

Montant du bénéfice net certifié par une attestation du commissaire aux comptes de la société ne pouvant être remis en cause y compris en cas de fraude ou d'abus de droit invoqués à l'encontre des actes de gestion de la société.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 28 février 2018

Wolters Kluwer France et Holding Wolters Kluwer France contre SIPM-CNT, SNJ, SNE-CFDT
et UGICT-CGT (p. n° 16-50.015, publié)

Sur le premier moyen du pourvoi principal des sociétés Wolters Kluwer France et Holding Wolters Kluwer France :

Vu l'article L. 3326-1 du Code du travail ;

Attendu, selon ce texte, d'ordre public absolu, que le montant du bénéfice net et celui des capitaux propres de l'entreprise sont établis par une attestation de l'inspecteur des impôts ou du commissaire aux comptes et qu'ils ne peuvent être remis en cause à l'occasion des litiges relatifs à la participation aux résultats de l'entreprise ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Wolters Kluwer France (WKF) et la société mère Holding Wolters Kluwer France (HWKF) font partie du groupe hollandais Wolters Kluwer, leader européen de l'information juridique et fiscale, présent dans cent soixante-dix pays et dont le siège social est situé à [...] ; que l'activité en France, initialement composée de onze structures juridiques et opérationnelles, a été réorganisée en juin 2007 sous l'intitulé "opération Cosmos" ; que les sociétés Lamy et Groupe Liaisons et leurs filiales ont été dissoutes, avec transmission universelle de leur patrimoine entre les mains d'un actionnaire unique, la société WKF, qui a acheté toutes leurs actions et a pu augmenter ainsi son capital, tout en permettant à la société mère, la société HWKF, d'atteindre le seuil d'un milliard d'euros au bilan ; que, pour acheter ces actions, le 24 juillet 2007, la société WKF a souscrit un emprunt de 445 millions d'euros auprès de la société HWKF, remboursable sur quinze ans, qui a eu pour effet d'empêcher tout versement de participation aux salariés en raison de cet endettement ; que l'Union fédérale des ingénieurs, cadres et techniciens du livre et de la communication (UFICT-CGT), le Syndicat interprofessionnel de la presse et des médias de la Confédération nationale du travail (SIPM-CNT), le Syndicat national des journalistes (SNJ) et le Syndicat national de l'écrit (SNE-CFDT) ont saisi le tribunal de grande instance aux fins de déclarer l'opération de restructuration Cosmos intervenue le 30 juin 2007 inopposable aux salariés et d'obtenir la condamnation des sociétés WKF et HWKF à reconstituer une réserve spéciale de participation pour les exercices 2007 à 2022 et à la répartir entre les salariés ;

Attendu que pour déclarer les demandes des syndicats SIPM-CNT, SNJ et SNE-CFDT recevables à l'encontre de la société WKF et déclarer recevable l'intervention volontaire du syndicat UGICT-CGT à l'égard des sociétés WKF et HWKF, l'arrêt retient que les syndicats, sans remettre en cause la sincérité des attestations du commissaire aux comptes, sollicitent seulement que l'opération de restructuration Cosmos

soit déclarée inopposable aux salariés de la société WKF, avec pour conséquence la réintroduction dans le bénéfice net des sommes soustraites abusivement à ce bénéfice du fait des charges de l'emprunt litigieux, afin de reconstituer la réserve de participation ; que les attestations établies par le commissaire aux comptes ne sauraient, en tout état de cause, faire obstacle à ce que le juge judiciaire, à l'occasion du litige dont il est saisi et qui relève de sa compétence, remette en cause, en cas de fraude de la société WKF, les comptes certifiés par ce professionnel sur la base des éléments fournis par la société ; que ces attestations ne sauraient donc faire obstacle à ce que l'opération Cosmos puisse, elle-même, être contestée dès lors que les syndicats appelants et intervenants ne se fondent pas sur ces attestations, qui sont postérieures au rapport de l'inspecteur du travail relevant le délit d'entrave, mais sur la base d'un ensemble de documents, comme les rapports d'expertise comptable, les procès-verbaux des réunions du comité d'entreprise et les propres déclarations des dirigeants de la société WKF ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le montant du bénéfice net devant être retenu pour le calcul de la réserve de participation qui avait été certifié par une attestation du commissaire aux comptes de la société dont les syndicats ne contestaient pas la sincérité ne pouvait être remis en cause dans un litige relatif à la participation, quand bien même l'action des syndicats était fondée sur la fraude ou l'abus de droit invoqués à l'encontre des actes de gestion de la société, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et vu l'article 627 du Code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il soit nécessaire de statuer sur le second moyen du pourvoi principal et le moyen unique du pourvoi incident :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 2 février 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

DÉCLARE IRRECEVABLES les demandes des syndicats SIPM-CNT, SNJ, SNE-CFDT et UGICT-CGT ;

Condamne le Syndicat interprofessionnel de la presse et des médias de la Confédération nationale du travail, le Syndicat national des journalistes, le Syndicat national de l'écrit CFDT et l'Union générale des ingénieurs, cadres et techniciens CGT aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

M. Frouin, prés. - SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, av.)

Note 1.

Les actions judiciaires engagées par des syndicats implantés chez Wolters Kluwer et qui, pour l'une d'entre-elles, a abouti à la décision de la Chambre sociale de la Cour de cassation commentée ici, avaient comme origine l'indignation des salariés et de leurs représentants devant la gestion financière particulièrement agressive de la direction du groupe Wolters Kluwer (I). Mais, l'indignation ne trouva pas le réconfort et la réparation qu'elle était en droit d'attendre de la part des institutions judiciaires (II), bien au contraire, elle n'a fait que s'amplifier (III).

I. Une financiarisation agressive

Le groupe Wolters Kluwer (WK), dont le siège social se trouve aux Pays-Bas, est dirigé depuis 2003 par l'Américaine Nancy Mc Kinstry, qui a imposé un mode de gouvernance centralisé ne laissant que peu d'autonomie aux divisions locales. Troisième groupe mondial d'édition spécialisée, il dégage 4,5 milliards de chiffre d'affaires par an et une rentabilité de plus 22 %. Avec sa filiale Corporation Trust, le groupe est propriétaire du plus grand immeuble de domiciliation de sociétés dans le Delaware, le grand paradis fiscal américain où WK défiscalise 285 000 sociétés. Est-il utile de préciser que cette activité est particulièrement rentable ? En France, le groupe Wolters Kluwer France est connu pour ses activités d'éditeur juridique avec la maison d'édition Lamy et la presse professionnelle du groupe Liaisons. En 2007, les neuf sociétés qui constituent le groupe Wolters Kluwer France (WKF) employaient 1 250 salariés, journalistes rémunérés à la pige compris.

A. Fusion des neuf sociétés françaises par le biais d'un « rachat à soi-même »

Après avoir mutualisé les services supports (direction financière et direction des ressources humaines, services généraux, direction informatique et direction commerciale) en 2005, les neuf sociétés du groupe seront regroupées sur un même lieu de travail à Rueil-Malmaison l'année suivante. C'est en 2007 que la direction présente aux élus des trois comités d'entreprise alors en place un projet dit « Cosmos », qui avait comme ambition de fusionner les neuf sociétés du groupe en une seule grande entreprise. Ce projet avait comme premier effet de remettre en cause les accords d'entreprise, ainsi que les modalités de mise en œuvre de la participation aux bénéfices en faveur des salariés. Sur le premier point, la direction proposa d'encadrer les négociations du futur « statut social » par un accord-cadre, dit accord

de méthodologie. Concernant la participation, la direction WKF expliqua en séance de comité d'entreprise que la réserve de participation serait partagée de façon équitable entre tous les salariés du groupe, ce qui n'était pas le cas auparavant, certains salariés, du fait du seuil d'effectif inférieur à cinquante salariés, échappant alors à ce dispositif de rémunération.

En 2008, lors de la présentation des comptes annuels et des négociations sur la participation, les élus découvrent – difficilement – un endettement de 445 millions d'euros au niveau de WKF et de 55 millions d'euros pour la Holding WKF. Cet endettement a été contracté pour réaliser la fusion, ce qui avait été sciemment caché aux élus. Il a comme effet notable de rendre la société WKF non passible de l'impôt sur les sociétés et de réduire à néant et de façon durable toute possibilité de dégager une réserve de participation. Pour les salariés de WKF et leurs représentants, ce fut un choc sévère qui déboucha sur plusieurs actions : une grève soutenue, l'information de son député et de son sénateur par chaque salarié et des demandes d'explications motivées et réitérées à la direction de WKF. À défaut d'obtenir des explications, une partie des élus décida d'agir en justice, tandis que toutes les organisations syndicales usèrent leurs forces à demander à la direction de WKF une négociation permettant de corriger l'effet dissolvant de l'opération « Cosmos » sur le calcul de la réserve de participation. En vain.

Notre premier souci a été de comprendre comment un groupe d'entreprises qui distribuait environ cinq millions d'euros par an, en participation principalement et, pour une des entités, sous la forme d'un intéressement, pouvait, parce qu'il s'était constitué en une seule entreprise, ne plus être en capacité de dégager une réserve de participation. Comment pouvait-on passer de cinq millions d'euros à zéro ? N'obtenant aucune réponse de la direction de l'entreprise, le comité d'entreprise de la nouvelle société WKF demanda, sur la base de l'article L.225-231 du Code de commerce, au Tribunal de commerce de Nanterre la désignation d'un expert judiciaire afin de procéder à une expertise de gestion. Celle-ci portait précisément sur les modalités de l'opération « Cosmos » et incluait la société Wolters Kluwer France et la société La Holding Wolters Kluwer France. Le Tribunal de commerce, comme la Cour d'appel, puis la Cour de cassation décidèrent d'exclure du périmètre de l'expertise les éléments relevant de la Holding Wolters Kluwer France. Le périmètre de l'expertise se bornant à celui du comité d'entreprise de WKF (1).

(1) Tribunal de commerce de Nanterre 14 décembre 2010, n°2010R1539 ; Cour d'appel de Versailles, 14^{ème} ch., 14 décembre

2011, n°10/09.542 ; Cass. Soc. 10 septembre 2013, n°12-16.509, BC IV n°130.

Néanmoins, le rapport de l'expert révéla certains points intéressants. En premier lieu, la fusion avait été réalisée par le biais d'une cession et non, comme l'avait présenté initialement la direction, uniquement par le biais de la transmission universelle de patrimoine. Puisqu'il s'agissait d'une cession, il y avait donc un prix de vente et une plus-value de cession. Aussi bien pour les salariés que pour les représentants du personnel, l'idée d'acheter ce que l'on possède déjà n'allait pas de soi, mais la lecture du rapport indiquait, en outre, que cet achat avait requis un prêt de 445 millions d'euros et donc un endettement auprès de la maison-mère WK NV, sise aux Pays-Bas. Il ressortait effectivement de l'opération « Cosmos » que cette fusion se traduisait, pour la société WKF nouvellement créée, par un endettement sur quinze ans, jusqu'en 2022. Le rapport révéla également que le capital prêté fut immédiatement remboursé par la société WKF, puis, par la « magie » des décisions de l'entreprise, distribué à la société-mère sous forme de dividendes exceptionnels à hauteur de 555 millions d'euros (en outre, l'année 2007 avait été plutôt bonne en termes de résultat opérationnel). La société WKF ne devant dès lors rembourser « que les intérêts du prêt », qui s'élèvent aujourd'hui en cumul à plus de 110 millions d'euros. Enfin, le rapport de l'expert expliquait que la société qui avait « acheté » les sociétés du groupe WKF était une société « coquille vide » créée en 2004, ce qui atteste de la préparation de l'opération. L'expert judiciaire soulignait enfin qu'il était tout à fait possible de réaliser la fusion souhaitée par la direction sans aucun endettement. Pour reprendre les termes utilisés par les financiers, il s'agissait d'un « LBO » (2), mais d'un « LBO » réalisé au sein d'un groupe, un « LBO » incestueux en quelque sorte.

Après cette fusion réalisée en 2007, la direction de Wolters Kluwer ne tarda pas à mettre en œuvre un plan de suppressions de postes (115 postes en 2009/2010), puis une vague de cessions (Tribune de l'assurance, Val informatique, Pôle Santé, Gestion sociale, et le pôle presse), qui aboutirent à créer de fait une « entreprise moyenne », puisque l'effectif actuel en 2018 de l'entreprise Wolters Kluwer France est d'un peu moins de 430 salariés en CDI. La volonté de l'entreprise d'alléger les coûts, notamment salariaux, s'est aussi traduite par des « départs dits naturels », avec un taux de licenciements pour motif personnel cinq fois supérieur à la moyenne nationale et un taux de rupture conventionnelle dix fois supérieur à la moyenne nationale (3).

Sur le plan opérationnel, alors que la révolution numérique nécessitait des investissements pour créer de nouveaux produits et faire évoluer les produits existants, c'est une entreprise exsangue qui affrontait ce changement pourtant passionnant.

Le rapport de l'expert judiciaire, très mesuré (trop peut-être ?) n'incita pas la direction de Wolters Kluwer France à ouvrir une négociation sur la participation. La suppression de la réserve de participation, bien que présentée par la direction de Wolters Kluwer comme un effet et non comme un objectif de l'opération « Cosmos », ne sera donc jamais réparée par la négociation, malgré les propositions de toutes les organisations syndicales. Disons-le tout net, même les plus férus de « dialogue social » devaient convenir que l'on n'était pas sur la voie de la réparation de la relation salariale abîmée par les modalités de la fusion. Nous avons donc compris que ce qui nous frappait de plein fouet, dégradait nos conditions de travail, ou compromettait notre maintien dans l'emploi, s'appelle « financiarisation ». Cette modalité de gestion de l'entreprise méprise tout attachement à la pérennité de l'activité et reste une source d'étonnement sans cesse renouvelé pour les salariés, qui, eux, sont attachés à leur travail, jusqu'à ce que survienne la décision de trop qui se traduit par un désinvestissement pour le travail, la maladie ou un acte désespéré. Le groupe Liaisons, les éditions Lamy n'échapperaient pas à cette tendance, qui sape le moral des salariés de nombreuses entreprises actuellement en France.

B. Assèchement du bénéfice et de la participation aux résultats

Il n'avait pas échappé aux salariés de Wolters Kluwer France que le premier effet de l'opération « Cosmos » était fiscal. L'endettement de la nouvelle société Wolters Kluwer France réduisait le résultat net d'exploitation à zéro : donc WKF n'était plus passible de l'impôt sur les sociétés, qui était à l'époque au taux de 33 %. Confiant dans les institutions de leur pays, les salariés espéraient un contrôle fiscal qui aurait pu déboucher sur un redressement en raison du caractère artificiel de l'endettement. Le contrôle eu lieu et c'est bien vers un redressement que s'orientait le contrôleur, mais c'était sans compter sur l'intervention de sa hiérarchie (qui exactement ? Nous ne le savons toujours pas !), qui décida finalement de valider le montage financier et juridique réalisé par Wolters Kluwer et de ne pas procéder au redressement

(2) « Leverage Buy Out » ou opération de rachat d'entreprise avec effet de levier : le rachat est financé par le recours à un prêt remboursé avec les résultats de l'entreprise acquise.

(3) Comparatif des données sur les effectifs mensuels et annuels de WKF ; à comparer avec <https://dares.travail-emploi.gouv.fr/dares-etudes-et-statistiques/statistiques-de-a-a-z/article/les-mouvements-de-main-d-oeuvre>.

fiscal. WKF restait donc non passible de l'impôt et aucun nouveau calcul de la réserve de participation ne serait réalisé. Cette décision continue de nous interroger, car les modalités de l'emprunt enfreignent les règles des prêts intra-groupe, comme le démontre S. Jubé (4). Pourquoi l'administration fiscale n'en a-t-elle pas tenu compte, puisque c'était la loi ? Nous resterons sans doute à jamais sans réponse, mais il ressort clairement de cette partie de l'histoire que les salariés et leurs représentants ne sont pas suffisamment armés en matière fiscale. Le verrou de Bercy, cette anomalie en démocratie, qui donne au seul ministre des Finances et du Budget la possibilité de décider ou non des poursuites, ne permet pas aux salariés, à leurs institutions représentatives et à leurs organisations syndicales, ni même au procureur de la République, de défendre le droit à la participation aux bénéficiaires, alors que le résultat fiscal reste la base commune de calcul de l'impôt et de la réserve de participation. Les salariés seront donc doublement pénalisés : en perdant le versement de leur part de participation et en tant que contribuables devant compenser l'impôt qui n'est plus acquitté par leur société employeur. Pour ceux, nombreux, qui ont, de surcroît, perdu leur emploi par la suite, on mesure que comprendre ne suffisait pas. Réparer semblait une moindre mesure, ce qui n'excluait pas de voir sanctionner le comportement de la direction vis-à-vis des élus, dont elle avait entravé l'action.

Le comité d'entreprise déposa donc une plainte simple auprès du procureur de la République afin de voir sanctionner la direction de WKF pour entrave au bon fonctionnement du comité d'entreprise. Le rapport de l'inspection du travail concluait à la commission répétée d'entraves au bon fonctionnement du comité d'entreprise et la direction de WKF elle-même finit par reconnaître les faits, ce qui lui valut un simple rappel à la loi.

Finalement, il restait à rechercher une réparation qui pouvait prendre la forme d'une neutralisation du montage financier de la fusion sur le calcul de la réserve de participation. C'est cette voie que quatre syndicats représentatifs chez WKF, dont la CGT, tentèrent devant les juridictions civiles. Précisons également que le droit à la participation aux bénéficiaires en faveur des salariés nous paraissait un excellent instrument juridique pour aller questionner la gestion financière de l'entreprise. Trop souvent, nous délaissions la défense de ce droit à participation parce qu'il s'agit d'une « rémunération complémentaire », qui n'est pas du salaire et qui échappe à la cotisation

sociale. Exactement ce que nous ne voulons pas voir prospérer. Notre démarche concernant la participation a donc été en partie instrumentale. Il s'agissait de faire respecter un droit des salariés au partage des bénéficiaires et de s'en servir pour interroger les montages financiers d'optimisation fiscale.

Si, comme le rappelle J.-P. Le Crom, « *les prosélytes de l'association capital-travail ... voyaient plus loin en visant à terme une sorte d'implosion du système capitaliste, celui-ci se sabordant en quelque sorte en se généralisant* », nous ne pouvons que constater que, faute de rapport de forces suffisant, il n'est même plus question aujourd'hui d'accompagner le développement capitaliste.

Au-delà de la simple question de la participation, tous les chiffres indiquent la part croissante prise par les dividendes par rapport aux investissements et aux salaires sur les quarante dernières années). Il nous semble utile de discerner comment cette « prédation » se réalise au sein des entreprises, qui sont de plus en plus utilisées, non pas comme lieux de production de richesses, mais comme instruments de production de valeurs pour les actionnaires. Ce n'est qu'une des voies empruntées pour accroître la rémunération du capital au détriment de celle du travail, mais il nous paraissait intéressant de commencer à mettre des limites à cette gabegie. Par ailleurs, l'article 8 du Préambule de la constitution de 1946, qui a valeur constitutionnelle, proclame « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail, ainsi qu'à la gestion des entreprises* » ; aussi nous nous sentions parfaitement légitimes à nous mêler de ce qui nous concernait.

Si le TGI de Nanterre déboute sèchement les organisations syndicales, la Cour d'appel de Versailles fait droit à leur demande et relève que l'opération « Cosmos » constitue des manœuvres frauduleuses (5). Celles-ci sont constituées par un taux d'intérêt du prêt intra-groupe élevé, débouchant sur un endettement important et un avantage substantiel au prêteur (la société de tête ayant son siège social aux Pays-Bas) et par une absence de consultation loyale du comité d'entreprise. La Cour d'appel de Versailles décidait, en janvier 2016, de rendre les effets de l'opération « Cosmos » inopposables aux salariés pour le calcul de la réserve spéciale de participation pour les années 2007 à 2011 et invitait la direction de WKF et les organisations syndicales à trouver une solution négociée pour

(4) S. Jubé, « Réserve spéciale de participation : un problème de calcul », Rec. Dalloz 2018, p. 1953.

(5) TGI Nanterre 22 janvier 2015, RG n° 12/07.821 ; CA Versailles, 2 février 2016, RG n° 15/01.292.

les années 2012 à 2015 (6). L'expert-comptable des organisations syndicales estimait alors le rattrapage compris dans une fourchette de 6 à 8 millions d'euros. La direction de WKF n'ouvrira aucune négociation et formera un pourvoi devant la Cour de cassation, qui rendra son arrêt le 28 février 2018.

II. L'arrêt du 28 février 2018 ou la nuit du droit

La Chambre sociale de la Cour de cassation, en formation de droit commun (six magistrats), a décidé d'une cassation sans renvoi, ce qui est assez rare, et a fondé sa décision sur un moyen soulevé d'office, ce qui est rare également.

A. Intangibilité de l'attestation du Commissaire aux comptes

Avant d'être une solution, un arrêt est un raisonnement. Or, la lecture du dispositif de l'arrêt du 28 février 2018 laisse une impression prononcée qu'ici le processus a été inversé. En premier lieu, au visa, la Chambre sociale énonce que l'article L. 3326-1 du Code du travail, qui prévoit que « le montant du bénéfice net et celui des capitaux propres de l'entreprise sont établis par une attestation de l'inspecteur des impôts ou du commissaire aux comptes. Ils ne peuvent être remis en cause à l'occasion des litiges nés de l'application du présent titre », est d'ordre public absolu. Cette caractéristique, qui était absente des précédentes décisions de la Chambre sociale, ne peut que surprendre : quel est, en effet, l'intérêt d'affirmer que cette disposition ne peut-être aménagée par accord, si ce n'est la volonté de parer l'article L. 3326-1 d'une autorité particulière ? (7). Autorité propre à écarter, aux yeux de la formation de jugement, l'effet souverain de l'exception de fraude invoquée par les organisations syndicales. Contre toute attente en effet, la Chambre sociale n'examine pas la fraude alléguée, ce qui était jusqu'ici sa méthode classique de raisonnement. L'exception de fraude étant, bien entendu, placée sous le contrôle du juge (8).

Or, elle décide « qu'en statuant ainsi, alors que le montant du bénéfice net devant être retenu pour le calcul de la réserve de participation qui avait été certifié par une attestation du commissaire aux comptes de la société, dont les syndicats ne contestaient pas la sincérité, ne pouvait être remis en cause dans un litige relatif à la participation, quand bien même l'action des syndicats était fondée sur la fraude ou l'abus de droit invoqués à l'encontre des actes de

gestion de la société, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». Cette solution va, en outre, à l'encontre des préconisations de l'avocat général, qui avait souligné dans son rapport que l'article L. 3326-1 ne devait pas servir de « bouclier » à la fraude.

Dans un article éclairant, S. Jubé relève que « lorsque le litige porte sur un montage frauduleux intervenant en amont de la préparation des comptes sociaux, on ne peut considérer qu'il est « né de l'application » des dispositions spécifiques du droit à participation. Il ne tombe pas sous le coup de l'article L. 3326-1, alinéa premier, selon lequel « ils (les montants) ne peuvent être remis en cause à l'occasion des litiges nés de l'application du présent titre » ». Selon lui, l'article L. 3326-1 du Code du travail ne devait pas être mobilisé dans la solution du litige présenté à la Cour de cassation.

B. La sincérité des comptes n'exclut pas l'insincérité de la gestion de l'entreprise

L'article L. 3326-1 du Code du travail, qui vise initialement à sécuriser les données sur lesquelles se fondent le calcul de la réserve de participation, qui risqueraient d'être écornées par des employeurs indelicats, n'a pas été conçu par le législateur comme un empêchement à contester les chiffres retenus pour établir le calcul légal ou dérogatoire de la participation. Il devrait donc être possible de contester l'attestation du commissaire aux comptes devant le juge civil de droit commun.

Cette contestation de l'attestation délivrée par le commissaire aux comptes (CAC) doit être entreprise en cas d'erreur comptable. Mais elle n'est pas utile lorsqu'il n'y a pas d'erreur de comptes, ce qui était bien le cas en l'espèce. En effet, le choix de s'endetter auprès de la société néerlandaise pour acheter, sous une nouvelle forme sociétale, ce que l'on possédait sous une autre forme sociétale, n'est pas une erreur dans les comptes. C'est une utilisation abusive du droit des sociétés, une fraude, destinée à réduire l'impôt sur les sociétés et à ne plus être redevable de la participation. Cet endettement est artificiel, mais il est réel.

Si l'attestation du CAC avait été contestée devant le Tribunal de grande instance, ce dernier aurait pu estimer l'action infondée, les comptes étant sincères. Mais la sincérité des comptes n'exclut pas l'insincérité de la gestion de l'entreprise. C'était tout le problème

(6) Gilles Auzero, « Optimisation fiscale vs droit à la participation financière des salariés », RDT mai 2016, pp.335 et s. ; Patrice Adam, « le ver (la fraude) est dans le fruit (le droit à la participation aux résultats) », Droit Social, 2016, Études, p.756.

(7) Cass. Soc. 10 janvier 2017, n° 14-23.888, Publié ; Cass. Soc. 9 février 2010, n° 08-11.338 ; Cass. Soc. 8 décembre 2010, n° 09-65.810, BCV n° 288 ; Cass. Soc. 7 novembre 2001, n° 00-12.216.

(8) Cass. Soc. 7 novembre 2001, préc.

posé à la Chambre sociale de la Cour de cassation, qui a décidé de ne pas s'en emparer et de laisser la voie libre aux opérations financières prédatrices. S'il est important d'assurer une sécurité juridique suffisante aux entreprises, il ne devrait pas être impossible de dé-sécuriser celles qui ne consentent plus à l'impôt et à leurs obligations sociales en matière de participation aux bénéfices en faveur des salariés. Dans notre système juridique, la fraude est un moyen souverain, soumis à l'examen exigeant des juges, qui permet de rétablir le droit, y compris face aux habiletés les plus inventives (9).

La Chambre sociale a refusé d'examiner cette voie, quitte à considérer que la preuve de la fraude n'était pas suffisamment étayée, ce qui pouvait se concevoir, mais ne pouvait, il est vrai, aboutir à une décision de cassation sans renvoi. En se plaçant sur le terrain de la fraude, la Chambre sociale était obligée de casser avec renvoi si elle estimait que les éléments de preuves étaient insuffisants. Ce qu'elle ne tenait pas à faire, manifestement. Il en résulte cette décision, publiée au Bulletin civil de la Cour de cassation et confirmée quelques mois plus tard (10), qui ne cesse de susciter des interrogations.

C. Anéantissement d'une jurisprudence constante depuis plusieurs siècles

On est troublé de voir comment les magistrats de la Chambre sociale ont évacué la question centrale du litige qui leur était soumis. Dans un article remarqué, P. Sargos, président honoraire de chambre à la Cour de cassation, affirme que « *L'arrêt de la Chambre sociale du 28 février 2018 (Cass. Soc., 28 févr. 2018, n° 16-50.015 : JurisData n° 2018-002735) a rompu avec le consensus existant depuis plusieurs siècles quant à la portée universelle de l'exception de fraude* ». Il ajoute : « *Or l'arrêt de cassation décide in abstracto que le montant du bénéfice certifié par le commissaire aux comptes – lequel n'a pourtant pas nécessairement connaissance d'une fraude et dont les pouvoirs sont limités – pour le calcul de la réserve de participation ne peut être remis en cause dans un litige relatif à la participation, quand bien même l'action des syndicats était fondée sur la fraude ou l'abus de droit invoqués à l'encontre des actes de gestion de la société. Il s'agit donc bien d'un revirement total par rapport à une jurisprudence ininterrompue depuis plusieurs siècles quant à l'application universelle de l'exception de fraude.*

Ce revirement – outre son inutilité, car la prudence raisonnable constante de la Cour de cassation dans l'admission de l'exception de fraude empêche toute dérive – encourt plusieurs critiques » (11). Les propos sont forts, mais justifiés.

L'adage ou principe *fraus omnia corrumpit* (12) est au cœur du droit et permet aux juges de rétablir la justice, y compris face aux manœuvres ou habiletés qui ont l'apparence de la légalité. En refusant d'examiner le moyen de la fraude invoqué par les syndicats, et alors que les salariés de WKF étaient durablement, et de façon certaine, privés de leur droit à participation, la Chambre sociale a créé une exception à l'application de ce principe général du droit qui ne trouve aucune justification. En effet, on ne voit pas en quoi obliger une société appartenant à un groupe florissant à recalculer une réserve de participation crée une situation motivant une exception à l'application du principe de la fraude. Concrètement, selon les estimations des experts des organisations syndicales, la réserve de participation pouvant être « récupérée » par les salariés se chiffrait entre 6 et 8 millions d'euros, c'est-à-dire entre 5 à 6 mois du salaire annuel de la CEO (13) du groupe Wolters Kluwer.

S. Jubé souligne, en outre, que le montage réalisé par Wolters Kluwer France constitue une fraude au droit comptable des fusions-absorptions, qui prescrit des règles particulières en matière de fusion intra-groupe, notamment au regard de l'évaluation des sociétés concernées par la fusion, qui doivent alors être évaluées par rapport à leur valeur « comptable » et non leur valeur « réelle », c'est-à-dire leur valeur sur le marché. Il souligne que « *c'est précisément parce qu'il veille à garantir la « réalité » du résultat que le droit comptable interdit le recours à la « valeur réelle » dans le cadre d'une fusion de sociétés sous contrôle commun* ». On comprend dès lors encore moins comment le moyen soulevé d'office par la Chambre sociale de la Cour de cassation a pu concerner l'absence de contestation de l'attestation du commissaire aux comptes. De surcroît, ce moyen soulevé d'office n'a pas été présenté aux parties, qui n'ont pu s'exprimer sur le raisonnement inédit de la Chambre sociale.

Tant la solution retenue, le raisonnement suivi que la procédure malmenée font de la décision du 28 février 2018 un objet d'étonnement.

(9) P. Sargos, « La fraude licite », JCP éd. Générale n° 24, 11 juin 2018, n° 662, p. 1150 et s. ; v. en réponse : J.-F. Cesaro, A. Martinon, R. Vatinet, « La fraude imaginaire », JCP S n° 29, 24 juillet 2018, n° 1251 et s.

(10) Cass. Soc. 6 juin 2018, n°s 16.24.566 et 16-25.749, Publié.

(11) P. Sargos, « La fraude licite », préc.

(12) « *La fraude corrompt tout* ».

(13) Le Chief Executive Officer est l'équivalent du Président Directeur Général.

III. Épilogue : la Chambre sociale fragilisée par les soupçons de partialité

Dans l'après-midi du 28 février 2018, une partie des salariés de WKF s'étaient rassemblés pour lire cette décision tant attendue. Choqués par celle-ci, ils relevèrent que trois des magistrats ayant participé au délibéré intervenaient régulièrement dans des formations et dans des revues de la société WKF, qui est une société de presse spécialisée dans l'édition juridique (Éditions Lamy et Presse Liaisons). Cette proximité avec la partie patronale n'était pas de nature à calmer la déception, loin de là.

Le 18 avril 2018, des articles du *Canard enchaîné* et d'*Alternatives économiques* révélèrent au public cette situation constitutive d'un manque d'impartialité (14). En effet, trois des magistrats, dont le président de la Chambre sociale, le doyen de la Chambre sociale et une conseillère participent à des formations commercialisées par la société WKF. Ils font également publier des articles dans les revues de jurisprudence de cette même société. Si les articles sont payés en droits d'auteur, les formations organisées par WKF, qui en choisit le thème et le lieu à Paris, sont payées en salaires et donnent lieu à l'établissement de bulletins de paye. Les magistrats figurent dans le registre du personnel de la société WKF et dans les listings des bénéficiaires des œuvres sociales établis par l'employeur et transmis au Comité d'entreprise, mais en revanche ne figurent pas dans la liste des électeurs.

Estimant que ces trois magistrats, qui ne pouvaient être salariés par une entreprise privée au regard de l'article 8 de l'ordonnance de 1958, qui porte statut de la magistrature, auraient dû se déporter, c'est-à-dire ne pas délibérer dans ce litige en raison du lien qu'ils entretenaient avec l'une des parties, deux recours ont été formulés. Le premier devant le Conseil supérieur de la magistrature (cette plainte est en cours d'examen). Le second, devant la Cour européenne des droits de l'Homme, vise à voir reconnu un manquement objectif à l'impartialité et l'absence de procès équitable. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme proclame que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial (...) ». Précisons qu'aucun recours en droit

interne n'est prévu lorsque le manquement à l'impartialité est le fait des Hauts magistrats.

La polémique a enflé à l'occasion d'une tribune publiée en septembre 2018 dans la revue *Droit Social* et signée par trente-deux professeurs de droit, qui se concluait par une phrase fort peu rationnelle : « Une certitude pour conclure, en forme de vérité d'évidence partagée par tous les universitaires signataires : jamais la droiture, l'indépendance et l'impartialité de ses magistrats n'ont été, et ne peuvent être mises en doute ». La réponse apportée par J.-J. Dupeyroux, sous forme de tribune également, dans la même revue *Droit Social*, en octobre 2018, nous paraît clore cette polémique sur la probité des magistrats de la Cour de cassation, probité qui n'a pas été remise en cause et qui ne se confond pas avec le manque d'impartialité (15).

Comme le souligne le Conseil supérieur de la magistrature sur son site, « l'impartialité du magistrat constitue, pour celui-ci, un devoir absolu, destiné à rendre effectif l'un des principes fondateurs de la République : l'égalité des citoyens devant la loi. L'impartialité est, au même titre que l'indépendance, un élément essentiel de la confiance du public en la justice. Parce qu'elle conditionne la validité, non seulement de la décision elle-même, mais également du processus qui conduit le magistrat à sa décision, l'obligation d'impartialité impose la mise en œuvre de principes institutionnels, fonctionnels et personnels ».

E. Dockès invite fortement et de façon salutaire à briser le lien entre l'activité des juges et le marché du droit : « la bonne foi des magistrats en cause convainc, mais elle inquiète. Elle est symptomatique de deux banalités. Celle d'une décision qui tord le droit pour mieux permettre aux groupes internationaux de frauder la loi et violer les droits des salariés. Celle d'une logique de marché devenue si puissante que la pratique de petites activités rémunératrices annexes par les conseillers de la Cour de cassation n'était même plus questionnée » (16).

Anne de Haro,

ex-Déléguée syndicale CGT WKF

(14) Le *Canard enchaîné* édition du 18 avril 2018, v. également un second article dans l'édition du 25 avril 2018 ; M. Chevallier, « Enquête : Des magistrats de la Cour de cassation juges et parties ? », *Alternatives économiques*, 18 avril 2018.

(15) J.-J. Dupeyroux, Des juges dans la cité (II), *Droit Social* 2018, p. 772.

(16) E. Dockès, « Conflit d'intérêts à la Chambre sociale de la Cour de cassation et dérive des temps », rec. Dalloz 2018, p. 1930.

Note 2.

Tout d'abord, il convient de repartir de la formule de calcul de la participation et relever les impacts que les choix de gestion des sociétés ou des groupes peuvent avoir sur celle-ci.

En effet, nous sommes confrontés à un préalable de la part des juges que les choix de gestion s'inscrivent dans le monopole des propriétaires de la structure, dans le cadre du droit de propriété privée. Les entités économiques (les entreprises) font partie du patrimoine de ceux qui en détiennent le pouvoir de contrôle.

I. Le calcul de la participation

Le mode de calcul repose sur un texte légal (17), même si un accord dérogatoire peut en modifier les données, mais pour cela il faut conclure un accord collectif tel que déterminé par le Code du travail (18).

La formule légale de la réserve spéciale de participation (RSP) est la suivante :

$$RSP = \frac{1}{2} (B - 5\%C) * (S/VA)$$

- B correspond au bénéfice net de l'entreprise,
- C aux capitaux propres,
- S aux salaires,
- VA à la valeur ajoutée.

Mais, au-delà des mots, ces définitions sont données par les textes et ne correspondent pas aux données calculées selon le plan comptable (soldes intermédiaires de gestion).

Les éléments servant de calcul se trouvent dans la liasse fiscale établie par les entreprises une fois par exercice pour calculer l'impôt sur les bénéfices et non sur les états financiers établis lors de l'arrêté des comptes.

A. Détermination de B

B n'est pas le résultat indiqué au compte de résultat, mais au résultat fiscal d'origine française déterminé de façon extracomptable (imprimé 2058A de la liasse fiscale).

En effet, entre le résultat comptable et le résultat fiscal, il existe des différences liées à l'application des règles fiscales.

Ainsi, B correspond au résultat fiscal, dont des produits comptables ne supportent pas l'impôt ou des charges qui ne sont pas déductibles.

Ainsi, les crédits d'impôts (crédit d'impôt recherche et crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi) ne rentrent pas dans le résultat fiscal, et certaines

dotations aux provisions ne sont pas déductibles, et leurs reprises ultérieures ne sont pas imposables.

Dans le cadre des relations de sociétés-mères à filiales, les dividendes perçus ne sont pas imposables.

Certaines plus-values dégagées par des cessions d'actifs sont imposées à un taux différent du taux normal, et donc n'entrent pas dans la base fiscale.

Par les temps qui courent d'optimisation fiscale, les sociétés paient des experts pour leur permettre de réduire l'impôt au maximum, dans le cadre de la législation en vigueur.

Ces éléments ont donc un impact direct sur la participation, compte tenu du mode de détermination du résultat fiscal.

Le B de la formule de calcul correspond donc au résultat fiscal après impôt au taux normal (33 1/3, ou 15 % selon le cas).

B. Détermination de C

C correspond aux capitaux propres de la société, hors ceux apparaissant au passif de la société ; l'article D. 3324-1 du Code du travail dispose :

« Les capitaux propres comprennent :

- Le capital,
- Les primes liées au capital (primes, d'apport, de fusion, d'émission, etc.),
- Les réserves (légales, statutaires ou contractuelles, réglementées, autres réserves),
- Le report à nouveau,
- Les provisions réglementées constituées en franchise d'impôt par application d'une disposition particulière du CGI (Code général des impôts),
- Les provisions qui ont supporté l'impôt (non déductibles) ».

C. Détermination de S

Les salaires retenus pour le calcul de la participation correspondent à ceux définis par l'article L. 242-1 du Code de la Sécurité sociale (communément appelée DADS). Ils ne correspondent donc pas à la ligne salaires et traitements de la liasse fiscale (imprimé 2052).

Mais les rémunérations des dirigeants (mandataires sociaux) et de leur conjoint participant à ce dispositif ne sont pas prises en compte.

D. Détermination de VA

La valeur ajoutée se calcule, à partir de l'imprimé 2052 de la liasse fiscale, de la façon suivante :

- Le résultat courant avant impôt (ligne GW du 2052)

(17) Art. L. 3324-1 du Code du travail.

(18) V. art. L. 3322-6 et s. du Code du travail.

Plus

- Charges de personnel (lignes FY et FZ du 2052)
- Impôts, taxes et versements assimilés (ligne FW du 2052)
- Charges financières (ligne GU du 2052)
- Dotations aux amortissements (ligne GA du 2052)
- Dotations de l'exercice aux provisions (lignes GB, GC et GD du 2052)

Ainsi, pour permettre de dégager une participation, il faut que le résultat fiscal après impôt soit supérieur à 5 % des capitaux propres.

Le ratio S/VA est donc obligatoirement inférieur à 1. Plus la politique salariale de la société repose sur de bas salaires, plus ce ratio est faible et minore d'autant la participation.

II. Commentaires

A. Pilotage des résultats au sein des groupes

Outre les pratiques d'optimisation fiscale mises en œuvre par les sociétés, dans le cadre des groupes, différents éléments permettent de piloter les résultats au travers de divers leviers :

- Les prix de cession internes lors des transactions commerciales réalisées entre différentes sociétés d'un même groupe (une société fabrique un produit et le vend à un client appartenant au groupe pour un prix fixé par cette dernière, généralement le coût de revient majoré d'une petite marge) ; la société fournisseur peut voir ses résultats réduits, même s'il existe des contrôles pour éviter les abus.
- L'inverse existe également : la société de production réalise la marge et la société de commercialisation supporte les relations clients (rabais, remises, etc.) ; cette dernière se trouve en situation de faible résultat.
- Si les sociétés dépendent d'un groupe étranger situé dans des pays à faible fiscalité, cela permet de réduire l'impôt global au niveau du groupe.
- Les redevances (« management Fees ») ou assistances techniques que facturent les sociétés-mères à leurs filiales pour couvrir leurs coûts de fonctionnement. Ces redevances sont traitées comme des honoraires, donc déductibles des résultats de la société filiale.
- Les royalties, soit pour brevet, soit pour utilisation du nom commercial. Ici aussi, dans le cadre d'un groupe, souvent les brevets et le nom commercial sont la propriété de la maison mère et les filiales doivent payer pour les utiliser ; il s'agit également de charges déductibles fiscalement. Les taux sont fixés librement au sein du groupe et peuvent varier dans le temps en fonction du pilotage des résultats du groupe et des fiscalités locales.
- Les éventuels déficits reportables au titre des exercices précédents.

L'ensemble de ces pratiques est légal si les conventions dont elles peuvent faire l'objet sont approuvées par les organes de gestion des entités.

Les capitaux propres évoluent selon la politique que mettent en œuvre les propriétaires. En effet, selon la politique de distribution de résultat (dividendes), les capitaux propres peuvent fluctuer à la hausse ou à la baisse.

Mais la mise en œuvre de rémunération des groupes au travers des pratiques indiquées ci-dessus permet de laisser les résultats au sein des capitaux propres (la rémunération passant par d'autres canaux) et de réduire d'autant la participation.

B. L'attestation du commissaire aux comptes

L'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 28 février 2018 fait référence à l'attestation du commissaire aux comptes. En effet, ce dernier doit attester de la conformité du calcul selon les règles légales. Or, le commissaire aux comptes n'a pas le droit de s'immiscer dans la gestion des entités qu'il contrôle, il s'en tient aux chiffres des états financiers qu'il doit auditer. En effet, son rôle est de s'assurer que les entités respectent la législation relative à la gestion des entreprises ; les choix de gestion restent du seul domaine de la direction, seul leur aspect légal doit être pris en compte.

Mais, s'il est indépendant du management des entités, le commissaire aux comptes défend les intérêts des propriétaires (il est nommé par l'assemblée générale des actionnaires ou associés). Or, l'attente de ces derniers est l'optimisation de leur résultat, y compris la minimisation des coûts (dont font partie la fiscalité et la participation).

Dans l'arrêt cité, l'argument principal retenu est le monopole de gestion des dirigeants ; en effet, les intérêts de la dette qu'a imposée le groupe à sa filiale sont des charges déductibles dès lors qu'aucun abus n'a été invoqué (faute de gestion, par exemple).

C'est pourquoi les organisations syndicales, lorsqu'elles négocient des accords de participation ou d'intéressement, doivent être vigilantes aux différentes pratiques que les dirigeants ou la réglementation comptable peuvent modifier dans le temps ; ceci nécessite d'être précis sur la définition des bases ou critères pris en compte lors des calculs. En effet, plusieurs jugements ont tranché dans le sens des employeurs lorsque des accords sont signés ; les modifications des règles de gestion ne sont jamais prises en comptes au nom de la liberté d'entreprendre.

Claude Laridan,
Expert comptable