



GÉRARD KESZTENBAUM CABINET FIDAL

# Litiges sur la réserve spéciale de participation

**Les litiges relatifs au calcul et au montant** de la réserve spéciale de participation (RSP) semblent se multiplier. Jusqu'à présent, le contentieux de la participation n'était guère développé et la question est souvent mal connue. Or, il fait l'objet de dispositions particulières et ses enjeux financiers pour les entreprises sont souvent importants.

**Le Code du travail et la jurisprudence** de la chambre sociale de la Cour de cassation règlent la question du contentieux de la participation.

En ce qui concerne les litiges sur le montant du bénéfice net et des capitaux propres, les conseils de prud'hommes étant incompétents (cass. soc. 20 octobre 1977, n° 76-40880), les demandeurs doivent donc saisir le tribunal de grande instance territorialement compétent.

L'entreprise peut justifier du montant du bénéfice net et des capitaux propres servant de base au calcul de la RSP au moyen de l'attestation du bénéfice net et des capitaux propres (alinéa 1 de l'article L.3326-1 du code du travail).

**Sur le fondement du premier alinéa** de l'article L.3326-1, la chambre sociale de la Cour de cassation a posé en principe et confirmé à plusieurs reprises que le montant du bénéfice net et des capitaux propres ne pouvait être remis en cause à l'occasion des litiges relatifs au calcul de la participation (cass. soc. 24 novembre 1982, n° 81-13195 et plus récemment 8 décembre 2010, n° 09-65810). Cette jurisprudence est également confirmée par le Conseil d'État (CE 24 juillet 1987 n° 62241, 7<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ss). Mais l'attestation doit être rédigée conformément aux dispositions réglementaires applicables et aux prescriptions édictées par la Compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC), car la chambre sociale vient de casser une décision de la cour d'appel de Toulouse à raison de l'imprécision de l'attestation produite (cass. soc. 30 janvier 2013, n° 12-11875). Pour contester l'attestation, les demandeurs pourront saisir les tribunaux administratifs (CE 26 janvier n° 60197-60249 et 66275, Sté Sobéa).

**En ce qui concerne les litiges relatifs aux salaires** et à la valeur ajoutée, il résulte du deuxième alinéa de l'article L.3326-1 du Code du travail que les parties ont la faculté d'organiser, dans l'accord de participation, le règlement de ces litiges (recours à expert, arbitrage, médiation).

À défaut, ce contentieux relève des juridictions compétentes en matière d'impôt direct, c'est-à-dire du juge administratif.

**Il faut cependant tenir compte de la prescription :** jusqu'à la promulgation de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, la prescription trentenaire était applicable, les droits à participation n'étant pas un élément de salaire. La loi précitée a ramené cette durée à cinq ans, mais l'entrée en vigueur de ce nouveau régime, compte tenu des dispositions transitoires, a été différée au 17 juin 2013.

**Cependant, selon une jurisprudence constante** de la chambre sociale de la Cour de cassation, le point de départ du délai de prescription peut remonter au jour où le demandeur a été effectivement mis en mesure de connaître avec précision le calcul de la participation et les différents éléments qui ont servi à sa détermination (cass. soc. 26 septembre 2007, n° 06-44246 et 1<sup>er</sup> février 2011, n° 10-30160).

**Il importe donc, pour éviter ces litiges** ou en limiter les conséquences financières, de prendre un certain nombre de précautions :

- introduire dans l'accord de participation des clauses alternatives de règlement : procédure amiable au sein du comité d'entreprise avec recours à un expert, arbitrage (la prohibition de l'arbitrage étant limitée au contentieux du contrat de travail), médiation ;

- donner aux représentants du personnel une information complète sur le calcul et les éléments de calcul de la réserve spéciale de participation et établir un procès-verbal aussi complet que possible de la réunion au cours de laquelle ces informations ont été communiquées de façon à préserver le délai quinquennal de prescription ;

- solliciter chaque année de l'inspecteur des impôts compétent ou de son commissaire aux comptes l'attestation du bénéfice net et des capitaux propres, car ils ne sont pas tenus de la délivrer de façon automatique : l'entreprise doit impérativement en solliciter la délivrance soit auprès de l'inspecteur des impôts, soit auprès de son commissaire aux comptes.

Gérard Kesztenbaum (membre de Fondact), avocat au cabinet Fidal, membre d'Avosial, le syndicat des avocats en droit social.