

Études

Rémunération

Le ver (la fraude) et le fruit (le droit à la participation aux résultats)

À propos de cour d'appel de Versailles, 6^e ch., 2 février 2016 *

L'essentiel

Si les salariés ne peuvent faire grief judiciaire à l'employeur d'avoir mené une restructuration ayant pour conséquence une diminution du montant de la réserve spéciale de participation, encore faut-il que cette opération ne soit pas frauduleuse. Entachée de fraude, elle sera alors inopposable aux salariés lésés.

par **Patrice Adam**

Professeur à l'université de Lorraine

« Le ver était dans le fruit ». Le fruit, disons une pomme, c'est la réserve spéciale de participation à laquelle les salariés peuvent légalement prétendre (C. trav., art. L. 3322-1 et L. 3322-2). Chacun de ceux qui ont vocation à la croquer souhaite évidemment qu'elle soit la plus repleine et la plus juteuse possible. Le calibre du fruit dépend d'une formule de calcul, assise, principalement, sur le résultat fiscal de l'entreprise. C'est là, dans cette formule, que le ver se cachait (qu'on l'y a caché, car il n'y est pas venu tout seul) dans l'affaire jugée par la cour d'appel de Versailles le 2 février 2016. Le carapocapse y prend ici l'aspect d'une frauduleuse opération de restructuration (dénommée « Cosmos »). Opération de LBO¹ interne qui va gâter le fruit (une réserve de participation d'un montant d'environ 5 M€ par an) pour n'en laisser que le trognon. Immangeable. Ne reprenons ici que l'essentiel du montage imaginé : une société X.F. souscrit, en juillet 2007, un emprunt (455 M€, remboursable sur quinze ans) auprès de la société mère (HX.F.) du groupe auquel elle appartient pour racheter diverses sociétés. Emprunt contracté qui va empêcher, en raison de l'endettement significatif qui en résulte, tout versement de participation aux salariés (pendant plusieurs années), mais va permettre une importante remontée de trésorerie vers une société hollandaise,

associée unique de HX.F., et la distribution importante de dividendes. Pomme de discorde.

Diverses initiatives « judiciaires » vont alors être prises par les représentants du personnel. Afin de comprendre la raison de l'absence de participations depuis 2007, procédure devant la juridiction commerciale va d'abord être engagée par le comité d'entreprise. Elle aboutira à la rédaction d'un rapport d'expertise (et à un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation excluant la société mère du champ de l'expertise²). Le comité d'entreprise déposera ensuite plainte pénale pour entrave à son fonctionnement régulier. Un rapport de l'inspecteur du travail étaye la plainte (qui aboutira à un simple rappel à la loi en janvier 2014), soulignant que le délit d'entrave était constitué à l'égard de l'employeur dans la mesure où l'obligation de consulter l'institution élue avait été sciemment violée au moins à cinq reprises entre mi-2007 et fin 2009 (ce qui incluait notamment l'absence d'information sur l'emprunt litigieux et ses conséquences sociales). Dernier acte : plusieurs syndicats assignent à l'été 2012 les sociétés X.F. et HX.F. devant le tribunal de grande instance afin de voir déclarer l'opération de restructuration, qu'ils jugent frauduleuse, inopposable aux salariés et d'obtenir la condamnation des deux sociétés à reconstituer une réserve spéciale de participation pour les

* CA Versailles, 6^e ch., 2 févr. 2016, n° 15/01292, RDT 2016. 335, obs. G. Auzero.

¹ Leveraged buy-out ou rachat avec effet de levier.

² Com., 10 sept. 2013, n° 12-16.509, Bull. civ. IV, n° 130 ; D. 2013. 2168, obs. A. Lienhard ; RDT 2013, 713, obs. L. Millet.

exercices 2007 à 2022 (en réincorporant au bénéfice net les sommes qui en furent soustraites du fait des charges de l'emprunt litigieux) et à la répartir entre les salariés. Sans succès, les juges de première instance estimant que les demandes revenaient à mettre en cause les attestations du commissaire aux comptes aux termes desquelles ce dernier ne formulait aucune observation sur le montant du bénéfice net et des capitaux propres de la société X.F. pour les exercices 2008 à 2012. C'est cette décision qui va être infirmée par les magistrats versaillais dans l'arrêt ici rapporté.

Décision qui mérite d'être saluée et qui apparaît presque comme de salubrité publique en un temps où se perfectionnent les techniques mises en œuvre pour faire gonfler le capital de ceux qui en perçoivent les fruits, en échappant à l'impôt³ ou en spoliant les travailleurs de la juste part de rémunération qui leur échoit. Position judiciaire qui s'articule autour de deux temps. Le premier met en lumière l'existence d'une réorganisation frauduleuse (I) ; le second fait de l'inopposabilité des actes préjudiciables aux salariés, un efficace et indispensable remède à la fraude (II).

Mais le contrôle par le juge d'appel de la restructuration critiquée supposait d'abord qu'il lève ou contourne l'obstacle érigé par le juge de première instance. Il résulte des dispositions de l'article L. 3326-1 du code du travail que les montants du bénéfice net et celui des capitaux propres de l'entreprise sont établis par une attestation de l'inspecteur des impôts ou, comme dans l'affaire commentée, du commissaire aux comptes. Et le texte de préciser que ces montants ne peuvent être remis en cause à l'occasion des litiges nés de l'application des règles relatives à la participation aux résultats de l'entreprise⁴. Dans cette dernière précision, le tribunal de grande instance de Nanterre avait cru déceler un obstacle aux prétentions des organisations syndicales demanderesse. Intenable position. La cour d'appel de Versailles souligne que « le commissaire aux comptes n'est pas un organe administratif et son attestation n'est pas un acte administratif » qui échapperait à l'empire du contrôle du juge judiciaire. Pour n'être pas fautive, l'assertion n'est cependant pas déterminante. Ces attestations, même rédigées par l'inspecteur des impôts, n'auraient pas été de nature à paralyser un tel contrôle. En effet, ce à quoi la loi fait barrage c'est la mise en discussion judiciaire des montants attestés. Or, contrairement à ce qu'affirmaient les juges de première instance, les demandes des organisations syndicales n'impliquaient en rien semblable dispute ! N'était point débattue la sincérité de ces montants mais seulement les conditions (frauduleuses) de réalisation des opérations de restructuration qui avaient conduit à la chute du bénéfice net de la société employeuse. C'est là, évidemment, tout autre chose.

³ L'opération ici critiquée permettait de faire « remonter » 555 M€ de dividendes exceptionnels à la maison mère située aux Pays-Bas où la fiscalité des dividendes venait justement d'être allégée ! C. Gasté, Éditions Wolters Kluwer : L'optimisation fiscale était trop belle, LeParisien.fr, 3 févr. 2016.

⁴ Soc., 11 mars 2009, n° 08-41.140, Bull. civ. V, n° 80 – Soc., 8 déc. 2010, n° 09-65.810, Bull. civ. V, n° 288.

I. – L'OPÉRATION LITIGIEUSE

Ce dont il est fait reproche aux sociétés assignées (X.F. et HX.F.) ? Avoir mis en place un système d'emprunt ayant conduit à assécher le bénéfice net de l'entreprise et à priver les salariés de leur droit à participation aux résultats de l'entreprise. Mais de ce « droit à participation », il est impossible d'inférer une obligation de *non facere* à la charge de l'employeur, celle de ne pas mener d'opération de restructuration de nature à entraîner une baisse de la réserve spéciale de participation ou, pour en offrir autre perspective, celle de « réussir » sa restructuration, au sens où elle devrait toujours se révéler profitable aux salariés bénéficiaires de ce système de « participation financière »⁵. À ces derniers, le droit positif n'offre aucune garantie de maintien du niveau antérieur de « rendement » du dispositif. C'est dire qu'aucun grief judiciaire ne saurait être fait à l'employeur au seul motif que la réorganisation décidée et mise en œuvre a conduit, en définitive, à une diminution, voire à un assèchement, de cette réserve. Que l'opération de restructuration n'ait entraîné, comme dans l'espèce sous examen, « aucun bénéfice économique pour la société et ses salariés, aggravant au contraire les difficultés économiques de [l'entreprise] », ne saurait suffire à mettre l'employeur en accusation devant le juge civil. Comme en matière de licenciement pour motif économique, « les erreurs de l'employeur dans l'appréciation des risques inhérents à tout choix de gestion ne caractérisent pas, à elles seules, une légèreté blâmable »⁶. Nourrir, avec quelque chance de succès, un contentieux judiciaire suppose donc plus que cela. C'est ce « supplément » que les juges versaillais identifient en qualifiant de frauduleuse (à l'égard du comité central d'entreprise et des salariés) l'opération de restructuration contestée⁷.

II. – LA FRAUDE

On le sait, la fraude « désigne une mise en scène tendant, dans un domaine de règles non supplétives, à obtenir, par le jeu des dispositions applicables à la situation ainsi construite, un résultat juridique que n'auraient pu assurer les dispositions compétentes en l'absence d'un tel montage, ou bien à se soustraire aux conséquences de droit qu'auraient dictées ces dernières »⁸. Ainsi, « trois éléments la caractérisent⁹ : 1/ un élément légal, soit une règle impérative qui s'impose aux parties et que l'une

⁵ G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, 30^e éd., coll. « Précis », Dalloz, 2016. 1047.

⁶ Soc., 14 déc. 2005, n° 03-44.380, Bull. civ. V, n° 365 ; D. 2006. 98.

⁷ Comp. : les difficultés économiques pouvant justifier un licenciement économique ne doivent pas résulter d'une attitude frauduleuse de l'employeur (Soc., 13 janv. 1993, n° 91-45.89, Bull. civ. V, n° 9) ou d'une situation artificiellement créée (Soc., 12 janv. 1994, n° 92-43.191, NP).

⁸ A. Jeammaud, *Fraus omnia corruptit*, D. 1997. 19.

⁹ Pour des présentations légèrement différentes : D. Costa, *Fraus omnia corruptit*, AJDA 2013. 1855 – M. Dubuy, La fraude à la loi. Étude de droit public français, RFDA 2009. 243.

d'entre elles, au moins, entend contourner ; 2/ un élément matériel, tenant à l'emploi d'un procédé licite permettant de modifier des données de la situation de fait afin de se placer artificiellement hors du domaine de la règle obligatoire ; 3/ un élément intentionnel, à savoir l'intention de contourner la règle légale »¹⁰.

La fraude dont il est fait reproche ici à l'employeur à une tournure un peu singulière. Elle n'est pas, à proprement parler, un montage tendant à placer artificiellement l'employeur hors l'empire de la règle impérative normalement applicable (au profit d'une autre jugée plus « conforme » à ses intérêts), mais une machinerie destinée à vider de leur substance les droits des salariés – sans changer de référentiel légal – en modifiant les données de fait utilisées par la loi applicable pour déterminer leur *quantum*. Le contournement de la règle légale ne se fait donc pas par sa mise à l'écart ou par l'organisation de sa paralysie (la règle s'applique effectivement) afin d'échapper à son emprise, mais par une malicieuse opération visant non pas à priver, formellement, les salariés de leur droit à participation, mais à « assécher », à réduire à rien, les bénéfices qu'ils en tirent. Avérée, une telle rouerie emprunte bien le chemin de la fraude, même si elle le fait en suivant un sentier de traverse.

Quels sont les éléments mis en avant par les juges du fond pour étayer, en l'espèce, pareille qualification ? À les suivre, les manœuvres frauduleuses sont constituées « à la fois par la non-communication au comité d'entreprise des documents comptables légalement obligatoires et par un discours trompeur ayant sciemment dissimulé aux élus l'augmentation importante de l'endettement de la société X.F. [et sa conséquence directe : l'absence de réserve spéciale de participation] ». Il ne faut pourtant pas s'y tromper. Ce n'est pas l'absence de consultation du comité d'entreprise qui constitue la fraude ; elle n'est pas, en soi, autre chose qu'une (simple) illégalité. Ce n'est pas non plus seulement la dissimulation consciente d'une opération que la direction de l'entreprise sait être préjudiciable aux intérêts des salariés qui la caractérise. Aussi, c'est faire fausse route que d'affirmer « qu'il faut tirer pour conséquence [de cet arrêt] que le mécanisme financier en lui-même n'est pas *a priori* sanctionné mais que seules les manœuvres utilisées pour dissimuler au comité d'entreprise l'opération, sont condamnées »¹¹. La fraude ne réside pas en effet dans les actes de dissimulation imputables à l'employeur. Ces agissements, qui ne sont pas en eux-mêmes frauduleux – ils sont illégaux –, ne sont que des moyens de dissimuler, de camoufler, l'opération frauduleuse. Mais, paradoxalement, c'est en cherchant à la rendre invisible qu'ils offrent aux juges les indices permettant d'en établir l'existence ! C'est dire que si les élus avaient été régulièrement informés de l'opération projetée, cette dernière n'en aurait pas moins été frauduleuse à partir du moment où elle avait pour seul objet de priver les salariés de leurs droits. En fait, l'acte frauduleux n'appa-

raît que dans l'intention des dirigeants des sociétés impliquées d'opérer un montage ayant pour but de priver les salariés de tout ou partie de leur droit (à participation aux résultats). Et c'est au titre du dévoilement de cette intention malicieuse que ces actes de dissimulation sont mobilisés par les juges¹². Avec trois autres éléments. Le premier : le motif allégué par la direction pour justifier l'opération « Cosmos » était la possibilité d'acheter d'autres sociétés, ce qui n'a jamais été fait, laissant à penser que ce motif officiel n'était, en réalité, que fallacieux prétexte ! Le deuxième, qui constitue soutien au premier : des montages alternatifs, préconisés par le comité d'entreprise, auraient permis d'atteindre (tous) les autres objectifs¹³, mis en avant par la direction – et effectivement réalisés ceux-là –, de l'opération ! Signe que la direction, à travers elle, recherchait autre chose d'inavoué (parce qu'inavouable)... Dernier élément : l'emprunt litigieux a été souscrit à un taux anormalement élevé dans le cadre d'une opération intragroupe. C'est donc, là, à la conjonction de ces divers éléments que les juges logent, situent, l'intention frauduleuse et démasquent, à proprement parler, les fraudeurs.

III. – L'INOPPOSABILITÉ

Une fois la fraude caractérisée, quelle(s) conséquence(s) en tirer ? On le sait depuis le doyen Vidal, « la fraude a pour effet sa propre inefficacité »¹⁴. L'inopposabilité apparaît ainsi, très classiquement, comme la sanction « naturelle » (mais pas systématique¹⁵) de la fraude¹⁶. « La fraude permet d'écartier les règles dont le fautif a désiré bénéficier indûment et d'appliquer celles qui ont été illégitimement écartées »¹⁷. Et la cour d'appel de Versailles de ne pas s'écarter de ce traditionnel chemin en jugeant inopposable au comité d'entreprise et aux salariés l'opération de restructuration « Cosmos ». Double inopposabilité dont il est ici possible de s'étonner.

Elle semble en effet n'avoir guère de « sens » lorsque la Cour en offre bénéfice au comité d'entreprise. D'abord, parce que si ses droits à information-consultation ont été manifestement bafoués, il n'y a pas là, comme nous l'avons préalablement écrit, à son égard, véritable fraude – sauf alors à l'entendre dans son sens le plus général, le

10 J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Dalloz, 1957. 208.

11 B. Bédaride, *L'affaire Wolters Kluwer : un LBO en fraude aux droits des salariés*, *Le nouvel économiste.fr*, 18 avr. 2016.

12 M. Dubuy, préc. : « Subjective, l'intention frauduleuse se déduira des circonstances objectives qui entourent la manœuvre ».

13 « L'alignement du statut de l'ensemble des salariés sur une base commune, le développement des ventes croisées avec la possibilité d'étendre à un client existant d'autres produits de la gamme, de simplifier les circuits hiérarchiques ».

14 J. Vidal, *op. cit.*, p. 390.

15 Un seul ex. : la fraude à la loi française est traditionnellement une cause de nullité du mariage, entre Français, célébré à l'étranger dans les formes et selon les lois du pays étranger.

16 V. Bonnet, *Sanction de la fraude : nullité ou inopposabilité ?*, D. 2002. 2217 – A. Jeammaud, préc.

17 Y. Pagnerre, *Cumul contrat de travail – mandat social*, JCP S 2016. 1085.

plus générique ¹⁸ –, mais simple illégalité qui peut être (utilement) sanctionnée, sur le plan civil, par l'allocation de dommages et intérêts et/ou par la suspension du projet patronal concerné (jusqu'à ce que la consultation obligatoire soit effectivement et régulièrement organisée). Ensuite, parce que juger l'opération de réorganisation inopposable à l'institution élue n'a aucune véritable conséquence. Elle ne participe pas d'une protection efficace de ses prérogatives. L'inopposabilité ne place pas les élus dans une autre position que celle qui est la leur dans l'hypothèse où l'opération leur est opposable !

En revanche, l'inopposabilité prend tout son sens lorsqu'elle a pour « bénéficiaires » les salariés, seules véritables victimes de l'opération frauduleuse. Inopposabilité qui conduit concrètement à paralyser les effets de l'emprunt litigieux sur la réserve spéciale de participation et

ainsi à « reconstituer » les droits des salariés. Et les juges du second degré d'ordonner une expertise, intégrant certains éléments (principe de calcul d'un accord de participation de 2008, rapport d'expertise réalisé en 2011 à la demande du comité d'entreprise) devant permettre de fixer le montant de cette réserve de 2007 à 2015.

« Adage de la plus haute volée », la règle *Fraus omnia corrumpit* est « vigile suprême, garantissant la loyauté des rapports juridiques » ¹⁹. Mais vigile aveugle sans le relais d'un juge à la vision bien acérée. Il faut louer ici, avec force, la cour d'appel de Versailles d'être montée sur la tour de guet et d'avoir, avec rigueur et méthode, vu et condamné, dans la sombre forêt des mécaniques financières, les apprêts, indéliques et déloyaux, que le temps, qui est le nôtre, de la cupidité et de la prédation ne cesse d'inventer et de perfectionner ■

18 G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 2011. 478, v° « Fraude » : « Agissement illicite par l'emploi de moyens illégaux ».

19 H. Roland et L. Boyer, Adages du droit français, 3^e éd., Litec, 1992. 288 s.