contrôles exercés. Conçus comme générateurs de droits à l'origine, ils sont devenus de simples contrôles de forme insuffisants pour garantir la « sécurisation » juridique des entreprises. Cette évolution des attributions de l'administration dans la mise en place des dispositifs de participation financière a un corollaire : un risque fiscal et social plus important, épée de Damoclès susceptible de s'abattre sur l'entreprise. L'absence d'un véritable rescrit appliqué à la mise en œuvre des dispositifs de participation financière implique que les entreprises sont soumises au jeu de l'appréciation souveraine de l'URSSAF, premier arbitre de la conformité du dispositif négocié aux principes à respecter.

432. – Des dispositifs au carrefour de disciplines juridiques... Aux difficultés qui découlent des principes et des contrôles s'ajoutent des incertitudes quant aux lieux de la mise en place des dispositifs de participation financière. L'« entreprise » n'est ni objet ni sujet de droit et n'a pas vocation à le devenir⁽¹⁾ ; le mot excède la seule société commerciale. Son utilisation au fil des textes relatifs à la participation financière est source d'ambiguïté. Le recours au droit fiscal, au droit public, au droit de l'Union européenne et au droit international privé permet d'identifier avec précision les cadres de la mise en place. Le recours au droit civil contribue à l'identification de mesures protectrices des salariés, la seule sanction financière qui frappe l'employeur de mauvaise foi pouvant avoir une portée limitée. Le recours au droit commercial permet d'élaborer une classification des dispositifs d'association du capital et du travail. L'étroitesse des liens qu'il entretient avec le droit du travail en cette matière est mise en évidence et préoccupe désormais le législateur. Le droit de la sécurité sociale permet de trouver des vecteurs de « sécurisation » financière

(1) G. Perrier, *La participation des salariés à la gestion de l'entreprise*, thèse dactyl., Paris II, 2005, p. 527, n° 459.

des employeurs qui mettent en place un intéressement collectif ou un dispositif de participation aux résultats.

433. – La recherche d'une modernisation du régime... La mise en place des dispositifs de participation financière peut être assurée en utilisant certains vecteurs qui s'écartent du droit commun de la négociation collective. Outre la négociation avec les organisations syndicales représentatives, sont utilisables la négociation au sein du comité d'entreprise ainsi que la voie référendaire. Ces modalités particulières de mise en place ont pu semer le doute sur la nature juridique des accords d'intéressement et de participation. Avec la disparition du monopole syndical pour la négociation des conventions et accords collectifs de travail, leur nature d'accord collectif est de moins en moins discutée.

Il convient désormais d'adapter les dispositifs de participation financière à la réalité économique de l'entreprise. Avec le recours banalisé à la mise à disposition de salariés, la mobilité professionnelle occupe une place grandissante dans les relations de travail. Une nouvelle réflexion sur les règles d'identification des bénéficiaires doit être menée. Subordonner le bénéfice d'un dispositif de participation financière à la seule existence d'un contrat de travail n'est plus en adéquation avec la finalité recherchée : le partage des résultats entre l'entreprise et le personnel qui contribue à son enrichissement.

434. – Du mode de construction juridique à la dénaturation de la philosophie du dispositif... La philosophie de l'association du capital et du travail ne peut être négligée lorsque le cadre légal de la participation financière est forgé. Elle permet de mieux comprendre les particularités techniques et les impératifs substantiels assignés aux dispositifs d'intéressement et de participation. Le droit de la participation financière s'est construit en fonction des besoins des entreprises et des pratiques professionnelles. Le législateur a bâti des normes dont l'application se complexifie lorsqu'une situation inédite, non envisagée, surgit. Les lacunes de la loi doivent alors être comblées. Les interprétations de l'administration pallient l'impossibilité pour les dispositions légales d'embrasser la diversité du réel... mais parfois ouvrent aussi la voie à d'autres interventions législatives ou les rendent nécessaires. Le tout a contribué à donner aux normes gouvernant la participation financière l'allure d'un « code dans le code », posant des difficultés d'articulation avec les autres corps de règles.

Des textes accumulés, aujourd'hui, une nouvelle orientation jaillit : à l'association du capital et du travail de moyen terme est préférée la satisfaction immédiate du travail par le capital *via* des primes exceptionnelles ou des suppléments d'intéressement et de participation⁽²⁾. La multiplication des dispositifs de déblocage exceptionnel de la participation aux résultats, à des fins politiques, fait perdre de vue le besoin d'autofinancement que, fondamentalement, l'association du capital et du travail a vocation à satisfaire. À vouloir traiter le social comme une simple variable d'ajustement du capitalisme financier, il n'est pas certain que, sur le long

(2) La prime de partage des profits s'inscrit également dans cette nouvelle orientation.

terme, le capitalisme y gagne⁽³⁾. Aujourd'hui, « l'imaginaire politique s'est appauvri au point qu'il devient même superflu de penser la démocratie sociale et économique, c'est-à-dire d'autres rapports au travail, au salariat, à la production et à la consommation »⁽⁴⁾. Le bon fonctionnement de l'économie de marché requiert un climat démocratique apaisé qui suppose, en permanence, un nouveau compromis social⁽⁵⁾. Conjoncturelle, la philosophie nouvelle qui tend à gouverner la participation financière n'est pas la solution aux difficultés structurelles que le capitalisme financier rencontre dans ses rapports avec le salariat. Celle-ci passe par une nouvelle forme de répartition des richesses à moyen terme que l'instantanéité des effets de la participation financière aujourd'hui consacrée ne pourra pas satisfaire.

(3) R. Godino, *La participation des salariés à la gouvernance de l'entreprise ou la nouvelle forme de compromis social*, in *Le livre d'or, 40^e anniversaire de la participation*, Fondact, 2007, p. 51, spéc. p. 52.

(4) C. Guillaume, *Charles Gide, les coopératives et Fourier* : Cahiers Charles Fourier déc. 2006, n° 17, p. 3.

(5) R. Godino, *La participation des salariés à la gouvernance de l'entreprise ou la nouvelle forme de compromis social*, in *Le livre d'or, 40^e anniversaire de la participation*, préc.

Bibliographie

Ouvrages généraux

- A. AUTENNE, *Analyse économique du droit de l'actionnariat salarié – apports et limites des approches contractualiste, néo-institutionnaliste et comparatiste de la gouvernance d'entreprise*, Bruylant, 2005.
- A. BÉNABENT, *Droit civil : les obligations*, Montchrestien, 11^e éd. 2007.
- Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990.
- R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 14^e éd. 2000 ; *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^e éd. 2008.
- J.-P. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, LGDJ, 5^e éd. 2010.
- A. CORMIER LE GOFF et E. BÉNARD, *Restructurations et droit du travail*, éd. Liaisons, 2^e éd. 2006.
- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2011.
- M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 24^e éd. 2011.
- J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations – 1. L'acte juridique*, Sirey Université, 14^e éd. 2010.
- Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, LGDJ, 19^e éd. 2010.
- M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, t. 2, LGDJ, 20^e éd. 2011.
- J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005.
- G. J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, Montchrestien, 3^e éd. 2011.
- S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile, droit interne et communautaire*, Dalloz, 30^e éd. 2010.
- C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, *Traité théorique et pratique des sociétés*, t. II, 1935.
- J. LAFFERRIÈRE, *Manuel de droit constitutionnel*, Domat-Montchrestien, 2^e éd. 1947.
- C. LARROUMET, *Les obligations – Le contrat*, t. III, Economica, 6^e éd. 2007.
- M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 18^e éd. 2011.
- G. LYON-CAEN, *Traité de droit du travail – Les salaires*, Dalloz, 1973.
- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Obligations*, Cujas, 9^e éd. 1998-1999.
- P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 5^e éd. 2011.
- P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^e éd. 2011.
- P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, 10^e éd. 2010.
- P. MERLE, *Droit commercial – Sociétés commerciales*, Dalloz, 15^e éd. 2011.
- J. MESTRE et D. VELARDOCCHIO, *Lamy Sociétés commerciales*, Wolters Kluwer France SAS, 2011 ; *Lamy Sociétés commerciales*, Wolters Kluwer France SAS, 2012.
- P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, Litec, 4^e éd. 2009.
- J. PÉLISSIER, G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 26^e éd. 2011.
- G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^e éd. 1951.

- H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd. 1999.
- P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, Dalloz, 10^e éd. 2011.
- A. SUPIOT, *Critiques du droit du travail*, PUF, 2007.
- F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 10^e éd. 2009.
- B. TEYSSIE, *Droit du travail – Relations collectives*, Litec, 7^e éd. 2011 ; *Droit civil – Les personnes*, Litec, 13^e éd. 2011.
- D. VIDAL, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^e éd. 2010.
- J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 23^e éd. 2010.

Ouvrages spéciaux

Ouvrages

- D. ALIS, *Réduire et aménager le temps de travail : Pourquoi ? Comment ?* L'Harmattan, 2001.
- F. AUBONNET et L. GAMET, *Restructurer son entreprise*, Delmas, 1^{re} éd. 2006.
- C. BAPT, S. BÉAL et P. BERGE, ss dir. M. HALLOPEAU, *Épargne, Retraite, Prévoyance d'entreprise*, éd. L'Argus de l'assurance, 2^e éd. 2011.
- G. BÉLIER et H.-J. LEGRAND, *La négociation collective en entreprise*, éd. Liaisons, 2011.
- G. BORDIER, *Participation aux résultats : JCl. Travail Traité*, Fasc. 27-20.
- M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 9^e éd. 2009.
- A. DERUE et A. SAURET, *Intéressement, participation, actionnariat des salariés*, éd. Liaisons, 2000.
- P. DURAND, *Rapport sur la notion de l'entreprise*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. 3, 1947.
- G. KESZTENBAUM et S. BÉAL, *Négociation collective dans l'entreprise*, Delmas, 1^{re} éd. 2009.
- P. MAILLARD, *Intéressement, participation, actionnariat*, Delmas, 3^e éd. 2002.
- C. MASSOT-CAZAUX, *L'épargne salariale – Dispositifs et mise en œuvre*, Gereso Édition, 2^e éd. 2009.
- P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, Litec, 2^e éd. 2010.
- V. STULZ, *Transferts d'entreprises – les enjeux sociaux*, EFE, 2004.
- J.-C. TOURNIER, *Associer les salariés aux performances*, Éd. d'organisation, 2001.

Mélanges et colloques

- J. BRUNEL, *Sur la négociation d'accords collectifs par des représentants élus du personnel et des salariés mandatés*, in *Le nouveau droit de la négociation collective*, éd. Panthéon-Assas, coll. « Colloques », 2004.
- H. CAPITANT (Association), *Les sources administratives du droit des obligations*, in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, t. I, Lille, 1996.
- N. CATALA, *L'entreprise*, in *Droit du travail*, ss dir. G.-H. CAMERLYNCK, Dalloz, t. 4, 1980.
- L. DAUXERRE, *L'articulation du référendum avec les normes de droit du travail*, in *L'articulation des normes en droit du travail*, Economica, coll. « Études juridiques », 2011.
- J. LAROQUE, *Réflexions sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, in *Tendances du droit du travail français contemporain*, Études offertes à G.-H. Camerlyncnk, Dalloz, 1978.
- J.-M. OLIVIER, *Nouveaux acteurs : élus du personnel et salariés mandatés*, in *Le nouveau droit de la négociation collective*, éd. Panthéon-Assas, coll. « Colloques », 2004.

Y. PAGNERRE, *L'articulation des normes générales et des normes spéciales en droit du travail*, in *L'articulation des normes en droit du travail*, Economica, coll. « Études juridiques », 2011.

G. PIGNARRE, *Grandeur sans faiblesse de l'engagement unilatéral en droit du travail*, in *Mélanges en l'honneur du doyen Roger Decottignies*, PUG, 2003.

J.-E. RAY, *La négociation d'entreprise : quel avenir ?*, in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presse de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2002.

B. TEYSSIÉ, *Mise en cause des conventions et accords collectifs de travail*, in *Révision, dénonciation et mise en cause des conventions et accords collectifs de travail*, Litec, 1996.

Numéros spéciaux

CENTRE D'ÉTUDE DES REVENUS ET DES COÛTS, *La participation des salariés aux fruits de l'expansion, l'ordonnance du 17 août 1967 et les accords dérogatoires*, Documents du Centre d'étude des revenus et des coûts n° 10, 2^e trimestre 1971.

CERCLE DE DROIT SOCIAL DE L'ENTREPRISE (ss dir. J.-F. CÉSARO), *L'égalité en droit social*, LexisNexis, coll. « Actualité », 2011.

A. CORMIER LE GOFF, *Restructurations et épargne salariale*, Matinée d'actualité Liaisons, Documents n° 51/2006.

A. DERUE et D. JOURDAN, *Épargne salariale intéressement-participation : Liaisons soc.* 2009, numéro juridique.

S. GAILLARD, S. ROUSSEAU et J. CHAMBON, *L'épargne salariale : Semaine sociale Lamy* 2004, suppl., n° 1196.

F. LEFEBVRE, *Épargne salariale*, in *Dossiers pratiques Francis Lefebvre*, 2^e éd. 2004.

REVUE FIDUCIAIRE, *Épargne salariale – Actionnariat : Rev. fid.* 2007-3, hors-série, 2003.

REVUE PRATIQUE DU DROIT SOCIAL, *Épargne salariale : RPDS* 2007 ; *L'épargne salariale : RPDS* juill. 2002.

SEMAINE SOCIALE LAMY, *Intéressement et participation : Semaine sociale Lamy* 1990, n° 486 ; *Nouveau Code du travail : Semaine sociale Lamy* 2010, suppl., n° 1472.

Thèses

P. ADAM, *L'individualisation du droit du travail : essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. social », t. 39, 2005.

S. BECQUE-ICKOWICZ, *Le parallélisme des formes en droit privé*, éd. Panthéon-Assas, coll. « Thèses », 2004.

A. BUGADA, *L'avantage acquis en droit du travail*, thèse dactyl., Université Aix-Marseille, 1999.

R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 213, 1990.

E. COUTARD, *Production coopérative par les associations ouvrières*, thèse pour le Doctorat, Arthur Rousseau, Paris, 1900.

N. DAUXERRE, *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, PUAM, 2005.

C. FOURCADE, *L'autonomie collective des partenaires sociaux – Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. social », t. 43, 2006.

V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Le domaine de l'action résolutoire : recherches sur le contrat synallagmatique*, thèse dactyl., Pau, 1988.

P. MABILEAU, *L'évolution des modes de rémunération dans l'entreprise*, thèse dactyl., Université de Nantes, 2004.

M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 411, 2004.

J.-M. OLIVIER, *Les sources administratives du droit privé*, thèse dactyl., Paris II, 1981.

H. OUAISSI, *Les incidences des restructurations d'entreprise sur la situation collective des salariés*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 462, 2006.

Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, thèse dactyl., Paris II, 2008.

T. PASSERONE, *L'individualisation des rémunérations*, thèse dactyl., Paris II, 2010.

A.-L. PASTRÉ-BOYER, *L'acte juridique collectif en droit privé français*, PUAM, 2006.

M. PATIN, *Transfert d'entreprise en droit communautaire et droit comparé*, thèse dactyl., Paris II, 2009.

G. PERRIER, *La participation des salariés à la gestion de l'entreprise*, thèse dactyl., Paris II, 2005.

F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 291, 2000.

D. RIGAUD, *Le contrôle et le contentieux en matière de cotisations sociales*, thèse dactyl., Montpellier I, 2003.

G. SAINCAIZE, *Les mises à disposition de salariés*, PUAM, 2009.

S. YANNAKOUROU, *L'État, l'autonomie collective et le travailleur*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 247, 1995.

Monographies

D. CLERC, *Charles Fourier : l'utopie du phalanstère : Alternatives économiques* 2001, n° 189.

J.-M. CONTENT, *L'internationalisation*, in *Le livre d'or, 40^e anniversaire de la participation*, Fondact, 2007, p. 81.

I. DEBRÉ, *Contribution*, in *Le livre d'or, 40^e anniversaire de la participation*, Fondact, 2007, p. 86.

H. DESROCHES, *De Charles Fourier à Émile Zola, aspects de l'utopisme phalanstérien* : www.pagesperso-orange.fr/Claude.Ravelet/phalanstere.pdf.

C. ESTAY, *La participation financière au XIX^e siècle : aux origines de système de rémunération contemporain*, in *Le livre d'or, 40^e anniversaire de la participation*, Fondact, 2007, p. 32.

H. FORD, *My life and work*, p. 184, 1925 : www.books.google.fr.

C. FOURIER, *Traité de l'association domestique-agricole*, t. 1, Bossange père et P. Mongié aîné, Paris, 1822 ; *Théorie de l'unité universelle*, vol. 4, in *Œuvres complètes, Société pour la propagation et pour la réalisation de la théorie de Fourier*, 2^e éd. 1861, t. 5 ; *L'harmonie universelle et le phalanstère*, t. 1, Librairie phalanstérienne, Paris, 1869.

C. GIDE, *Les sociétés coopératives de consommation*, Librairie Armand Colin, 1904.

J.-B. A. GODIN, *Solutions sociales*, A. Le Chevalier et Guillaumin et C^{ie}, Paris, 1871.

R. GODINO, *La participation des salariés à la gouvernance de l'entreprise ou la nouvelle forme de compromis social*, in *Le livre d'or, 40^e anniversaire de la participation*, Fondact, 2007, p. 51.

C. GUILLAUME, *Charles Gide, les coopératives et Fourier* : *Cahiers Charles Fourier* déc. 2006, n° 17.

M. LALLEMENT, *Le travail de l'utopie, Godin et le familistère de Guise*, Les Belles Lettres, Paris, 2009.

M. LANDRÉ, *Entreprise : des salariés mieux associés aux bénéficiaires* : www.lefigaro.fr, 6 févr. 2009.

P. LENANCKER, *Les Scop, premières PME participatives de France*, in *Le livre d'or, 40^e anniversaire de la participation*, Fondact, 2007, p. 46.

P. MAILLARD, *Les convictions qui fondent la doctrine de Fondact*, in *Le livre d'or, 40^e anniversaire de la participation*, Fondact, 2007, p. 37.

K. MARX, *Le Capital*, Maurice Lachâtre et C^{ie}, Paris, 1872.

C. ROBERT, *Le contrat de participation aux bénéfiques, son caractère et ses résultats*, Imprimerie du commerce, Havre, 1890.

A. TROMBERT, *Guide pratique pour l'application de la participation aux bénéfiques*, Librairie Chaix, Librairie Guillaumin, Paris, 1892.

ZOROASTRE (ou ZARATHOUSTRA), *Avesta, le livre sacré des anciens Perses*, éd. Sand, Sagesse et spiritualité, 1996.

Articles

C. AHUMADA, *Intéressement et groupement d'intérêt économique* : RPDS nov. 2005, n° 727, p. 365.

J.-B. ALLANIC, *Dossier spécial : Prime de partage des profits : Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1505, co-rédigé avec G. BRIENS.

O. ANSELME-MARTIN, *Étude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi* : LPA 1997, n° 10, p. 17.

P.-H. ANTONMATTEI, *La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations* : Dr. soc. 2004, p. 601 ; *La réécriture des champs d'application du Code du travail : Semaine sociale Lamy* 2010, suppl., n° 1472, p. 60, co-rédigé avec M. MORAND.

A. ARSEGUEL, *La nature juridique et la portée du dépôt des accords d'intéressement* : Dr. soc. 1991, p. 126, co-rédigé avec P. ISOUX.

T. AUBERT-MONPEYSSSEN, *Principe « à travail égal, salaire égal » et politiques de gestion des rémunérations* : Dr. soc. 2005, p. 18.

Y. AUBRÉE, *L'accord « substitué » au statut collectif mis en cause après transfert total ou partiel d'entreprise* : RJS 4/1999, p. 275 ; *Le concept légal d'« avantage individuel acquis »* : RJS 11/2000, p. 699.

G. AUZERO, *Les dispositions à caractère « social » de la loi relative au soutien à la consommation et à l'investissement* : Lexbase hebdo 2 sept. 2004, n° 132 ; *La vie des conventions et accords collectifs de groupe* : RDT 2006.

J. BARTHÉLÉMY, *La négociation collective d'entreprise, consensualisme ou formalisme ?* : Dr. soc. 1988, p. 401 ; *Le référendum en droit social* : Dr. soc. 1993, p. 89 ; *Au sujet de la prime* : Cah. DRH juill. 2011, n° 178, p. 12.

S. BÉAL, *Bonus « Villepin » : comment éviter les risques de malus ?* : Cah. DRH 2006, n° 121, co-rédigé avec A. DUPAYS et G. KESZTENBAUM.

J. BÉGUIN, *Le rattachement de la société européenne, in La société européenne – Organisation juridique et fiscale, intérêts, perspectives*, ss dir. K. J. HOPT, M. MENJUCQ et E. WYMEERSCH, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 31.

G. BÉLIER, *Restructurations et statut collectif : aspects pratiques* : Dr. soc. 1989, p. 71.

S. BENHAMOU, *Le partage collectif des bénéfiques : un outil efficace pour la productivité et le pouvoir d'achat ?*, Centre d'analyse stratégique, févr. 2009, La note de veille n° 124, p. 3.

C. BIGARD, *Un accord d'intéressement peut-il être la contrepartie licite d'un accord de réduction du temps de travail ?* : TPS juill. 1998, chron. 14, p. 6, co-rédigé avec A. DERUE.

G. BORDIER, *Les apports de la loi du 30 décembre 2006 relative au développement de la participation et de l'actionnariat salarié* : JCP S 2007, 1216 ; *Le PERCO, un complément d'avenir au régime de retraite par répartition* : CDE sept.-oct. 2010, n° 5, dossier 27, co-rédigé avec J.-S. LIPSKI ; *Restructurations juridiques et Épargne salariale – Mesurer et anticiper les conséquences de ces opérations* : CDE sept.-oct. 2010, n° 5, dossier 26, co-rédigé avec T. SALOMÉ.

- G. BORENFREUND, *La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux* : Dr. soc. 2004, p. 606 ; *La représentation des salariés et l'idée de représentation* : Dr. soc. 1991, p. 685.
- D. BOULMIER, *Parer à la requalification d'un accord d'intéressement, c'est le réussir* : *Semaine sociale Lamy* 1996, n° 780, p. 3 ; *L'expression majoritaire des salariés de l'entreprise lie-t-elle la minorité ? les consultations réglementées* : première partie : *Semaine sociale Lamy* 1998, n° 872, p. 6 ; *Accord d'intéressement et requalification des primes* : *Semaine sociale Lamy* 1998, suppl., n° 887, p. 27.
- G. BRIENS, *Le référendum : une forme d'accord collectif méconnu* : *Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1133, p. 8 ; *Les suppléments d'intéressement et de participation* : *Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1311, p. 7 ; *Dossier spécial : Prime de partage des profits* : *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1505, co-rédigé avec J.-B. ALLANIC.
- C. CATHIARD, *La société européenne en droit français. Première partie : Les modalités de constitution d'une SE en vue de son immatriculation en France* : Dr. sociétés déc. 2005, n° 12, étude 15.
- A. CERATI-GAUTHIER, *Épargne salariale : nouvelles mesures* : *Cahiers Lamy du CE* 2005, n° 42.
- J.-F. CESARO, *La notion de transfert d'entreprise* : Dr. soc. 2005, p. 718.
- J.-P. CHAUCHARD, *Négociation collective et restructuration d'entreprise* : Dr. soc. 1995, p. 373 ; *Le rescrit social, procédure d'interrogation de l'URSSAF* : Dr. soc. 1995, p. 642.
- J.-M. CHONNIER, *Accords d'intéressement : la suppression précède la substitution !* : *Semaine sociale Lamy* 1997, n° 849, p. 4.
- J. CHORIN, *Le nouveau Code du travail et les personnes publiques employant des personnels de droit privé* : JCP S 2010, 1463.
- M. COIPEL, *La pluralité des rattachements aux normes applicables à la société européenne*, in *La société européenne*, Bruylant, 2005, Centre d'étude Jean Renauld, p. 19.
- V. COLBEAUX, *L'intéressement est une rémunération collective et aléatoire* : JSL 1999.
- A. CORMIER LE GOFF, *Les apports de la loi du 30 décembre 2006 en matière de participation et d'actionnariat salarié* : Dr. soc. 2007, p. 152, co-rédigé avec A. LEMERCIER.
- P. COURSIER, *De l'interprétation administrative en matière de contrôle URSSAF* : JSL 2005, chron. 180-1.
- J. D'ALEMAN, *Le droit à participation des salariés dans les entreprises publiques* : JCP S 2005, 1330.
- J. DANIEL, *Un accord d'intéressement de groupe n'implique-t-il pas la reconnaissance d'une UES ?* : JCP S 2010, 1514.
- S. DARMAISIN, *L'épargne salariale après la loi du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie* : JCP S 2005, 1120.
- N. DAUXERRE, *Unité économique et sociale et négociation collective* : JCP S 2006, 1775, co-rédigé avec G. LAFERRIÈRE.
- C. DE GAULLE, Discours prononcé à Strasbourg, 7 avr. 1947 : www.charles-de-gaulle.org.
- M. DEL SOL, *La délégation unique du personnel : portée d'une réforme* : Dr. soc. 1995, p. 153.
- J. DE MAILLARD, *La mise à disposition de personnel* : Dr. soc. 1981, p. 320, co-rédigé avec A. LYON-CAEN.
- J. DÉPREZ, *Cession d'entreprise et compétition entre conventions collectives applicables aux salariés transférés* : RJS 7/1992, p. 451.
- A. DERUE, *Intéressement et substitution dans la loi relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise* : RDT août-sept. 1994, chron. 19, p. 4 ; *L'intéressement : un mode de rémunération collective* : TPS janv. 1998, chron. 2, p. 6 ; *Un accord d'intéressement peut-il être la contrepartie licite d'un accord de réduction du temps de travail ?* : TPS juill. 1998, chron. 14, p. 6, co-rédigé avec C. BIGARD.
- M. DESPAX, *Les accords de participation* : Dr. soc. 1968, p. 379 ; *La dénonciation des conventions collectives de travail après la loi du 13 novembre 1982* : Dr. soc. 1984, p. 531 ; *Dénonciation d'une convention collective et sort des avantages acquis en matière de rémunération* : Dr. soc. 1990, p. 156.

- E. DOCKÈS, *L'avantage individuel acquis* : Dr. soc. 1993, p. 826 ; *L'engagement unilatéral de l'employeur* : Dr. soc. 1994, p. 227.
- G. DUCHER, *L'intéressement des salariés aux bénéfices des entreprises trois ans après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 17 août 1967* : Dr. soc. 1972, p. 153.
- A. DUPAYS, Bonus « Villepin » : comment éviter les risques de malus ? : Cah. DRH 2006, n° 121, co-rédigé avec G. KESZTENBAUM et S. BÉAL.
- P. DURAND, *L'association capital-travail* : Dr. soc. 1951, p. 604 ; *L'ordonnance du 7 janvier 1959, tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise* : Dr. soc. 1959, p. 78.
- D. FABRE, *L'aléa dans la participation* : TPS 1999, chron. 2, p. 6.
- V. FABREGA, *L'aléa dans l'intéressement* : Dr. trav. 1995, chron. 20, p. 4.
- P. FADEUILHE, *Les groupements d'employeurs : difficultés juridiques* : BS Lefebvre 3/2002, p. 149 ; *Groupements d'employeurs et dispositifs d'épargne salariale, les apports de l'article 7 de la loi du 3 décembre 2008* : JCP S 2009, 1062.
- F. FAVENNEC-HERY, *Épargne salariale, principes de transparence et de non-discrimination* : RJS 1/2002, p. 2 ; *La consultation des représentants du personnel sur le transfert d'entreprise* : Dr. soc. 2005, p. 729 ; *La négociation dérogatoire en marche ?* : Semaine sociale Lamy 2010, n° 1433, p. 5.
- C. FREYRIA, *Les accords d'entreprises atypiques* : Dr. soc. 1988, p. 43.
- J.-J. GATINEAU, *De la sécurité juridique en droit de la Sécurité sociale* : Dr. soc. 2009, p. 332.
- J. GRIMALDI D'ESDRA, *Nature et régime juridiques du référendum en droit social* : Dr. soc. 1994, p. 397.
- F. GRUA, *Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs* : RTD civ. 1983, p. 263.
- A. GUILLEMOT, *Intéressement, une décision importante* : Semaine sociale Lamy 1993, n° 634, p. 3.
- S. HAMIDA, *Prime de partage des profits* : Cah. DRH juill. 2011, n° 178, p. 3, co-rédigé avec S. NIEL.
- R. HUBER, *Les risques engendrés par le versement d'une avance sur intéressement* : JCP S 2006, 1859.
- P. ISOUX, *La nature juridique et la portée du dépôt des accords d'intéressement* : Dr. soc. 1991, p. 126, co-rédigé avec A. ARSEGUEL.
- A. JEAMMAUD, *Du principe d'égalité de traitement des salariés* : Dr. soc. 2004, p. 694.
- E. JEANSEN, *La négociation dérogatoire* : JCP S 2009, 1572, co-rédigé avec Y. PAGNERRE.
- M. JEANTIN, *Intérêt du groupe et intérêt de l'entreprise* : Dr. ouvrier 1994, p. 14.
- G. JOLIVET, *Le sort des régimes d'épargne salariale lors de transferts d'entreprise* : JCP S 2007, 1466, co-rédigé avec H. OUAISSI.
- D. JOURDAN, *Loi du 8 février 2008 pour le pouvoir d'achat : mesures applicables dans l'entreprise* : JCP E 2008, act. 93.
- G. KESZTENBAUM, Bonus « Villepin » : comment éviter les risques de malus ? : Cah. DRH 2006, n° 121, co-rédigé avec A. DUPAYS et S. BÉAL.
- G. LAFERRIÈRE, *Unité économique et sociale et négociation collective* : JCP S 2006, 1775, co-rédigé avec N. DAUXERRE.
- A.-F. LANGLUME, *Intéressement : la substitution prohibée* : Semaine sociale Lamy 1994, n° 684, p. 3.
- H. LANOUZIÈRE, *Recodification du Code du travail et intéressement : pourquoi le droit constant a bien été respecté* : JCP S 2010, 1165.
- A. LEMERCIER, *Les apports de la loi du 30 décembre 2006 en matière de participation et d'actionnariat salarié* : Dr. soc. 2007, p. 152, co-rédigé avec A. CORMIER LE GOFF.

- J.-S. LIPSKI, *L'intéressement des salariés aux résultats ou aux performances de l'entreprise : l'impact de la recodification* : JCP S 2009, 1279, co-rédigé avec A. SAURET ; *Modalités de reconnaissance d'une unité économique et sociale* : JCP S 2009, 1475 ; *Du constat au débat : l'impact de la recodification sur l'intéressement* : JCP S 2010, 1166, co-rédigé avec A. SAURET ; *Le PERCO, un complément d'avenir au régime de retraite par répartition* : CDE sept.-oct. 2010, n° 5, dossier, 27, co-rédigé avec G. BORDIER ; *La branche comme vecteur de généralisation des dispositifs d'association du capital et du travail* : CDE sept.-oct. 2010, n° 5, dossier 29 ; *La Cour de cassation, garante de la dualité des dispositifs de participation financière ?* : Gaz. Pal. 2011, n°s 63 à 64, p. 21 ; *La prime de partage des profits : une chimère juridique* : JCP E 2011, 1676 ; *Les apports des décrets « PERCO » du 7 novembre 2011* : Gaz. Pal. 2011, n°s 350 à 351, p. 11.
- M. LOICHOT, *Critique synoptique du rapport Mathey* : Dr. soc. 1967, p. 422.
- P. LYON-CAEN, *Les accords d'intéressement et la Sécurité sociale* : Dr. soc. 1996, p. 953.
- A. LYON-CAEN et J. DE MAILLARD, *La mise à disposition de personnel* : Dr. soc. 1981, p. 320, co-rédigé avec J. DE MAILLARD.
- L. MANDEVILLE, *Le contrôle juridictionnel des décisions accordant déductions de l'assiette des cotisations de sécurité sociale des participations attribuées aux salariés dans le cadre de la législation sur l'intéressement* : Dr. soc. 1970, p. 198.
- M. MATHEY, *Synthèse des travaux et avis de la Commission* : Dr. soc. 1967, p. 157.
- A. MAZEAUD, *La négociation collective en cas de restructuration consécutive à un transfert* : Dr. soc. 2004, p. 290 ; *Accords collectifs et restructuration* : Dr. soc. 2008, p. 66.
- J. MESTRE, *Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé* : Rev. Lamy dr. civ. 2009, n° 58, p. 9.
- N. MINGANT, *La loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié* : Lexbase hebdo 25 janv. 2007, n° 245.
- M. MORAND, *La réécriture des champs d'application du Code du travail : Semaine sociale Lamy 2010*, suppl., n° 1472, p. 60, co-rédigé avec P.-H. ANTONMATTEI.
- M.-L. MORIN, *Des titulaires du droit à la négociation collective* : Dr. soc. 1988, p. 24.
- P. MORVAN, *Le Code du travail a-t-il été effectué à droit constant ?* : Semaine sociale Lamy 2010, suppl., n° 1472, p. 34.
- S. NIEL, *Prime de partage des profits* : Cah. DRH juill. 2011, n° 178, p. 3, co-rédigé avec S. HAMIDA.
- J.-M. OLIVIER, *L'impact des transferts sur les normes collectives en vigueur dans l'entreprise* : Dr. soc. 2005, p. 743.
- H. OUAISSI, *Le sort des régimes d'épargne salariale lors de transferts d'entreprise* : JCP S 2007, 1466, co-rédigé avec G. JOLIVET.
- Y. PAGNERRE, *Le représentant de la section syndicale* : JCP S 2009, 1156 ; *La négociation dérogatoire* : JCP S 2009, 1572, co-rédigé avec E. JEANSEN.
- J. PAILLUSSEAU, *Un « nouveau » Code de commerce en cette fin de siècle, est-ce une bonne idée ?*, in *Études offertes à Jacques Barthélémy*, p. 99, Laboratoire de droit social, Paris II.
- F. PAVARD, *L'amendement Vallon* : Dr. soc. 1966, p. 129.
- J. PÉLISSIER, *Conventions collectives applicables après une restructuration* : RJS 1/1991, p. 3.
- F. PETIT, *L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise* : Dr. soc. 2000, p. 603 ; *Les principes généraux du droit électoral dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation* : D. 2005, chron. p. 1815.
- G. PICCA, *Entreprise et unité économique et sociale*, in *Études offertes à Jacques Barthélémy*, p. 9, Laboratoire de droit social, Paris II.
- P. POCHET, *La jurisprudence relative à la « mise en cause » de la convention ou de l'accord collectif de travail* : JCP E 1995, études et chron. 442.

- J.-M. PONTIER, *L'intérêt général existe-t-il encore ?* : D. 1998, chron. p. 327.
- O. POUÉY, *Groupements d'employeurs : les difficultés des relations triangulaires* : JCP S 2007, 1807 ; *Groupements d'employeurs : outil contre la précarité* : JCP S 2010, 1054.
- X. PRÉTOT, *La sécurité juridique et les décisions de l'Administration du travail* : Dr. soc. 2006, p. 753.
- J.-E. RAY, *Restructurations et statut collectif* : Dr. soc. 1989, p. 56.
- M.-R. RENARD, *La notion d'aléa dans les accords d'intéressement* : TPS déc. 1997, p. 4 ; JCP G 1997, II, 22920, p. 434.
- A. ROUAST, *Les avantages complémentaires du salaire* : Dr. soc. 1948, p. 370.
- T. SALOMÉ, *Restructurations juridiques et Épargne salariale – Mesurer et anticiper les conséquences de ces opérations* : CDE sept.-oct. 2010, n° 5, dossier 26, co-rédigé avec G. BORDIER.
- F. SARAMITO, *À la recherche d'une majorité dans la négociation collective* : Dr. ouvrier 2000, p. 428.
- A. SAURET, *L'intéressement (Ord. 21 oct. 1986, art. 1 à 6)* : JCP E 1987, I, 16496 ; *La loi n° 94-640 du 25 juillet 1994 relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise* : JCP E 1994, études et chron. 383, p. 397 ; *L'épargne salariale* : JCP E 2001, comm., p. 552 ; *Le développement de la participation et de l'actionnariat salarié : quelques réflexions sur un projet porteur* : LPA 20 juin 2006, n° 122, p. 5 ; *Les dividendes du travail* : LPA 8 févr. 2007, n° 29, p. 4 ; *Aperçu rapide de la loi du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié* : Gaz. Pal. 18 au 20 mars 2007, p. 10 ; *L'intéressement des salariés aux résultats ou aux performances de l'entreprise : l'impact de la recodification* : JCP S 2009, 1279, co-rédigé avec J.-S. LIPSKI ; *Du constat au débat : l'impact de la recodification sur l'intéressement* : JCP S 2010, 1166, co-rédigé avec J.-S. LIPSKI ; *Participation, actionnariat salarié, épargne salariale, Décideurs : Stratégie Finance Droit 2007, n° 85, p. 68 ; Prime sur la valeur ajoutée : un nouveau projet de loi* : Gaz. Pal. 2011, n°s 168 à 169, p. 11.
- J. SAVATIER, *Accords d'entreprise atypiques* : Dr. soc. 1985, p. 188 ; *Les accords collectifs d'intéressement et de participation* : Dr. soc. 1988, p. 89 ; *La détermination des bénéficiaires de la participation des salariés aux résultats de l'entreprise* : Dr. soc. 1989, p. 381 ; *L'interdiction de substituer un intéressement à un élément du salaire* : Dr. soc. 1991, p. 756 ; *Cession d'entreprise et statut collectif* : Dr. soc. 1993, p. 156 ; *Treizième mois de salaire et primes analogues* : Dr. soc. 1993, p. 641 ; *L'accord de substitution à un accord collectif ayant fait l'objet d'une dénonciation* : Dr. soc. 1995, p. 178 ; *Intéressement et participation des travailleurs à l'entreprise* : Rép. trav. Dalloz, 1995.
- A. SERRANO, *Philosophie et application de la réforme de l'épargne salariale et des dividendes du travail : le point de vue de Maître Alain Sauret* : Lexbase hebdo 19 avr. 2007, n° 256.
- M.-A. SOURIAU-ROTSCHILD, *Regards sur le référendum* : Liaisons soc. déc. 1993, n° 84.
- G. SPYROPOULOS, *Le droit du travail à la recherche de nouveaux objectifs* : Dr. soc. 2002, p. 391.
- A. SUPIOT, *Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise* : RTD com. 1985 ; *La réglementation patronale de l'entreprise* : Dr. soc. 1992, p. 215.
- F. TAQUET, *Substitution des primes en intéressement : les équivoques de l'ordonnance du 21 octobre 1986* : Bull. trav. mars 1990, chron. p. 1 ; *À quoi sert le prescrit en matière de sécurité sociale ?* : Gaz. Pal. juill.-août 2000, p. 1310.
- B. TEYSSIE, *Négociation d'accords collectifs par des représentants du personnel ou des salariés mandatés* : D. 2004, p. 2383 ; *Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe* : Dr. soc. 2005, p. 643 ; *Sur les transferts d'entreprise en droit social* : Dr. soc. 2005, p. 715.
- J.-J. TOUATI, *La loi n° 94-640 du 25 juillet 1994 relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise* : RDT nov. 1994, chron. 23, p. 1 ; *Intéressement et participation : apports de la réforme* : TPS août-sept. 2001, chron. 20, p. 7.
- I. VACARIE, *Groupes de sociétés et relations individuelles de travail* : Dr. soc. 1975, p. 23.
- G. VACHET, *Les accords atypiques* : Dr. soc. 1990, p. 620.

R. VATINET, *La négociation au sein du comité d'entreprise* : *Dr. soc.* 1982, p. 675 ; *Développement de la participation des salariés* (L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006, Titre I) : *JCP S* 2007, 1001 ; *Les droits d'information du comité d'entreprise remaniés* (L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006, art. 27 à 31) : *JCP S* 2007, 1072 ; *La loi en faveur des revenus du travail – Loi n° 2008-1258 du 3 décembre 2008* : *JCP S* 2008, 1644 ; *Une étrange prime de partage des profits* : *JCP S* 2011, 1385.

E. WAGNER, *Les conséquences de la mise en cause de l'application d'une convention collective sur les droits des salariés* : *JCP E* 1991, études et chron. 81, p. 410.

Articles de presse

Commentaire de la loi du 26 avril 1917 sur les sociétés anonymes à participation ouvrière : *La gazette des sociétés et du droit financier* juin-juill. 1917, législ. p. 95.

La réforme de la participation est bouclée : *Semaine sociale Lamy* 2006, n° 1288, p. 2.

L'épargne salariale au service de la consommation : *Semaine sociale Lamy* 2004, n° 1180, p. 2.

Les mesures exceptionnelles d'intéressement et de participation : *Semaine sociale Lamy* 2005, n° 1232, p. 4.

Rescrit social : demander à l'URSSAF de s'engager : *RF social* nov. 2005, n° 47.

Vers plus de sécurité juridique pour les cotisants : *Semaine sociale Lamy* 2005, n° 1219.

Textes législatifs et réglementaires

1901

Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association (*JO* 2 juill., p. 4025).

1917

Loi du 26 avril 1917 sur les sociétés anonymes à participation ouvrière (*JO* 28 avr., p. 3386).

1946

Décret n° 46-1378 du 8 juin 1946 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance du 6 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale (*JO* 9 juin, p. 5106).

1950

Loi n° 50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail (*JO* 12 févr., p. 1688).

1959

Ordonnance n° 59-126 du 7 janvier 1959 tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise (*JO* 9 janv., p. 641).

1966

Décret n° 66-227 du 18 avril 1966 portant création d'un Centre d'Étude des Revenus et des Coûts (*JO* 19 avr., p. 3123).

1967

Ordonnance n° 67-693 du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises (*JO* 18 août, p. 8288).

1968

Loi n° 68-1172 du 27 décembre 1968 de finances pour 1969 (*JO* 29 déc., p. 12339).

1978

Loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 portant statut des sociétés coopératives ouvrières de production (JO 20 juill., p. 2878).

1982

Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel (JO 29 oct., p. 3255).

1986

Ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés (JO 23 oct., p. 12771).

1987

Décret n° 87-948 du 27 novembre 1987 déterminant les établissements publics et entreprises publiques et sociétés nationales soumises aux dispositions concernant la participation de l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés, ainsi que les conditions dans lesquelles les dispositions de cette ordonnance leur sont applicables (JO 27 nov., p. 13833).

1990

Loi n° 90-1002 du 7 novembre 1990 modifiant l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés (JO 11 nov., p. 13846).

1992

Recommandation du Conseil n° 92/443/CEE du 27 juillet 1992, concernant la promotion de la participation des travailleurs salariés aux bénéfices et aux résultats de l'entreprise (y compris la participation au capital) (JO n° L 245, 26 juill. 1992, p. 53).

1994

Loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle (JO 13 févr., p. 2493).

Loi n° 94-640 du 25 juillet 1994 relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise (JO 27 juill., p. 10832).

Loi n° 94-678 du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92-49 et n° 92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes (JO 10 août, p. 11655).

1996

Loi n° 96-314 du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier (JO 13 avr., p. 5707).

Loi organique n° 96-646 du 22 juillet 1996 relative aux lois de financement de la sécurité sociale (JO 23 juill., p. 11103).

Loi n° 96-985 du 12 novembre 1996 relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective (JO 13 nov., p. 16527).

1998

Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (JO 14 juin, p. 9029).

2000

Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (JO 20 janv., p. 975).

2001

Loi n° 2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale (*JO* 20 févr. 2001, p. 2774).

Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE) : *JOCE* n° L. 294/1, 10 oct.

2003

Loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004 (*JO* 19 déc., p. 21641).

2004

Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (*JO* 5 mai, p. 7983).

Exposé des motifs du projet de loi pour le soutien à la consommation et à l'investissement, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale, 16 juin 2004.

Loi n° 2004-804 du 9 août 2004 relative au soutien à la consommation et à l'investissement (*JO* 11 août, p. 14269).

Loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 de finances pour 2005 (*JO* 31 déc., p. 22459).

Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit (*JO* 10 déc., p. 20857).

2005

Décret n° 2005-64 du 28 janvier 2005 relatif à la consultation des salariés instaurée par les articles L. 132-2-2 et L. 132-26 du Code du travail (*JO* 30 janv., p. 1608).

Loi n° 2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux (*JO* 24 févr., p. 3073).

Ordonnance n° 2005-651 du 6 juin 2005 relative à la garantie des droits des cotisants dans leurs relations avec les organismes de recouvrement des cotisations et contributions sociales (*JO* 7 juin, p. 10027).

Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie (*JO* 27 juill., p. 12183).

Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique (*JO* 27 juill., p. 12183).

Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises (*JO* 3 août 2005, p. 12639).

Loi n° 2005-1579 du 19 décembre 2005 de financement de la sécurité sociale pour 2006 (*JO* 20 déc., p. 19531).

Décret n° 2005-1650 du 27 décembre 2005 modifiant le décret n° 87-948 du 26 novembre 1987 déterminant les entreprises publiques et sociétés nationales soumises aux dispositions du Code du travail concernant la participation des salariés aux résultats de l'entreprise (*JO* 28 déc., p. 20091).

2006

Loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et sociale (*JO* 31 déc., p. 20210).

2007

Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail (partie législative) (*JO* 13 mars, p. 37291).

Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne (*JOUE* n° 2007/C 306/1).

2008

Loi n° 2008-111 du 8 février 2008 pour le pouvoir d'achat (*JO* 9 févr., p. 2451).

Exposé des motifs du projet de loi en faveur des revenus du travail, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale, 5 août 2008.

Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile (*JO* 18 juin, p. 9856).

Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (*JO* 21 août, p. 13064).

Loi n° 2008-1258 du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail (*JO* 4 déc., p. 18488).

Loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009, (*JO* 18 déc., p. 19291).

2009

Décret n° 2009-350 du 30 mars 2009 portant diverses mesures en faveur des revenus du travail (*JO* 31 mars, p. 5625).

Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (*JO* 13 mai, p. 7920).

Loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer (*JO* 28 mai, p. 8816).

Décret n° 2009-1377 du 10 novembre 2009 relatif à l'organisation et aux missions des directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (*JO* 13 nov.).

Loi n° 2009-1646 du 24 décembre 2009 de financement de la sécurité sociale pour 2010, (*JO* 27 déc., p. 22392).

2010

Décret n° 2010-687 du 24 juin 2010 relatif à l'organisation et aux missions des services de l'État dans la région et les départements d'Île-de-France (*JO* 25 juin).

Loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites (*JO* 10 nov., p. 20034).

Loi n° 2010-1594 du 21 décembre 2010 de financement de la sécurité sociale pour 2011, (*JO* 22 déc., p. 22409).

2011

Décret n° 2011-184 du 15 février 2011 relatif aux comités techniques dans les administrations et les établissements publics de l'État (*JO* 17 févr., p. 2963).

Loi n° 2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2011 (*JO* 29 juill., p. 12922).

Décret n° 2011-1449 du 7 novembre 2011 portant sur l'alimentation et la gestion du plan d'épargne pour la retraite collectif et l'information des bénéficiaires (*JO* 8 nov., p. 18750).

Loi n° 2011-1906 du 21 décembre 2011 de financement de la sécurité sociale pour 2012, (*JO* 22 déc., p. 21682).

2012

Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives (*JO* 23 mars, p. 5226).

Loi n° 2012-958 du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012 (*JO* 17 août, p. 13479).

Rapports et avis

Rapports

G. CARREZ, Rapport fait au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi pour le soutien à la consommation et à l'investissement, n° 1682, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 22 juin 2004 ; Rapport sur la mise en application de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 transmis par le Gouvernement au Parlement le 16 avril 2009.

COMMISSION EUROPÉENNE, Rapport PEPPER, 1991, www.eurofound.europa.eu ; *Application de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs*, Quatrième rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social sur Commission européenne, 1996 ; Rapport PEPPER II, 1996, www.eurofound.europa.eu ; Communication sur le cadre pour la promotion de la participation financière des salariés, 5 juill. 2002, Doc. COM (2002), 364 final, www.eur-lex.europa.eu ; Rapport PEPPER III, 2006, www.eurofound.europa.eu.

COMMISSION POUR LA LIBÉRATION DE LA CROISSANCE FRANÇAISE, Rapport, La Documentation française, XO Éditions, 2008.

CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA COOPÉRATION, *Le mouvement coopératif en France*, Rapport annuel, 2001 ; *Le mouvement coopératif en France*, Rapport annuel, 2007.

CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PARTICIPATION, *La participation financière*, Rapport annuel 2004-2005, La Documentation française, 2005.

F. CORNUT-GENTILLE et J. GODFRAIN, *Une ambition : la participation pour tous*, Rapport au Premier ministre, 29 sept. 2005.

J.-P. COTIS, *Partage de la valeur ajoutée, partage des profits et écarts de rémunérations en France*, Rapport au Président de la République, INSEE, 13 mai 2009, www.insee.fr.

DARES, *La participation, l'intéressement et l'épargne salariale en 2007 : une hausse de 15 % des montants distribués*, Premières synthèses informations, juill. 2009, n° 31.2 ; *Les pratiques de rémunération des entreprises en 2007 : des formules hybrides tant pour les cadres que pour les non-cadres*, Premières synthèses informations, févr. 2010, n° 008 ; *La participation, l'intéressement et l'épargne salariale en 2009 : un recul des montants distribués*, août 2011, n° 63.

I. DEBRÉ, Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié, n° 46, Annexe au procès-verbal de la séance du 25 octobre 2006 ; Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, en faveur des revenus du travail, n° 43, séance 22 oct. 2008.

C. DELONCLE, Rapport fait au nom de la Commission chargée d'examiner la proposition de loi de M. Henry Chéron et plusieurs de ses collègues relative aux sociétés par actions à participation ouvrière : *La gazette des sociétés et du droit financier* juin-juill. 1917, législ. p. 104.

J.-M. DUBERNARD, Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et la lettre rectificative, n° 3339, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale, 26 sept. 2006.

EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Financial participation of employees in the European Union : Much ado about nothing ?*, 2007, www.eurofound.europa.eu.

O. FOUQUET, T. WANECQ, *Cotisations sociales : stabiliser la norme, sécuriser les relations avec les URSSAF et prévenir les abus*, Rapport au ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique sur la sécurité juridique en matière de cotisations sociales, La Documentation française, juill. 2008.

F. GUILLAUME, Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne sur la participation des salariés dans l'Union européenne, n° 3304.

E. LEVASSEUR, Rapport à l'Académie des sciences morales et politiques sur le prix Jules Audéoud, 7 août 1889.

P. MARINI, Rapport fait au nom de la Commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, pour le soutien à la consommation et à l'investissement, séance du 7 juillet 2004 ; Rapport fait au nom de la Commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence pour la confiance et la modernisation de l'économie, séance du 29 juin 2005.

PARTI SOCIALISTE, *Pour une réforme juste, efficace et durable des retraites : un système universel et personnalisé* : www.parti-socialiste.fr.

G. POMPIDOU, L. JOXE, M. DEBRÉ et J.-M. JEANNENEY, Rapport au Président de la République, *Ordonnance n° 67-693 du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises* (JO 18 août, p. 8288).

Avis

S. DASSAULT, Avis présenté au nom de la Commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, annexe au procès-verbal de la séance du 22 janvier 2008.

I. DEBRÉ, Avis présenté au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence pour la confiance et la modernisation de l'économie, séance du 29 juin 2005.

L. GISCARD D'ESTAING, Avis présenté au nom de la Commission des finances, de l'économie générale du plan sur le projet de loi, après déclaration d'urgence, en faveur des revenus du travail, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale, 16 sept. 2008.

Circulaires administratives

1968

Circulaire interministérielle du 30 mai 1968.

1988

Circulaire interministérielle n° DRT 88-4 du 29 janvier 1988.

1989

Lettre-circulaire ACOSS n° 89-41 du 31 mai 1989 relative à l'intéressement.

1992

Circulaire interministérielle du 3 janvier 1992 relative à l'application de l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 sur la participation financière des salariés, modifiée par la loi n° 90-1002 du 7 novembre 1990.

1994

Circulaire ministérielle du 4 janvier 1994, diffusée par lettre ACOSS du 6 septembre 1994.

Circulaire du 14 septembre 1994 relative aux conditions d'application des mesures exceptionnelles de déblocage anticipé des droits des salariés au titre de la participation (JO 15 sept., p. 13238).

1995

Circulaire interministérielle du 9 mai 1995 relative à la participation financière des salariés, abrogée (BO Trav. n° 95/10).

1996

Circulaire interministérielle du 25 mars 1996, *Déblochage anticipé de la participation : Semaine sociale Lamy* 1996, n° 786, p. 8.

2001

Lettre-circulaire n° 2001-056 du 10 avril 2001 relative aux modifications apportées aux mécanismes de l'épargne salariale, Direction de la réglementation et des orientations du recouvrement.

2004

Circulaire du 9 août 2004 relative aux conditions d'application des mesures exceptionnelles de déblocage ou de versement direct des droits des salariés au titre de la participation, de l'intéressement et des avoirs en plan d'épargne salariale (JO 11 août 2004, p. 14356).

Circulaire du 22 septembre 2004 relative au titre II de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JO 31 oct., p. 18472).

Lettre-circulaire n° 2004-131/1 du 13 octobre 2004 relative au dispositif exceptionnel de déblocage ou de versement direct des droits et avoirs issus des divers dispositifs d'épargne salariale.

2005

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale (JO 1^{er} nov., p. 17179).

Circulaire du 4 octobre 2005 relative au versement de la prime exceptionnelle d'intéressement liée aux résultats ou aux performances de 2004 et au versement direct ou au déblocage à titre exceptionnel des sommes attribuées aux salariés en 2005 au titre de la participation (JO 13 oct., p. 16244).

2006

Circulaire n° DSS/5B/DRT/2006/07 du 5 janvier 2006 relative au bonus exceptionnel.

Lettre-circulaire n° 2006-040 du 15 février 2006, bonus exceptionnel d'un montant maximum de 1 000 €.

Circulaire n° DSS/5B/DRT/NC3/2006/174 du 18 avril 2006 relative au bonus exceptionnel.

2007

Lettre-circulaire ACOSS n° 2007-48 du 6 mars 2007.

Circulaire n° DSS/5B/DGT/RT3/2007/199 du 15 mai 2007 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social.

2008

Circulaire DGT/DSS/5B/2008/46 du 12 février 2008 relative à la loi n° 2008-111 pour le pouvoir d'achat.

Circulaire DGT n° 20 du 13 novembre 2008 relative à la loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

2009

Circulaire n° DSS/5B/2009/29 du 29 janvier 2009 relative à la prime exceptionnelle instaurée par l'article 2 de la loi n° 2008-1258 du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail.

Circulaire DGT 2009/13 du 19 mai 2009 relative à la loi en faveur des revenus du travail.

Circulaire interministérielle n° DSS/5B/DéGéOM/2009/282 du 10 septembre 2009 relative au bonus exceptionnel mentionné à l'article 3 de la loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer.

2011

Lettre-circulaire n° 20110000037 du 29 mars 2011 relative à la loi n° 20101330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites.

Circulaire du 29 juillet 2011 relative à la prime de partage des profits instituée par la loi n° 2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2011.

2012

Circulaire DGT du 19 avril 2012 relative aux décrets n° 2011-1449 et n° 2011-1450 du 8 novembre 2011 portant sur l'alimentation et la gestion du plan d'épargne pour la retraite collectif et l'information des bénéficiaires.

Notes sous arrêts

G. BORENFREUND, *Observations ss Cass. soc.*, 25 janv. 1995 : *Dr. soc.* 1995, p. 274.

S. BRISSY, *Responsabilité pécuniaire du salarié, compensation, intéressement, note ss Cass. soc.*, 20 mai 2008 : *JCP S* 2008, 1467.

N. CHAHID-NOURAI, *Le contrôle juridictionnel des accords dérogatoires de participation, note ss CE*, 16 mars 1973 : *Dr. soc.* 1973, p. 560.

J.-B. COTTIN, *Les sommes versées au titre de la participation en application du régime d'autorité bénéficient-elles du régime social et fiscal de faveur ?*, note ss *Cass. soc.*, 3 juill. 2008 : *LPA* 13 oct. 2008, n° 205, p. 11, co-rédigé avec A. SAURET.

J. DUFAU, *Note ss CE*, 8 mars 1957 : *JCP G* 1957, II, 9987.

C. FREYIA, *Les accords d'entreprise atypiques – jurisprudence commentée, note ss Cass. soc.*, 7 janv. 1988 : *Dr. soc.* 1988, p. 464.

H. GUYOT, *Prescription de la créance de participation, note ss Cass. soc.*, 26 oct. 2011 : *JCP S* 2012, 1003.

M.-C. HALLER, *Note ss Cass. soc.*, 23 mai 2007 : *JSL* 2007, n° 214, p. 24 ; *Note ss Cass. soc.*, 16 déc. 2008 : *JSL* 2009, n° 248, p. 22.

D. JONIN, *Observations ss Cass. soc.*, 16 déc. 2008 : *Dr. soc.* 2009, p. 370, co-rédigé avec Y.-E. LOGEAIS.

J.-Y. KERBOUCH, *Compétence du juge judiciaire pour connaître des litiges portant sur un accord de participation, note ss Cass. soc.*, 2 déc. 2008, n° 07-16.615 et n° 07-42.506 : *JCP S* 2009, 1074.

G. LEVASSEUR, *Note ss Cass. 2^e civ.*, 28 janv. 1954 : *D.* 1954, jurispr. p. 217.

J.-S. LIPSKI, *Obligation de constituer une réserve spéciale de participation pour les entreprises étrangères, note ss Cass. soc.*, 8 févr. 2012 : *JCP S* 2012, 1165.

Y.-E. LOGEAIS, *Observations ss Cass. soc.*, 16 déc. 2008 : *Dr. soc.* 2009, p. 370, co-rédigé avec D. JONIN.

G. LYON-CAEN, *Négociation collective et législation d'ordre public : Dr. soc.* 1973, p. 89.

P. LYON-CAEN, *Les accords d'intéressement et la Sécurité sociale, Observations ss Cass. soc.*, 9 mai 1996 : *Dr. soc.* 1996, p. 953 ; *Les apprentis peuvent-ils être exclus d'un accord d'intéressement ? conclusions ss Cass. soc.*, 27 juin 2000 : *RJS* 11/2000, p. 716.

A. MARTINON, *L'exigence du caractère collectif de l'intéressement : censure de l'application conjointe des critères, note ss Cass. soc.*, 14 juin 2005 : *JCP S* 2005, 1239.

A. MAZEAUD, *Observations ss T. confl.*, 19 janv. 2004, *M^{me} Devun c/ Cne de Saint-Chamond : Dr. soc.* 2004, p. 433.

P. MORVAN, *Intéressement et GIE, note ss Cass. soc.*, 1^{er} juin 2005 : *JCP S* 2005, 1101.

M. MOSSET, *Extrait des conclusions, CE*, 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau : D.* 1957, p. 378.

J.-M. OLIVIER, *Seuls les membres du comité d'entreprise peuvent émettre un avis, note ss Cass. soc.*, 5 déc. 2006 : *JCP S* 2007, 1107.

C. RADÉ, *Observations ss Cass. soc.*, 10 févr. 1999 : *Dr. soc.* 1999, p. 413 ; *Observations ss Cass. soc.*, 26 oct. 2000 : *Dr. soc.* 2001, p. 88 ; *Observations ss Cass. soc.*, 13 mars 2001 : *Dr. soc.* 2001, p. 572 ; *Observations ss Cass. soc.*, 1^{er} juin 2005 : *Dr. soc.* 2005, p. 1066.

Y. SAINT-JOURS, *Observations ss Cass. soc.*, 23 mai 1996 : *Dr. soc.* 1996, p. 746.

A. SAURET, *Les sommes versées au titre de la participation en application du régime d'autorité bénéficiaires du régime social et fiscal de faveur ?*, note ss *Cass. soc.*, 3 juill. 2008 : *LPA* 13 oct. 2008, n° 205, p. 11, co-rédigé avec J.-B. COTTIN.

J. SAVATIER, *Observations ss Cass. soc.*, 29 avr. 1965 : *Dr. soc.* 1965, p. 511 ; *Les droits des salariés d'une société absorbée sur la réserve spéciale de participation de la société absorbante*, note ss *Cass. soc.*, 23 févr. 1983 : *Dr. soc.* 1983, p. 634 ; *Sort d'un accord d'entreprise en cas de transfert d'un établissement à un nouvel employeur*, observations ss *Cass. soc.*, 20 oct. 1988 : *Dr. soc.* 1989, p. 77 ; *L'interdiction d'une discrimination à l'égard des grévistes dans la répartition d'une prime d'intéressement*, note ss *Cass. soc.*, 6 nov. 1991 : *JCP G* 1992, II, 21806 ; *Observations ss Cass. soc.*, 5 janv. 1995 : *Dr. soc.* 1995, p. 194 ; *Observations ss Cass. soc.*, 9 mars 1995 : *Dr. soc.* 1995, p. 514.

F. TAQUET, *Substitution des primes en intéressement : les équivoques de l'ordonnance du 21 octobre 1986*, note ss *TASS*, 16 janv. 1990, *Sté Castorama c/ URSSAF de Valenciennes* : *RDT* mars 1990, chron. p. 1.

T. TAURAN, *Conséquences de l'absence de dépôt régulier d'un accord de participation*, note ss *Cass. soc.*, 3 juill. 2008 : *JCP S* 2008, 1555.

R. VATINET, *Sur le régime légal applicable en l'absence d'accord de participation*, note ss *Cass. soc.*, 13 sept. 2005 : *JCP S* 2005, 1446 ; *Détermination des critères de l'abondement patronal à un PEE*, note ss *Cass. soc.*, 10 janv. 2006 : *JCP S* 2006, 1266 ; *Champ d'application de la participation*, note ss *Cass. soc.*, 24 janv. 2006 : *JCP S* 2006, 1363 ; *Incompatibilité entre les notions d'unité économique et sociale et de groupe*, note ss *Cass. soc.*, 25 janv. 2006 : *JCP S* 2006, 1281 ; *Détermination de l'assiette des cotisations dans un groupe des sociétés*, note ss *Cass. soc.*, 28 mars 2006 : *JCP S* 2006, 1550 ; *Critères de répartition de l'intéressement*, note ss *Cass. soc.*, 20 juin 2006 : *JCP S* 2006, 1842 ; *Portée de la reconnaissance conventionnelle d'une unité économique et sociale*, note ss *Cass. soc.*, 12 juill. 2006 : *JCP S* 2006, 2013 ; *Champ d'application de la participation obligatoire*, note ss *Cass. soc.*, 20 déc. 2006 : *JCP S* 2007, 1381 ; *Action en justice d'un syndicat non signataire et tacite reconduction d'un accord de participation*, note ss *Cass. soc.*, 3 mai 2007 : *JCP S* 2007, 1918 ; *Un versement au PEE ne vaut pas modalité de paiement d'un élément de salaire*, note ss *Cass. soc.*, 10 mai 2007 : *JCP S* 2007, 1818 ; *Caractère d'ordre public absolu du plafond de répartition de la participation*, note ss *Cass. soc.*, 23 mai 2007 : *JCP S* 2007, 1748 ; *Intérêts sur placements en compte courant bloqué*, note ss *Cass. soc.*, 4 juill. 2007 : *JCP S* 2007, 1839 ; *Modification d'un règlement de PEE : obligation de dépôt et obligation d'information des salariés*, note ss *Cass. soc.*, 16 déc. 2008 et *Cass. soc.*, 17 juin 2009 : *JCP S* 2009, 1455 ; *Le bénéfice net, base de calcul de la réserve spéciale de participation*, note ss *Cass. soc.*, 11 mars 2009 : *JCP S* 2009, 1454 ; *Des salariés transférés ne peuvent renoncer au bénéfice de l'intéressement dans l'entreprise d'accueil*, note ss *Cass. soc.*, 12 mars 2009 : *JCP S* 2009, 1453 ; *Calcul du seuil d'effectifs pour la mise en place de la participation*, note ss *Cass. soc.*, 8 déc. 2010 : *JCP S* 2010, 1064.

V. WAUQUIER, *Note ss Cass. soc.*, 21 oct. 2003 : *Dr. ouvrier* 2004, p. 405.

Arrêts cités

(Les chiffres entre parenthèses renvoient aux numéros de paragraphes)

1914

Cass. ch. réunies, 11 mars 1914, *www.legifrance.gouv.fr*, non publié (210).

1928

CE, 14 déc. 1928, *Billiard* : *Rec. CE* 1928, n° 1316 (188).

1954

Cass. 2^e civ., 28 janv. 1954 : *D.* 1954, jurispr. p. 217 (280).

1957

CE, 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau* : *Rec. CE* 1957, p. 158 ; *JCP G* 1957, II, n° 9987 (188).

1962

CJCE, 6 avr. 1962, aff. C-13-61, *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd c/ Robert Bosch GmbH et Maatschappij tot voortzetting van de zaken der Firma Willem van Rijn* (138).

1963

Cass. soc., 19 juin 1963 : *Bull. civ.* 1963, IV, n° 517 (224).

1965

Cass. soc., 29 avr. 1965 : *Bull. civ.* 1965, V, n° 320 (342).

1968

TA Clermont-Ferrand, 10 mai 1968 : *Dr. soc.* 1970, p. 198 (124).

1973

CE, 16 mars 1973, n° 86837 : *Rec. CE* 1973 (126).

Cass. soc., 21 nov. 1973, pourvoi n° 72-40.228 : *Bull. civ.* 1973, V, n° 592 (305).

1976

Cass. soc., 3 nov. 1976, pourvoi n° 75-40.169 : *Bull. civ.* 1976, V, n° 549 (246).

1978

Cass. ass. plén., 7 juill. 1978, n° 76-15.485 : *Bull. civ.* 1978, ass. plén., n° 4 (97).

1980

Cass. soc., 5 juin 1980 : *JCP Cl* 1980, I, 9082, p. 272, n° 2 (62).

Cass. soc., 27 nov. 1980 : *D.* 1981, inf. rap. 261 (62).

1982

Cass. soc., 24 nov. 1982, pourvoi n° 81-13.195 : *Bull. civ.* 1982, V, n° 636 (208).

1983

Cass. soc., 23 févr. 1983, pourvoi n° 81-16.106 : *Bull. civ.* 1983, V, n° 105 (329).

1985

Cass. soc., 6 mai 1985, pourvoi n° 84-60.879 : *Bull. civ.* 1985, V, n° 276 (283).

1987

Cass. soc., 5 mars 1987, pourvoi n° 85-43.331 : *Bull. civ.* 1987, V, n° 115 (289).

1988

Cass. soc., 14 avr. 1988, pourvoi n° 85-46.027 : *Bull. civ.* 1988, V, n° 228 (97).

Cass. soc., 23 juin 1988, pourvoi n° 87-10.667 : *Bull. civ.* 1988, V, n° 388 (58).

1989

Cass. soc., 26 janv. 1989, pourvoi n° 86-43.081 : *Bull. civ.* 1989, V, n° 81 ; *RJS* 3/1989, n° 256 (97, 278).

Cass. soc., 2 mars 1989, pourvoi n° 86-15.987 : *RJS* 4/1989, n° 373 (210, 233).

Cass. soc., 9 mars 1989, pourvoi n° 86-43.980 : *RJS* 4/1989, n° 374 (43).

TA Dijon, 18 avr. 1989 : *RJS* 7/1989, n° 609 (157).

1990

TASS Valenciennes, 16 janv. 1990 : *RJS* 3/1991, n° 401 (71).

Cass. soc., 24 janv. 1990, pourvoi n° 86-41.497 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 23 (71).

CE, 26 janv. 1990, n° 60.197 : *RJS* 3/1990, n° 235 (208).

Cass. soc., 4 avr. 1990, pourvoi n° 86-42.626 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 161 ; *Dr. soc.* 1990, p. 806 (312).

Cass. soc., 4 juill. 1990, pourvoi n° 85-44.260 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 343 (189).

CA Paris, 22^e ch. B, 26 oct. 1990, *SA Air Total France c/ Schimanovitz* : *RJS* 1/1991, n° 129 (289).

1991

Cass. crim., 4 janv. 1991, pourvoi n° 88-87.675 : *Bull. crim.* 1991, n° 9 (71).

CA Douai, 26 avr. 1991 : *RJS* 6/1991, n° 735 (82).

Cass. soc., 23 oct. 1991, pourvoi n° 88-41.661 : *RJS* 1/1992, n° 60 (312).

Cass. soc., 23 oct. 1991, pourvoi n° 90-40.168 : *Bull. civ.* 1991, V, n° 440 ; *RJS* 12/1991, n° 1383 (331).

Cass. soc., 6 nov. 1991, pourvoi n° 89-42.571 : *Bull. civ.* 1991, V, n° 471 ; *RJS* 12/1991, n° 1352 (316).

CA Grenoble, 3 déc. 1991 : *RJS* 7/1992, n° 898 (135).

1992

Cass. soc., 22 janv. 1992, pourvoi n° 89-42.841 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 25 ; *RJS* 3/1992, n° 373 (312).

CA Paris, 18 févr. 1992 : *RJS* 6/1992, n° 771, 2^e esp. (50).

CA Paris, 19 févr. 1992 : *D.* 1992, inf. rap. 150 (55).

Cass. soc., 22 avr. 1992, pourvoi n° 88-40.921 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 296 (316).

Cass. soc., 14 mai 1992, pourvoi n° 88-45.316 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 310 ; *RJS* 6/1992, n° 768 (341).

Cass. soc., 17 juin 1992, pourvoi n° 89-40.326 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 408 ; *RJS* 11/1992, n° 1319 (312).

Cass. soc., 23 sept. 1992, n° 89-45.656 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 479 ; *RJS* 11/1992, n° 1318 (71, 312).

CA Paris, 7 oct. 1992 : *RJS* 3/1993, n° 295 (82).

CA Paris, 5 nov. 1992 : *RJS* 1/1993, n° 60 (47).

Cass. soc., 16 déc. 1992, pourvoi n° 88-43.834 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 594 ; *RJS* 2/1993, n° 167 ; *Dr. soc.* 1993, p. 161 (331).

1993

Cass. soc., 3 févr. 1993, pourvoi n° 90-40.927 : *Bull. civ.* 1993, V, n° 31 ; *RJS* 3/1993, n° 337 (289).

CA Amiens, 6 mai 1993 : *RJS* 6/1993, n° 637 (133, 135).

TASS Lot-et-Garonne, 24 mai 1993 : *RJS* 10/1993, n° 1007 (112).

1994

Cass. soc., 27 janv. 1994, pourvoi n° 91-16.528 : *Bull. civ.* 1994, V, n° 34 ; *RJS* 3/1994 n° 283, 1^{re} esp. (83).

Cass. soc., 27 janv. 1994, pourvoi n° 91-17.528 : *Bull. civ.* 1994, V, n° 34 ; *RJS* 3/1994, n° 283, 2^e esp. (82, 83).

Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 1994, pourvoi n° 91-17.250 : *Bull. civ.* 1994, I, n° 240 (297).

CA Paris, 5 oct. 1994 : *RJS* 3/1995, n° 280 (43).

Cass. soc., 24 nov. 1994, pourvoi n° 92-11.167 : *RJS* 1/1995, n° 47 (135).

Cass. soc., 30 nov. 1994, pourvoi n° 91-43.509 : *Bull. civ.* 1994, V, n° 319 (316).

CA Poitiers, 7 déc. 1994, *URSSAF Vendée c/ Laboratoires Mercier Pons* : *RJS* 2/1995, n° 145 (111, 115, 132).

1995

Cass. soc., 5 janv. 1995, pourvoi n° 92-14.912 : *Bull. civ.* 1995, V, n° 9 ; *RJS* 2/1995, n° 144 (47, 50).

Cass. soc., 25 janv. 1995, pourvoi n° 90-45.796 : *Bull. civ.* 1995, V, n° 40 ; *RJS* 3/1995, n° 279 (252).

Cass. soc., 9 mars 1995, pourvoi n° 93-12.279 : *RJS* 4/1995, n° 405 (49).

Cass. soc., 9 mars 1995, pourvoi n° 93-13.174 : *RJS* 4/1995, n° 405 ; *Dr. soc.* 1995, p. 514 (47, 49).

Cass. soc., 9 mars 1995, pourvoi n° 93-13.673 : *RJS* 5/1995, n° 543 (82, 83).

Cass. soc., 30 mars 1995, pourvoi n° 93-10.495 : *RJS* 5/1995, n° 542 (133).

Cass. soc., 13 avr. 1995, pourvoi n° 93-15.313 : *RJS* 5/1995, n° 543 (82, 83).

Cass. soc., 13 avr. 1995, pourvoi n° 93-15.295 : *Bull. civ.* 1995, V, n° 138 ; *RJS* 6/1995, n° 678 (50).

Cass. soc., 13 avr. 1995, pourvoi n° 93-16.814 : *RJS* 6/1995, n° 679 (135).

Cass. soc., 5 mai 1995, pourvoi n° 92-17.414 : *RJS* 6/1995, n° 677 (49).

Cass. soc., 11 mai 1995, pourvoi n° 92-13.270 : *RJS* 6/1995, n° 677 (49).

Cass. soc., 18 mai 1995, pourvoi n° 93-16.425 : *RJS* 7/1995, n° 803 (83).

Cass. soc., 29 juin 1995, pourvoi n° 83-11.506 : *Bull. civ.* 1995, V, n° 225 ; *JCP E* 1995, II, 22509 (138, 148).

Cass. soc., 12 oct. 1995, pourvoi n° 93-18.391 : *Bull. civ.* 1995, V, n° 272 ; *RJS* 11/1995, n° 1154 (43).

Cass. soc., 26 oct. 1995, pourvoi n° 93-13.962 : *RJS* 12/1995, n° 1264 (43).

Cass. soc., 14 déc. 1995, pourvoi n° 93-14.407 : *RJS* 2/1996, n° 142 (107).

1996

Cass. soc., 17 janv. 1996, pourvoi n° 92-42.089 : *RJS* 3/1996, n° 316 (49).

CA Versailles, 23 janv. 1996 : *RJS* 8-9/1996, n° 957 (47).

Cass. soc., 21 mars 1996, pourvoi n° 94-11.611 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 109 ; *RJS* 6/1996, n° 695 (85, 394).

T. confl., 25 avr. 1996, *Berkani* : *Rec. CE* 1996, n° 3000 (187).

Cass. soc., 9 mai 1996, pourvoi n° 93-21.874 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 184 ; *RJS* 6/1996, n° 694 ; *Dr. soc.* 1996, p. 953 (50, 71).

Cass. soc., 9 mai 1996, pourvoi n° 93-21.888 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 183 ; *RJS* 6/1996, n° 693 (50).

Cass. soc., 9 mai 1996, pourvoi n° 94-17.175 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 181 ; *RJS* 6/1996, n° 692 (43).

Cass. soc., 23 mai 1996, pourvoi n° 94-13.462 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 201 ; *RJS* 7/1996, n° 820 (83).

Cass. soc., 23 mai 1996, pourvoi n° 94-15.177 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 200 ; *RJS* 7/1996, n° 819 (50, 55).

Cass. soc., 11 juill. 1996, pourvoi n° 94-18.074 : *RJS* 8-9/1996, n° 958 (51).

CA Paris, 25 sept. 1996 : *RJS* 12/1996, n° 1298 (49).

Cass. soc., 10 oct. 1996, pourvoi n° 94-14.710 : *RJS* 11/1996, n° 1195 (53).

Cass. soc., 24 oct. 1996, pourvoi n° 94-16.484 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 346 ; *RJS* 12/1996, n° 1297 (112).

Cons. const., déc. 6 nov. 1996 ; n° 96-383 DC : *JO* 13 nov., p. 16531 (254).

CE, avis, 8 nov. 1996 : *RJS* 1/1997, n° 70 (131).

Cass. soc., 12 déc. 1996, pourvoi n° 95-11.325 : *RJS* 1/1997, n° 71 (112).

Cass. soc., 19 déc. 1996, pourvoi n° 95-12.734, inédit (83).

1997

Cass. soc., 12 févr. 1997, pourvoi n° 94-42.829 : *RJS* 3/1997, n° 244 (58).

Cass. soc., 12 févr. 1997, pourvoi n° 96-40.972 : *Bull. civ.* 1997, V, n° 62 ; *RJS* 3/1997, n° 349 (312).

Cass. soc., 13 févr. 1997, pourvoi n° 95-15.596 : *RJS* 11/1997, n° 1269 (117).

Cass. soc., 20 févr. 1997, pourvoi n° 95-10.730 : *RJS* 4/1997, n° 447 (135).

Cass. soc., 27 févr. 1997, pourvoi n° 95-14.536, inédit (84).

Cass. soc., 5 mars 1997, pourvoi n° 95-42.396 : *Bull. civ.* 1997, V, n° 92 ; *RJS* 4/1997, n° 443 (312).

Cass. soc., 13 mars 1997, pourvoi n° 95-14.591 : *RJS* 5/1997, n° 578 (49).

Cass. soc., 20 mars 1997, pourvoi n° 95-16.930 : *Bull. civ.* 1997, V, n° 122 ; *RJS* 5/1997, n° 577 (116).

Cass. soc., 30 avr. 1997, pourvoi n° 95-20.572 : *RJS* 6/1997, n° 716 (135).

Cass. soc., 5 juin 1997, pourvoi n° 95-18.811 : *RJS* 7/1997, n° 849 (111).

Cass. soc., 3 juill. 1997, pourvoi n° 95-21.298 : *RJS* 8-9/1997, n° 1003 (43).

CAA Paris, 14 oct. 1997, pourvoi n° 95-3930 : *RJS* 3/1998, n° 341 (233).

Cass. soc., 30 oct. 1997, pourvoi n° 96-12.311, inédit (55).

Cass. soc., 19 nov. 1997, pourvoi n° 94-43.223 : *Bull. civ.* 1997, V, n° 380 (287).

CA Paris, 26 nov. 1997, n° 34171/97 : *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 240 (11).

1998

CA Paris, 13 janv. 1998 : *RJS* 3/1998, n° 343 (47).

Cass. soc., 28 janv. 1998, pourvoi n° 95-42.250 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 42 ; *RJS* 3/1998, n° 312 (51).

Cass. soc., 28 janv. 1998, pourvoi n° 95-45.220 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 50 (312).

Cass. soc., 5 févr. 1998, pourvoi n° 96-12.159 : *RJS* 3/1998, n° 342 (51).

CA Paris, 6 mars 1998 : *RJS* 7/1998, n° 928 (47).

Cass. soc., 26 mars 1998, pourvoi n° 96-17.506 : *RJS* 6/1998, n° 770 (415).

Cass. soc., 11 juin 1998, pourvoi n° 96-19.003 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 318 ; *RJS* 8-9/1998, n° 1035 (111).

Cass. soc., 18 juin 1998, pourvoi n° 96-18.605, inédit (49).

Cass. soc., 1^{er} juill. 1998, pourvoi n° 96-17.076, n° 356 : *RJS* 8-9/1998, n° 1033 (58).

Cass. soc., 7 oct. 1998, pourvoi n° 97-60.429 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 415 ; *RJS* 11/1998, n° 1417 (43).

Cass. soc., 8 oct. 1998, pourvoi n° 97-10.677 : *RJS* 11/1998, n° 1388 (52).

Cass. soc., 22 oct. 1998, pourvoi n° 97-11.804 : *RJS* 12/1998, n° 1537 (135).

Cass. soc., 29 oct. 1998, pourvoi n° 97-11.256 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 469 (84).

Cass. soc., 5 nov. 1998, pourvoi n° 97-11.202 : *RJS* 1/1999, n° 84 (176, 177).

Cass. soc., 10 nov. 1998, pourvoi n° 96-43.811 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 481 (312).

Cass. soc., 17 nov. 1998, pourvoi n° 96-42.877, inédit (312).

Cass. soc., 19 nov. 1998, pourvoi n° 96-22.869 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 510 ; *RJS* 1/1999, n° 82 (102, 112).

Cass. soc., 26 nov. 1998, pourvoi n° 96-19.367 : *RJS* 3/1999, n° 403 (114).

CA Paris, 4 déc. 1998 : *RJS* 5/1999, n° 755 (49).

1999

Cass. soc., 19 janv. 1999, pourvoi n° 96-44.688 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 34 ; *RJS* 3/1999, n° 411 (287).

Cass. soc., 10 févr. 1999, pourvoi n° 96-22.157 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 62 ; *RJS* 3/1999, n° 402 (208).

Cass. soc., 25 mars 1999, pourvoi n° 97-15.910 : *RJS* 5/1999, n° 708 (109, 111).

Cass. soc., 1^{er} avr. 1999, pourvoi n° 97-17.515 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 150 ; *RJS* 6/1999, n° 837 (49).

Cass. soc., 15 avr. 1999, pourvoi n° 97-15.594, inédit (112).

Cass. soc., 18 mai 1999, pourvoi n° 98-40.201 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 213 ; *RJS* 6/1999, n° 817 (287).

Cass. soc., 27 mai 1999, pourvoi n° 96-20.681 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 243 ; *RJS* 7/1999, n° 950 (133).

Cass. soc., 3 juin 1999, pourvoi n° 97-21.399 : *RJS* 8-9/1999, n° 1109 (49).

Cass. soc., 1^{er} juill. 1999, pourvoi n° 97-20.811, inédit (83).

Cass. soc., 15 juill. 1999, pourvoi n° 97-21.398 : *RJS* 8-9/1999, n° 1108 (265).

Cass. soc., 14 oct. 1999, pourvoi n° 96-21.697 : *RJS* 12/1999, n° 1491 (83).

Cass. soc., 26 oct. 1999, pourvoi n° 97-42.855 : *RJS* 12/1999, n° 1489 (49).

Cass. soc., 5 nov. 1999, pourvoi n° 97-22.485 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 432 ; *RJS* 12/1999, n° 1490 (135).

Cass. soc., 23 nov. 1999, pourvoi n° 97-42.979 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 454 ; *RJS* 1/2000, n° 77 (43).

CE, 10 déc. 1999, n° 192453 (mentionné dans les tables du *Recueil*) (233).

Cons. const., déc. 16 déc. 1999, n° 99-421 DC : *JO* 22 déc., p. 19041 (148).

2000

Cass. soc., 18 mai 2000, pourvoi n° 98-22.219 : *RJS* 7-8/2000, n° 836 (55, 174).

Cass. soc., 6 juin 2000, pourvoi n° 98-20.304 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 216 ; *RJS* 7-8/2000, n° 835 (197).

Cass. soc., 15 juin 2000, pourvoi n° 99-11.075 : *RJS* 12/2000, n° 1268 (85).

Cass. soc., 27 juin 2000, pourvoi n° 98-11.909 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 252 ; *RJS* 11/2000, n° 1120 (102, 111).

Cass. soc., 18 juill. 2000, pourvoi n° 99-60.353 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 299 ; *RJS* 11/2000, n° 1107 (226).

Cass. soc., 19 juill. 2000, pourvoi n° 98-18.620 : *RJS* 1/2001, n° 90 (131).

Cass. soc., 19 juill. 2000, pourvoi n° 99-11.848 : *RJS* 1/2001, n° 71 (49).

Cass. soc., 26 oct. 2000, pourvoi n° 99-11.401 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 347 ; *RJS* 1/2001, n° 73 (49, 50).

Cass. soc., 31 oct. 2000, pourvoi n° 98-22.918 : *RJS* 1/2001, n° 72 (132).

Cass. soc., 22 nov. 2000, pourvoi n° 99-60.454 : *RJS* 4/2001, n° 472 (226).

Cass. soc., 7 déc. 2000, pourvoi n° 98-18.359 : *RJS* 2/2001, n° 218 (49, 81).

Cass. soc., 20 déc., pourvoi n° 98-23.039 : *RJS* 3/2001, n° 324 (83).

2001

Cass. soc., 10 janv. 2001, pourvoi n° 99-10.731 : *RJS* 3/2001, n° 323 (47).

Cass. soc., 18 janv. 2001, pourvoi n° 99-15.129 : *RJS* 4/2001, n° 481 (109).

Cass. soc., 1^{er} mars 2001, pourvoi n° 99-16.452 : *RJS* 5/2001, n° 624 (49).

Cass. soc., 13 mars 2001, pourvoi n° 99-45.651 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 90 (318).

Cass. soc., 27 mars 2001, pourvoi n° 99-40.068 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 109 ; *RJS* 6/2001, n° 751 (79).

Cass. soc., 22 mai 2001, pourvoi n° 99-12.902 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 179 ; *RJS* 8-9/2001, n° 1047 (49).

Cass. soc., 30 mai 2001, pourvoi n° 99-60.466 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 194 ; *RJS* 10/2001, n° 1157 (62).

CA Versailles, 14 juin 2001, pourvoi n° 1999-3695 : *RJS* 4/2002, n° 518 (234).

CJCE, 26 juin 2001, aff. C-381/99 : *Rec. CJCE* 2001, I, p. 4961 (43).

Cass. soc., 9 oct. 2001, pourvoi n° 98-43.905 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 305 ; *RJS* 12/2001, n° 1448 (415).

CA Paris, 31 oct. 2001 : *RJS* 3/2002, n° 313 (107).

Cass. soc., 7 nov. 2001, pourvoi n° 00-12.216 : *RJS* 1/2002, n° 64 (208).

2002

- Cass. soc., 15 janv. 2002, pourvoi n° 00-60.256 : *RJS* 4/2002, n° 452 (226).
- CA Versailles, 7 févr. 2002 : *RJS* 7/2002, n° 862 (325, 331).
- CE, 6 mars 2002 : *RJS* 7/2002, n° 834 (203).
- Cass. soc., 21 mars 2002, pourvoi n° 00-18.289, inédit (51).
- Cass. soc., 28 mars 2002, pourvoi n° 00-17.866 : *RJS* 7/2002, n° 863 (114).
- Cass. soc., 4 juill. 2002, pourvoi n° 01-20.308 : *RJS* 11/2002, n° 1265 (158).
- Cass. soc., 18 sept. 2002, pourvoi n° 99-15.454 : *Bull. civ.* 2002, V, n° 271 ; *RJS* 11/2002, n° 1264 (224).
- Cass. soc., 24 sept. 2002, pourvoi n° 00-18.290 : *Bull. civ.* 2002, V, n° 277 ; *RJS* 12/2002, n° 1422 (109).
- CA Paris, 24 oct. 2002 : *RJS* 4/2003, n° 560 (51, 296).
- Cass. soc., 29 oct. 2002, pourvoi n° 00-14.787 : *Bull. civ.* 2002, V, n° 324 ; *RJS* 1/2003, n° 60 (49).
- Cass. soc., 13 nov. 2002, pourvoi n° 00-45.712 : *RJS* 1/2003, n° 42 (79).
- Cass. soc., 17 déc. 2002, pourvoi n° 01-20.472 : *Bull. civ.* 2002, V, n° 394 ; *RJS* 3/2003, n° 370 (109).
- Cass. soc., 17 déc. 2002, pourvoi n° 00-19.293 : *RJS* 3/2003, n° 371 (53).

2003

- Cass. soc., 5 févr. 2003, pourvoi n° 00-45.998 : *RJS* 4/2003, n° 500 (316).
- Cass. soc., 18 févr. 2003, pourvoi n° 00-46.039, inédit (49).
- Cass. soc., 25 févr. 2003, pourvoi n° 00-21.268 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 67 ; *RJS* 5/2003, n° 648 (49).
- Cass. soc., 19 mars 2003, pourvoi n° 01-12.094 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 105 ; *RJS* 5/2003, n° 588 (266).
- TGI Paris, 29 avr. 2003 : *RJS* 8-9/2003, n° 1044 (167).
- Cass. soc., 30 avr. 2003, pourvoi n° 01-10.027 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 155 (220).
- Cass. soc., 7 mai 2003, pourvoi n° 01-21.033 : *RJS* 7/2003, n° 923 (55).
- Cass. soc., 13 mai 2003, pourvoi n° 01-14.565 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 159 ; *RJS* 7/2003, n° 922 (324).
- Cass. soc., 21 mai 2003, pourvoi n° 01-60.742 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 170 ; *RJS* 11/2003, n° 1293 (283).
- Cass. soc., 17 juin 2003, pourvoi n° 01-41.522 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 195 (266).
- Cass. soc., 18 juin 2003, pourvoi n° 01-60.837 : *Semaine Sociale Lamy* 2003, n° 1136, p. 14 (285).
- CE, 18 juin 2003, n° 254727 : *RJS* 10/2003, n° 1198 (295).

Cass. soc., 2 juill. 2003, pourvoi n° 00-22.101 : *RJS* 10/2003, n° 1199 (102).

Cass. soc., 21 oct. 2003, pourvoi n° 01-21.353 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 257 ; *RJS* 1/2004, n° 85 ; *Dr. ouvrier* 2004, p. 405 (35, 49, 53).

Cass. soc., 29 oct. 2003, pourvoi n° 01-21.466 : *RJS* 1/2004, n° 84 (109).

Cass. soc., 5 nov. 2003, pourvoi n° 01-45.207, inédit (90).

Cass. soc., 18 nov. 2003, pourvoi n° 02-30.083, inédit (132).

Cass. soc., 25 nov. 2003, pourvoi n° 01-17.501 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 294 ; *RJS* 2/2004, n° 196 (287).

Cass. soc., 9 déc. 2003, pourvoi n° 02-30.562 : *RJS* 2/2004, n° 243 (55, 174).

Cass. soc., 10 déc. 2003, pourvoi n° 01-21.096 : *RJS* 2/2004, n° 244 (158).

Cass. 2^e civ., 16 déc. 2003, pourvoi n° 02-30.862, inédit (49).

2004

T. confl., 19 janv. 2004, *M^{me} Devun c/ Cne de Saint-Chamond* : *Rec. CE* 2004, n° 3393 (187).

Cass. soc., 7 avr. 2004, pourvoi n° 02-30.797 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 109 ; *RJS* 6/2004, n° 726 (112).

Cass. soc., 5 mai 2004, pourvoi n° 02-40.064, inédit (42).

Cass. soc., 19 mai 2004, pourvoi n° 03-60.063, inédit (226).

Cass. soc., 26 mai 2004, pourvoi n° 02-60.935 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 142 ; *RJS* 8-9/2004, n° 936, 2^e esp. (226).

CA Paris, 24 sept. 2004 : *RJS* 3/2005, n° 300 (167).

Cass. soc., 30 sept. 2004, pourvoi n° 02-16.439, inédit (133).

Cass. soc., 12 oct. 2004, pourvoi n° 02-30.771, inédit (51).

Cass. soc., 16 nov. 2004, pourvois n° 02-41.941 et 02-42.093, inédits (48).

2005

Cass. soc., 1^{er} févr. 2005, pourvoi n° 02-14.452 : *RJS* 4/2005, n° 422 (133).

Cass. crim., 15 févr. 2005, pourvoi n° 04-84.301 : *Bull. crim.* 2005, n° 61 ; *RJS* 5/2005, n° 537 (264).

Cass. soc., 1^{er} juin 2005, pourvoi n° 03-30.295 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 186 ; *RJS* 8-9/2005, n° 881 (230).

Cass. soc., 1^{er} juin 2005, pourvoi n° 04-16.994 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 187 ; *RJS* 8-9/2005, n° 878 (316).

Cass. soc., 14 juin 2005, pourvoi n° 03-16.083 : *RJS* 8-9/2005, n° 882 (51, 55).

Cass. soc., 29 juin 2005, pourvoi n° 04-41.608, inédit (48).

Cass. soc., 13 sept. 2005, pourvoi n° 03-10.502 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 250 ; *RJS* 11/2005, n° 1128 (296, 297).

Cass. soc., 21 sept. 2005, pourvoi n° 03-30.002 : *RJS* 12/2005, n° 1236 (111).

Cass. soc., 9 nov. 2005, pourvoi n° 03-43.526 : *RJS* 1/2006, n° 70 (97, 415).

2006

Cass. soc., 10 janv. 2006, pourvoi n° 04-30.048 : *RJS* 3/2006, n° 368 ; *JCP S* 2006, 1266 (50).

Cass. soc., 24 janv. 2006, pourvoi n° 03-43.073 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 20 ; *RJS* 4/2006, n° 480 (204, 225, 279).

Cass. soc., 25 janv. 2006, pourvoi n° 04-60.234 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 34 ; *RJS* 4/2006, n° 468 (227).

Cass. soc., 22 févr. 2006, pourvoi n° 04-42.464 : *RJS* 5/2006, n° 601 (176).

CE, 24 mars 2006, *Sté KPMG et a.* : *Rec. CE* 2006, n° 288460 (138).

Cass. soc., 28 mars 2006, pourvoi n° 04-30.211 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 125 ; *RJS* 7/2006, n° 883 (232).

Cass. soc., 23 mai 2006, pourvoi n° 05-60.119 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 182 ; *RJS* 8-9/2006, n° 975 (62).

Cass. soc., 20 juin 2006, pourvoi n° 04-45.932 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 219 ; *RJS* 10/2006, n° 1102 (43, 53, 205).

Cass. soc., 15 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.175, inédit (176).

Cass. soc., 5 déc. 2006, pourvoi n° 05-21.641 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 371 ; *RJS* 3/2007, n° 355 (266).

Cass. soc., 20 déc. 2006, pourvoi n° 04-16.661 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 394 ; *RJS* 3/2007, n° 364 (208).

2007

Cass. soc., 28 févr. 2007, pourvoi n° 06-60.171 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 34 ; *RJS* 5/2007, n° 636 (62).

Cass. soc., 25 avr. 2007, pourvoi n° 05-43.399 : *RJS* 7/2007, n° 817 (176).

Cass. soc., 3 mai 2007, pourvoi n° 05-12.340 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 68 ; *RJS* 7/2007, n° 875 (166).

Cass. soc., 10 mai 2007, pourvoi n° 05-45.676 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 72 ; *RJS* 7/2007, n° 879 (73, 158).

Cass. soc., 16 mai 2007, pourvoi n° 05-17.288 : *RJS* 7/2007, n° 878 (87, 230).

Cass. soc., 23 mai 2007, pourvois n°s 04-20.157, 04-20.340 et 05-10.244 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 83 ; *RJS* 12/2007, n° 980 (167, 173, 303).

Cass. soc., 4 juill. 2007, pourvoi n° 06-17.994, inédit (295).

Cass. soc., 28 nov. 2007, pourvoi n° 05-45.354 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 198 ; *RJS* 2/2008, n° 189 (133).

Cass. soc., 5 déc. 2007, pourvoi n° 06-43.554, inédit (305).

Cass. soc., 6 déc. 2007, pourvoi n° 06-10.858 : *RJS* 2/2008, n° 208 (49).

2008

Cass. soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 06-45.205 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 45 ; *RJS* 5/2008, n° 577 (160).

Cass. soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 07-40.273 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 49 ; *RJS* 5/2008, n° 576 (311).

Cass. soc., 19 mars 2008, pourvoi n° 06-44.509 : *RJS* 7/2008, n° 838 (289).

Cass. soc., 7 mai 2008, pourvoi n° 06-43.989 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 99 ; *JCP S* 2008, 1470 (176).

Cass. soc., 20 mai 2008, pourvoi n° 05-42.009, inédit (49).

Cass. soc., 1^{er} juill. 2008, pourvoi n° 07-40.799 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 147 ; *RJS* 11/2008, n° 1106 (316).

Cass. 2^e civ., 3 juill. 2008, pourvoi n° 07-17.379 : *Bull. civ.* 2008, II, n° 166 ; *RJS* 11/2008, n° 1109 ; *Semaine sociale Lamy* 2008, n° 1372, p. 14 (133, 134, 162).

Cass. soc., 16 sept. 2008, pourvoi n° 07-43.580 : *RJS* 12/2008, n° 1222 (316).

Cass. com., 4 nov. 2008, pourvoi n° 07-10.449, inédit (297).

Cass. soc., 12 nov. 2008, pourvoi n° 07-42.297, inédit (318).

Cass. soc., 2 déc. 2008, pourvois n°s 07-16.615 et 07-42.506 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 241 ; *RJS* 2/2009, n° 202 (226, 296).

TA Paris, 3 déc. 2008 : *RJS* 4/2009, n° 387 (202).

Cons. const., déc. 11 déc. 2008, n° 2008-571 DC : *JO* 18 déc., p. 19327 (142).

Cass. soc., 16 déc. 2008, pourvois n° 07-14.610 et n° 07-14.611 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 256 ; *RJS* 3/2009, n° 267 (132, 160).

2009

Cass. 2^e civ., 22 janv. 2009, pourvoi n° 07-21.657, inédit (115).

CA Paris, 5 févr. 2009, n° 07-6758 : *RJS* 6/2009, n° 564 (208).

Cass. soc., 11 mars 2009, pourvoi n° 08-41.140 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 80 ; *RJS* 6/2009, n° 565 (208).

Cass. soc., 12 mars 2009, pourvoi n° 08-10.770 : *RJS* 7/2009, n° 654 ; *JCP S* 2009, 1453 (326).

Cass. soc., 31 mars 2009, pourvoi n° 08-60.494 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 96 ; *RJS* 6/2009, n° 559 (227).

Cass. 2^e civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 08-14.279 : *RJS* 11/2009, n° 871 (145).

Cass. soc., 17 juin 2009, pourvoi n° 07-45.560 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 150 ; *RJS* 8-9/2009, n° 738 (160, 161).

Cass. 2° civ., 8 oct. 2009, pourvoi n° 08-16.970 : *RJS* 1/2010, n° 78 (87).

Cass. 2° civ., 17 déc. 2009, pourvoi n° 08-20.797, inédit (87).

2010

Cass. soc., 20 janv. 2010, pourvoi n° 08-45.018 : *JSL* 2010, 273-9 (47).

Cass. soc., 27 janv. 2010, pourvoi n° 08-44.376, inédit (337).

Cass. soc., 27 janv. 2010, pourvoi n° 09-60.240 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 25 (284).

Cass. soc., 9 févr. 2010, pourvoi n° 08-11.338 : *RJS* 4/2010, n° 363 (208).

Cass. 2° civ., 18 févr. 2010, pourvoi n° 09-65.432 : *RJS* 5/2010, n° 455 (131).

Cass. soc., 2 mars 2010, pourvoi n° 08-12.238, inédit (297).

Cass. soc., 31 mars 2010, pourvoi n° 08-44.056, inédit (109).

Cass. soc., 13 oct. 2010, pourvoi n° 09-60.473 : *RJS* 12/2010, n° 948 (226).

Cass. soc., 8 déc. 2010, pourvoi n° 09-11.217 : *RJS* 5/2011, n° 443 (133).

Cass. soc., 8 déc. 2010, pourvoi n° 09-65.380 : *RJS* 3/2011, n° 261 (162).

Cass. soc., 8 déc. 2010, pourvoi n° 09-65.810 : *RJS* 3/2011, n° 262 (208).

2011

Cass. soc., 18 janv. 2011, pourvoi n° 08-19.398 : *RJS* 4/2011, n° 341 (259).

Cass. soc., 16 févr. 2011, pourvoi n° 09-43.089 : *RJS* 5/2011, n° 444 (97).

Cass. soc., 16 mars 2011, pourvoi n° 09-72.384 : *RJS* 6/2011, n° 542 (201).

Cass. soc., 30 mars 2011, pourvoi n° 09-72.590, inédit (109).

Cass. soc., 30 mars 2011, pourvois n^{os} 09-72.990 et 09-72.991, inédit (133).

Cass. soc., 17 mai 2011, pourvoi n° 10-10.957 : *RJS* 8-9/2011, n° 718 (112, 296).

Cass. soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 09-70.818 : *RJS* 11/2011, n° 892 (110).

Cass. soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-11.043 : *RJS* 11/2011, n° 894 (161).

Cass. soc., 16 juin 2011, pourvoi n° 08-44.616 : *RJS* 11/2011, n° 893 (48).

Cass. soc., 6 juill. 2011, pourvoi n° 10-15.348 : *RJS* 10/2011, n° 829 (187).

Cass. soc., 26 oct. 2011, pourvoi n° 10-14.175 : *Bull. civ.* 2011, V, n° 244 (97).

Cass. soc., 8 nov. 2011, pourvoi n° 09-67.786, inédit (97).

Cass. soc., 8 nov. 2011, pourvoi n° 10-15.722, inédit (43).

Cass. soc., 9 nov. 2011, pourvoi n° 10-12.941, inédit (97).

Cass. 2° civ., 10 nov. 2011, pourvoi n° 10-20.105 : *RJS* 1/2012, n° 71 (174).

2012

Cass. soc., 8 févr. 2012, pourvoi n° 10-28.526 : *RJS* 5/2012, n° 486 (204).

Cass. 2° civ., 16 févr. 2012, pourvoi n° 11-10.690 : *RJS* 5/2012, n° 502 (479).

Cass. soc., 29 févr. 2012, pourvoi n° 11-10.904 : *RJS* 5/2012, n° 473 (62).

Index alphabétique

(Les numéros indiqués renvoient aux paragraphes)

A

- Abondement**, 73, 158.
- Absence**, 49, 55.
- Accident du travail**, 51.
- Accord atypique**, 90, 259, 274.
- Accord de branche**, 243 et s.
 - adhésion, 244 et s.
- Accord de groupe** :
 - adhésion, 222.
 - négociation, 260.
- Accord de participation** :
 - dépôt, *V. Dépôt*.
 - groupe, 422.
- Accord de substitution**, 310, 316.
- Accord dérogoaire**, 126.
- Accord d'intéressement** :
 - dépôt, *V. Dépôt*.
- Accord salarial**, 375, 388, 390, 393.
- Actionnariat salarié**, 16.
- Actions de travail**, 9.
- Aléatoire (caractère)**, *V. Imprévisibilité*.
 - dénonciation, *V. Dénonciation*.
 - événement, 117 et s.
 - formule de calcul, 113 et s.
 - fusion-scission, 333.
 - paramètres, 109 et s.
 - prime exceptionnelle, *V. Prime exceptionnelle*.
 - supplément, 118.
- Ancienneté (Condition d')**, 42, 49, 326, 398 et s.
- Autofinancement**, 24, 30, 31, 33, 34, 109, 359 et s., 368, 434.
- Autorégulation**, 24.
- Autorité de la chose jugée**, 297.
- Avances**, 156 et s.
- Avantage individuel acquis**, 315 et s.
- Avis préalable**, 126.

B

- Bénéficiaire** :
 - catégorie professionnelle, 43.
 - enseignant, 58.
 - faute grave/lourde, 43, 294.
 - VPR, 43, 53.

- Bonne foi**, 56, 175 et s.
- Bonus exceptionnel**, 375.

C

- Centre d'Étude des Revenus et des Coûts (CERC)**, 126.
- Centre national de la participation**, 147.
- Cession**, *V. Fusion*.
- Charte des droits fondamentaux des travailleurs**, 21.
- Chiffre d'affaires**, 102, 109, 111, 112.
- Clauses obligatoires**, 33 et s., 130 et s.
- Collectif (caractère)**, *V. Non-exclusion*.
- Collectivité de travail**, 53, 62.
- Collectivité des salariés**, 36 et s., 161, 273, 280 et s., 316, 317.
- Comité de groupe**, 221.
- Comité d'entreprise** :
 - activités sociales et culturelles, 87.
 - avis, 265.
 - cadre de mise en place, 209 et s.
 - consultation, 262 et s., 266.
 - formalité substantielle, 311.
 - négociation, 259 et s.
- Commission administrative**, 124 et s., 127.
- Commission européenne** :
 - communication, 15 et s.
 - programme d'action, 21.
- Commission paritaire de branche**, 268.
- Communauté de travail**, 40, 61, 62.
- Compensation salariale**, *V. Non-substitution (Dérogation)*.
- Condition de présence**, 48, 49.
- Conformité (contrôle de)**, 131 et s.
- Conseil de l'Union européenne** :
 - recommandation, 21.
- Consommation**, *V. Pouvoir d'achat*.
- Contractuel (caractère)**, *V. Négociation (Principe de)*.
- Contrat aléatoire**, 92, 106.
- Contrat de travail** :
 - existence, 47 et s.
 - lien de subordination, 57, 62.

- société européenne, 215.
- suspension, 48.

Contrôle :

- *a posteriori*, 150 et s.
- *a priori*, 122 et s.

Crédit d'impôt, 375.

D

Déblocage exceptionnel, 344 et s., 375.

- annuel, 361 et s.
- plafonné, 347 et s.

Déblocage immédiat, 75.

Décision unilatérale :

- mise en œuvre, 289 et s., 356.
- nature, 287 et s.
- prime exceptionnelle, 288 et s., 381, 386 et s.
- suppléments, 421 et s.

Délégué du personnel, *V. Élu du personnel*.

Délégué syndical, 250.

Demande conjointe, 281 et s.

Dénonciation, 303 et s., 310.

- avantage, *V. avantage individuel acquis*.
- information du personnel, 312.
- partielle, 305.
- procédure, 308 et s.

Dépôt, 127 et s.

- avenant, 132.
- intéressement (accord d'), 134 et s.
- participation (accord d'), 133 et s.

Dividende du travail, 17, 426.

Droit à participation, 5 et s.

- maintien des droits, 329.

E

Effectif (condition d'), 379.

Égalité de traitement, 41 et s., 326.

Élément de rémunération, 70.

Élu du personnel, 267 et s.

Emploi habituel (condition d'), 204, 278 et s., 293.

Employeur de droit privé, 208 et s.

Engagement unilatéral, 287 et s., 312, 331.

- mise en cause, 90.

Entreprise :

- aléa économique, 107.
- analyse institutionnelle, 38 et s.
- appartenance juridique, 42, 58.
- dominante, 221.
- intérêt de l', 38.
- publique, 193 et s.
- sécurité dans, 51.

Épargne salariale, 16 et s.

Équivalence des avantages, 422.

Établissement distinct, 201, 203 et s.

Établissement public :

- administratif, 187 et s.
- industriel et commercial, 188 et s.

Exercice fiscal, 293.

Expert libre, 264.

F

Familistère, 6 et s.

FCPE, 352, 355, 356, 359, 365.

Fondact, 15.

Fonds propres, *V. Autofinancement*.

Forfait social, 22, 406, 430.

Fourier (Charles), 3, 10.

Fraude, 177.

Fusion, 326 et s., 339 et s.

- effet rétroactif, 329.
- fusion-absorption, 71.
- fusion-scission, 333.

G

Gide (Charles), 10.

Godin (Jean-Baptiste André), 5 et s., 17.

Groupe, 219 et s., 223 et s.

Groupements :

- employeurs (d'), 59, 235 et s.
- intérêt économique (d'), 230 et s.

H

Heures de délégation, 267.

Homologation administrative, 78, 127, 135.

I

Imprévisibilité, 80, 99 et s., 309 et s., 318, 413.

Indisponibilité, 75, 345, 414.

Individualisation, 50, 52.

Information individuelle (des salariés), 160.

Inopposabilité, 93 et s.

Inspecteur du travail, 295, 296, 356.

Intéressement :

- aux performances, 110.
- aux résultats, 111.
- contrat d', 1, 29, 78, 124 et s.
- de projet, 54, 72, 228 et s.
- existence simultanée, 332.
- requalification en chaîne, 84.

J

Juge judiciaire, 296.

M

Mise en cause, 341 et s.

Mise en conformité, 145, 302 et s.

N**Négociation :**

- annuelle obligatoire, 8, 31, 63, 388.
- de droit commun, 90.
- de droit spécial, 90.
- principe de, 26, 27 et s., 427.

Non-exclusion (principe de), 35 et s., 47, 50, 64, 187, 189, 326, 395 et s., 416 et s.

Non-substitution :

- délai de, 81 et s., 415.
- dérogation, 79 et s.
- principe de, 65 et s., 393 et s., 407, 414.
 - appréciation, 83 et s.
 - périmètre, 82.
- usage, 70, 82.

Nullité :

- absolue, 96.
- relative, 95.
- *sui generis*, 97.

O

Obligation conditionnelle, 107.

Ordre public :

- absolu, 167.
- social, 94, 102.

P

Parallélisme des compétences, 306.

Participation aux pertes, 8.

Participation aux résultats :

- accord volontaire, 288 et s., 312, 316, 331 et s.
- droit de créance des salariés, 173, 294, 360.
- formule dérogatoire, 60.
- groupe, 224 et s.
- régime d'autorité, 30 et s., 34 et s.

Participation financière, 40 et s.

- accord (nature), 161.
- définition, 15 et s., 17 et s., 21 et s.

PEPPER (Rapports), 21 et s.

Performance individuelle, 52, 55.

Phalanstère, 3 et s.

Plafond, 164 et s.

- absolu, 167.

- affectation (d'), 171.
- collectif, 168, 174, 407.
 - dérogatoire, 165.
- exonération (d'), 165, 168, 173, 174, 407.
- individuel, 166, 169, 407.
- répartition (de), 166, 170.

Plan d'épargne d'entreprise (PEE), 16, 171, 279, 287 et s., 356.

- alimentation volontaire, 73.
- champ d'application, 191.
- modification, 132.

Pouvoir d'achat, 360, 368, 375, 393, 426 et s., 429, 430, 434.

Prescription, 97.

Prime de fin d'année, 83.

Prime de partages des profits, 371, 406, 408, 426, 428, 429, 434.

Prime exceptionnelle, 374 et s., 426, 434.

- bénéficiaire, 396 et s.
- exonération, 406 et s.
- incitative, 381 et s., 386 et s.
- modulation, 401 et s.
- montant, 403 et s.
- non incitative, 383 et s., 389 et s.
- plafond :
 - sanction, 404.

Protocole pré référendaire, 283 et s.

R

Réduction du temps de travail, 79.

Référendum, 272 et s.

- référendum décisionnel, 274.

Répartition :

- intéressement, 174.
- réserve spéciale, 173.

Représentant de la section syndicale, 256 et s., 305, 306.

Requalification (en salaire), 55, 56, 84, 85, 87 et s., 103, 141, 326.

Rescrit social, 141 et s., 148.

Résolution, 92.

Restructuration, 320 et s.

- condition de négociation, 336.
- maintien :
 - droit au, 322 et s.
 - impossibilité de, 324 et s., 328, 331, 342.
- obligation de négociation, 337.

Révision, 305 et s.

S**Salarié :**

- expatrié, 49.
- mandaté, 252 et s.

- mis à disposition, 58 et s.
- unique, 52 et s.

Schlumberger (Rémy), 14.

Scission, V. Fusion.

Sécurité juridique, 32, 81, 132, 138, 145, 148.

SICAV, V. FCPE.

Société :

- anonyme à participation ouvrière (SAPO), 8 et s.
- à responsabilité limitée (SARL) :
 - gérant, 47.
- coopérative, 10.
- coopérative ouvrière de production (SCOP), 11 et s.
- européenne, 211 et s.

Substitution partielle, 71.

Suppléments, 17, 34, 72, 100, 409 et s., 434.

- attribution, 421 et s.
- autonomie, 428.
- montant, 424.
- plafond, 418.
- répartition, 423 et s.

T

Temps de travail (Réduction du), 79 et s.

Transferts, 339 et s.

- entité économique autonome, 340 et s.

Travail temporaire, 59.

Trois tiers (règle des), 23.

U

Union européenne, 20 et s.

Unité de travail, 53, 55, 201, 205 et s.

Unité économique et sociale, 226 et s., 228, 260.

URSSAF, 87, 131, 138 et s.

- consultation préalable, 145.

V

Valeur ajoutée, 102, 112.

Versement d'amorçage, 375.

Vide conventionnel, 336.

Table des matières

Liste des abréviations.....	XI
Préface.....	XIII
Introduction.....	1
§ 1. – L’association capital-travail, un idéal bicentenaire.....	1
A. – Un idéal.....	1
B. – Des lois.....	4
§ 2. – L’association capital-travail : une idée contemporaine.....	8
A. – Une idée nationale.....	8
B. – Une idée « européanisée ».....	13

PREMIÈRE PARTIE

L’ENCADREMENT DES DISPOSITIFS DE PARTICIPATION FINANCIÈRE

TITRE 1 : DES PRINCIPES IMPÉRATIFS

Chapitre 1 : UN ACCORD COLLECTIF	21
Section 1 : LE PRINCIPE DE NÉGOCIATION : LE CARACTÈRE CONTRACTUEL	21
§ 1. – L’incitation à la négociation.....	21
A. – Un souhait.....	21
B. – Une exigence.....	23
§ 2. – L’encadrement de la négociation.....	25
A. – Des clauses obligatoires.....	25
B. – Un régime subsidiaire.....	25
Section 2 : LE « PRINCIPE DE NON-EXCLUSION » : LE CARACTÈRE COLLECTIF	26
§ 1. – La situation des salariés de l’entreprise.....	26
A. – Le fondement du caractère collectif.....	27
1° L’analyse institutionnelle de l’entreprise.....	27
2° Un nouveau souffle avec l’égalité de traitement.....	28
B. – La portée du caractère collectif.....	31
1° Des contours.....	31
2° Des sanctions.....	37
§ 2. – La situation des salariés mis à disposition.....	39
A. – L’impact de la création de richesses.....	39
B. – L’impact des règles de représentation.....	42
Chapitre 2 : UN COMPLÈMENT DE RÉMUNÉRATION	45
Section 1 : LE PRINCIPE DE NON-SUBSTITUTION	45
§ 1. – L’exigence de non-substitution.....	45
A. – Le périmètre de l’exigence de non-substitution.....	45
1° Les dispositifs inclus dans le champ de la non-substitution.....	46
2° Les dispositifs exclus du champ de la non-substitution.....	49

B. – La mise en œuvre de l'exigence de non-substitution.....	50
1° Des assouplissements législatifs.....	51
2° Des élargissements jurisprudentiels.....	54
§ 2. – La sanction de la substitution.....	57
A. – La sanction financière.....	58
B. – La sanction « civile ».....	59
1° Une sanction nécessaire.....	59
2° Une sanction efficace.....	61
Section 2 : LE PRINCIPE D'IMPRÉVISIBILITÉ	65
§ 1. – L'exigence d'imprévisibilité.....	65
A. – Formulation de l'exigence.....	65
B. – Sanction de l'exigence.....	67
§ 2. – L'application de l'imprévisibilité.....	68
A. – La nature de l'aléa.....	68
1° Un contrat aléatoire.....	68
2° Une obligation conditionnelle.....	69
B. – L'appréciation de l'aléa.....	69
1° L'aléa des paramètres.....	69
2° L'aléa de la formule.....	73
Conclusion du titre.....	77

TITRE 2 : DES CONTRÔLES ADMINISTRATIFS

Chapitre 1 : UN CONTRÔLE A PRIORI	81
Section 1 : LE PASSÉ, LA DUALITÉ DU CONTRÔLE DE L'ADMINISTRATION	81
§ 1. – Le pouvoir décisionnel des commissions administratives.....	81
§ 2. – Le pouvoir consultatif du Centre d'étude des revenus et des coûts.....	83
Section 2 : LE PRÉSENT, L'UNITÉ DU CONTRÔLE DE L'ADMINISTRATION	85
§ 1. – L'enregistrement auprès de l'unité territoriale de la direction régionale.....	85
A. – La pratique du dépôt.....	85
1° Des clauses obligatoires.....	85
2° Un contrôle de conformité.....	87
B. – L'enjeu du dépôt.....	89
§ 2. – Le rôle consultatif des URSSAF.....	92
A. – Un rôle nécessaire.....	92
1° L'insécurité juridique des interprétations administratives dans la participation financière.....	92
2° Un rescrit social apparent.....	94
B. – Un rôle limité.....	97
1° Un constat.....	97
2° Des solutions.....	98
Chapitre 2 : UN CONTRÔLE A POSTERIORI	103
Section 1 : LE CONTRÔLE	103
§ 1. – Le contrôle de la mécanique de la participation financière.....	103
A. – Des principes.....	103
1° Un contrôle nécessaire.....	103
2° Un contrôle du versement.....	104

B. – Des clauses	106
1° Des enjeux financiers préservés	106
2° Des enjeux financiers compromis	107
§ 2. – Un contrôle des plafonds prévus par la loi	108
A. – La pluralité des plafonds	108
1° Les plafonds applicables en matière de participation	108
2° Les plafonds applicables en matière d'intéressement	110
3° Les plafonds applicables au plan d'épargne d'entreprise	111
B. – Les enjeux du contrôle	111
Section 2 : L'ISSUE DU CONTRÔLE	113
§ 1. – La prise en compte de la bonne foi de l'employeur	113
§ 2. – La prise en compte de la fraude de l'employeur	114
Conclusion du titre	115
Conclusion de la première partie	115

DEUXIÈME PARTIE

LES VECTEURS DES DISPOSITIFS DE PARTICIPATION FINANCIÈRE

TITRE 1 : LES DISPOSITIFS PÉRENNES

Chapitre 1 : LA MISE EN PLACE DES DISPOSITIFS PÉRENNES	121
Section 1 : LES LIEUX DE LA MISE EN PLACE	121
§ 1. – Les champs offerts aux dispositifs de participation financière	121
A. – Les employeurs relevant du droit public	121
1° L'établissement public administratif	121
2° L'établissement public industriel et commercial	123
B. – Les employeurs relevant du droit privé	124
1° L'employeur non contrôlé par l'État	124
2° L'employeur contrôlé par l'État	125
§ 2. – Les cercles d'organisation des dispositifs de participation financière	129
A. – Une entité unique	129
1° L'entité non dotée de la personnalité morale	129
2° Une entité dotée de la personnalité morale	132
B. – Une pluralité d'entités	138
1° Une pluralité d'entités non dotée de la personnalité morale	138
2° Une pluralité d'entités dotée de la personnalité morale	147
Section 2 : LES MODALITÉS DE LA MISE EN PLACE	151
§ 1. – La mise en place négociée	151
A. – Une négociation conduite avec les syndicats	152
1° Une négociation menée dans la branche	152
2° Une négociation menée dans l'entreprise	155
B. – Une négociation conduite sans les syndicats	159
1° Le dialogue avec le comité d'entreprise	159
2° Le dialogue avec les élus du personnel	164
§ 2. – La mise en place non négociée	165
A. – Une décision prise par les acteurs de l'entreprise	165
1° Le référendum	166
2° La décision unilatérale	176

B. – Une décision prise hors des acteurs de l'entreprise.....	178
1° L'administration.....	179
2° Le juge.....	181
Chapitre 2 : LA DISPARITION DES DISPOSITIFS PÉRENNES	185
Section 1 : LA DISPARITION JURIDIQUE	185
§ 1. – La disparition en l'absence de restructuration	185
A. – La disparition requise par l'administration	185
1° La conception restrictive : la dénonciation comme seul recours.....	186
2° La conception extensive : la dénonciation comme ultime recours	187
B. – La disparition voulue par les signataires.....	189
1° L'impact du caractère aléatoire sur la procédure envisagée.....	189
2° L'impact du caractère aléatoire sur les avantages concernés	192
§ 2. – La disparition en présence d'une restructuration.....	196
A. – Le maintien des dispositifs existants.....	196
1° L'existence du droit au maintien	196
2° L'effectivité du droit au maintien.....	200
B. – La négociation de dispositifs nouveaux.....	203
1° L'autonomie absolue de la négociation spécifique.....	203
2° L'autonomie relative de la négociation spécifique.....	205
Section 2 : LA DISPARITION POLITIQUE	209
§ 1. – Les fondements de la disparition.....	209
§ 2. – Les vecteurs de la disparition	210
A. – Le déblocage exceptionnel plafonné	210
1° Les conditions du déblocage exceptionnel plafonné.....	210
2° Les modalités du déblocage exceptionnel plafonné.....	213
3° Les conséquences du déblocage exceptionnel plafonné.....	216
B. – Le déblocage exceptionnel annuel.....	218
1° L'origine du déblocage exceptionnel annuel	218
2° L'institutionnalisation du déblocage exceptionnel annuel.....	220
Conclusion du titre.....	224

Titre 2 : LES DISPOSITIFS PONCTUELS

Chapitre 1 : LES PRIMES EXCEPTIONNELLES	227
Section 1 : LA MULTIPLICATION DES DISPOSITIFS DE PRIMES EXCEPTIONNELLES	227
Section 2 : LE RÉGIME DES PRIMES EXCEPTIONNELLES	229
§ 1. – L'encadrement des dispositifs de primes exceptionnelles.....	229
A. – Le domaine des primes exceptionnelles.....	229
1° Le domaine matériel.....	229
2° Le domaine temporel.....	230
B. – La négociation des primes exceptionnelles.....	232
1° Un accord support.....	232
2° Une décision d'attribution.....	234
§ 2. – Le versement des primes exceptionnelles	235
A. – Des principes fondamentaux aménagés	235
1° L'aménagement du principe de non-substitution	235
2° L'aménagement du principe de non-exclusion	237

B. – Des modalités d’attribution déterminées.....	240
1° La modulation des primes exceptionnelles.....	240
2° Le montant des primes exceptionnelles.....	242
3° L’exonération des primes exceptionnelles.....	243
Chapitre 2 : LES SUPPLÉMENTS	247
Section 1 : L’AUTONOMIE DU DISPOSITIF	247
§ 1. – L’attraction du droit commun.....	247
A. – Une attraction voulue par l’administration.....	247
1° L’attraction de l’imprévisibilité.....	247
2° L’attraction de la non-substitution.....	248
3° L’attraction du collectif.....	250
B. – Une attraction voulue par le législateur.....	251
§ 2. – La distance avec le droit commun.....	251
A. – L’attribution du supplément.....	252
1° Attribution dans l’entreprise.....	252
2° Attribution dans le groupe.....	253
B. – La répartition du supplément.....	253
Section 2 : LA FINALITÉ DU DISPOSITIF	255
§ 1. – Un palliatif d’insuffisances.....	255
§ 2. – Un catalyseur d’évolution.....	256
Conclusion du titre.....	257
Conclusion de la deuxième partie.....	258
Conclusion générale.....	259
Bibliographie.....	263
Arrêts cités.....	281
Index alphabétique.....	289

Photocomposition Nord Compo Multimédia
59650 Villeneuve-d'Ascq

Contribution à l'étude des dispositifs de la participation financière

Le présent ouvrage examine les dispositifs de participation financière que sont l'intéressement collectif et la participation aux résultats de l'entreprise. Aux côtés de l'actionnariat salarié et de l'épargne salariale, leur important développement témoigne de l'institutionnalisation, en droit français, de la philosophie de l'association du capital et du travail.

Le bénéfice des incitations fiscales et sociales auquel ces dispositifs sont admis est subordonné au respect d'un certain nombre de principes dont l'administration et le juge sont les gardiens. Les principes et leur contrôle, dans toutes leurs composantes, sont ici explorés.

Issus de la négociation collective sous toutes ses formes, les dispositifs pérennes de participation financière peuvent être instaurés dans un grand nombre d'entités juridiques. Ils sont soumis à un régime spécifique tant lors de leur mise en place qu'au moment de leur disparition. Dans un souci d'exhaustivité, l'ouvrage explore les dispositifs ponctuels qui témoignent de l'évolution de la philosophie qui, naguère, fondait la mise en place des dispositifs de la participation financière.

L'auteur

► **JEAN-SÉBASTIEN LIPSKI**, docteur en droit de l'université Panthéon-Assas (Paris II), travaille au sein d'un cabinet d'avocats spécialisé en droit social.

Planète Social est un fonds de dotation qui a pour objet principal, d'une part, de promouvoir les bonnes pratiques sociales pour favoriser le développement économique, social et de l'emploi des entreprises industrielles de toutes tailles au niveau national et international, d'autre part, de favoriser en partenariat avec l'Université, les Grandes Écoles et la recherche, le développement d'une culture managériale qui intègre la dimension humaine et sociale au cœur de la stratégie des entreprises.

VB443201

Prix : 42 €

EAN : 978-27110-1795-9

www.lexisnexis.fr



Couverture : LCG Concepts

