

PARTAGE DE LA VALEUR. La loi n° 2023-1107 du 29 novembre 2023 portant transposition de l'accord national interprofessionnel relatif au partage de la valeur au sein de l'entreprise met à la charge de certaines d'entre elles une nouvelle obligation de négocier sur la définition d'une « augmentation exceptionnelle » de leur bénéfice net fiscal et sur les modalités de partage de la valeur qui en découlent. Vincent Delage, Avocat associé et Béatrice Taillardat-Pietri du cabinet CMS Francis Lefebvre, nous éclairent sur le périmètre, les délais, le contenu et la portée de cette obligation.

Zoom sur l'augmentation exceptionnelle du bénéfice : qui doit négocier, quand, comment et sur quoi ?

Vincent Delage, Avocat associé, CMS Francis Lefebvre et **Béatrice Taillardat-Pietri**, Responsable-adjointe de la Doctrine sociale, CMS Francis Lefebvre

« **R**enforcer le partage de la valeur entre travail et capital au sein des entreprises et améliorer l'association des salariés aux performances de l'entreprise », tel était l'objectif affiché par le gouvernement lorsqu'il a invité les partenaires sociaux à négocier sur le partage de la valeur. Cette négociation s'est traduite par la conclusion d'un accord national interprofessionnel le 10 février 2023 qui a fait l'objet d'une transposition fidèle par la loi n° 2023-1107 du 29 novembre 2023.

Parmi les mesures phares de ce texte, figure l'obligation pour les entreprises de négocier, dès 2024, sur la définition de l'augmentation exceptionnelle du bénéfice et sur le partage de la valeur qui en résulterait.

On notera que la loi instaure à la charge des entreprises concernées une simple obligation de négocier et ne crée aucune obligation pour les partenaires sociaux de parvenir à un accord.

Alors que les entreprises doivent dès à présent se préparer à négocier sur ce sujet, nous vous proposons un tour d'horizon des principales questions suscitées par cette nouvelle obligation.

1 QUI DOIT NÉGOCIER ?

L'obligation de négocier suppose la réunion de deux conditions cumulatives :

- l'entreprise est soumise à l'obligation de mettre en place un dispositif de participation aux résultats car elle a atteint un effectif d'au moins 50 salariés pendant cinq années civiles consécutives ;
- l'entreprise est dotée d'au moins un délégué syndical.

Le champ de cette négociation recouvre celui de la négociation annuelle obligatoire sur la rémunération.

Les unités économiques et sociales (UES) dont l'effectif atteint 50 salariés et qui sont dotées de délégués syndicaux seraient également concernées par cette obligation. On notera que les entreprises dépourvues de délégués syndicaux ne sont pas tenues de négocier sur l'augmentation exceptionnelle du bénéfice même si elles atteignent le seuil d'effectif requis pour la mise en place de la participation.

Le texte exclut également du champ de la négociation obligatoire les entreprises ayant conclu

un accord de participation ou d'intéressement comportant déjà une clause spécifique prenant en compte les bénéfices exceptionnels ainsi que celles qui ont mis en place un régime de participation comportant une base de calcul conduisant à un résultat plus favorable que le régime légal.

En d'autres termes, les entreprises appliquant un accord de participation dit « dérogatoire » ne sont pas tenues de négocier sur l'augmentation exceptionnelle du bénéfice.

2 QUAND DOIT-ON NÉGOCIER ?

À défaut d'accord d'intéressement ou de participation, l'entreprise doit négocier chaque année en vue de mettre en place un tel dispositif dans le cadre de la négociation obligatoire sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée.

Désormais, cette négociation porte également sur la définition d'une augmentation exceptionnelle de bénéfices et sur les modalités de partage de la valeur qui en découlent. Le moment de la négociation sur ce thème dépendra donc de la date d'ouverture de la négociation obligatoire qui devrait normalement intervenir en 2024, dans un délai de 12 mois suivant la précédente négociation¹.

En revanche, les entreprises dotées d'un accord de participation appliquant la formule de droit commun ou d'un accord d'intéressement qui ne comporte pas de clause spécifique prenant en compte les bénéfices exceptionnels à la date de la promulgation de la loi, doivent ouvrir une négociation sur ce thème avant le 30 juin 2024. Cette date constitue la date limite d'ouverture des négociations qui pourront donc se poursuivre au-delà de cette date.

On notera qu'aucune obligation d'ouverture de négociation sur l'augmentation exceptionnelle de bénéfice n'est expressément prévue pour ces entreprises après la date du 30 juin 2024. À notre sens, cela ne signifie pas qu'après cette date, ces entreprises n'auront plus d'obligation d'aborder cette thématique. Selon nous, ces entreprises devraient à nouveau négocier sur la définition de l'augmentation exceptionnelle de bénéfices et les modalités de partage de la valeur lors de la renégociation de l'accord de participation ou d'intéressement.

3 À QUEL NIVEAU DOIT-ON NÉGOCIER ?

C'est en principe au niveau auquel se tient la négociation obligatoire sur l'intéressement et

la participation que doit être engagée la négociation sur l'augmentation exceptionnelle du bénéfice.

C'est donc par principe au niveau de l'entreprise que doit s'engager la négociation à moins qu'un accord collectif prévoit que la négociation se tienne au niveau du groupe ou de l'établissement.

Dès lors, cette négociation pourrait se tenir au niveau du groupe si un accord de méthode prévoit l'engagement des négociations obligatoires à ce niveau ou si un accord a été conclu sur ce thème au niveau du groupe, ce qui aurait pour effet de dispenser les entreprises de leur obligation d'engager la négociation à leur niveau (*C. trav.*, art. L. 2232-33).

Enfin, lorsqu'une UES est constituée, la question se pose de savoir si la négociation sur l'augmentation exceptionnelle du bénéfice peut être engagée à ce niveau. S'agissant d'une négociation qui s'inscrit dans la négociation portant sur la participation, il semble qu'il soit possible de mener la négociation à ce niveau dès lors que l'article R. 3322-2 dispose que la participation peut être mise en place soit par un accord unique couvrant l'UES soit par des accords distincts couvrant l'ensemble des salariés de ces entreprises.

Cependant, l'engagement d'une telle négociation au niveau du groupe ou de l'UES peut poser une réelle difficulté dès lors qu'il s'agit de définir l'augmentation exceptionnelle du bénéfice et que plusieurs sociétés se trouvent concernées par cette négociation.

4 SUR QUOI PORTE LA NÉGOCIATION ?

La négociation porte d'une part sur la définition d'une augmentation exceptionnelle du bénéfice de l'entreprise et, d'autre part, sur les modalités de partage de la valeur qui en découlent avec les salariés.

Il résulte des dispositions légales que le bénéfice visé est celui retenu pour le calcul de la formule légale de participation à l'exclusion de tout autre, à savoir le **bénéfice net fiscal**.

La définition de l'augmentation exceptionnelle du bénéfice relève en revanche du champ de la négociation et donc des partenaires sociaux. ●●●

On notera que la loi instaure à la charge des entreprises concernées une simple obligation de négocier et ne crée aucune obligation pour les partenaires sociaux de parvenir à un accord

¹ Pour rappel, les entreprises disposent d'un délai d'un an à compter de la clôture de l'exercice au titre duquel sont nés les droits des salariés pour conclure un accord de participation (*C. trav.*, art. L. 3323-5).

●●● Pour les y aider, la loi précise que peuvent être pris en compte des critères « tels que la taille de l'entreprise, le secteur d'activité, la survenance d'une ou de plusieurs opérations de rachat d'actions de l'entreprise suivie de leur annulation dès lors que ces opérations n'ont pas été précédées des attributions aux salariés dans les conditions prévues aux articles L. 225-197-1 à L. 225-197-5, L. 22-10-59 et L. 22-10-60 du Code de commerce, les bénéfices réalisés lors des années précédentes ou les événements exceptionnels externes à l'entreprise intervenus avant la réalisation du bénéfice ».

Ces critères ne sont ni limitatifs, ni cumulatifs : les partenaires sociaux sont donc libres d'en retenir certains et pas d'autres et de retenir d'autres critères que ceux qui sont énumérés par la loi.

Le caractère exceptionnel de l'augmentation des bénéfices doit s'entendre du constat d'une hausse sortant de l'ordinaire, très largement supérieure à celle qui est habituellement constatée par l'entreprise, lorsque tel est le cas, et qui résulte de l'activité de l'entreprise et non de circonstances particulières étrangères à l'activité (telles que des cessions d'éléments d'actifs...) ou de décisions stratégiques internes à l'entreprise².

Il appartiendra aux partenaires sociaux de déterminer le seuil de réalisation d'un bénéfice exceptionnel qui peut notamment prendre la forme d'un pourcentage d'augmentation du bénéfice par rapport aux années précédentes ou de la fixation d'un niveau de bénéfices réalisé.

Corollaire du constat éventuel de l'augmentation exceptionnelle du bénéfice net fiscal, l'accord doit également prévoir les modalités de partage de la valeur qui en découle.

Aux termes des dispositions légales, l'accord peut prévoir :

- soit le versement d'un supplément de participation ou le versement d'un supplément d'intéressement lorsqu'un dispositif d'intéressement s'applique dans l'entreprise³ ;

- soit l'ouverture d'une négociation en vue de mettre en place un dispositif d'intéressement lorsqu'il n'existe pas dans l'entreprise, de verser un supplément d'intéressement ou de participation si l'accord en application duquel il est versé a donné lieu à un versement, d'abonder un plan d'épargne (PEE, PEI, PERCO, PERCOI, PERECO) ou de verser une prime de partage de la valeur (PPV).

Ainsi, l'accord qui définit l'augmentation exceptionnelle du bénéfice peut renvoyer à une négociation ultérieure le soin de déterminer les modalités de partage de la valeur lorsque le seuil de réalisation d'une augmentation exceptionnelle du bénéfice est atteint. Il s'agit là encore d'une simple obligation de négocier et non d'une obligation de conclure un accord. Toutefois, en

pratique, il pourra s'avérer socialement délicat de ne rien verser aux salariés alors qu'une augmentation exceptionnelle du bénéfice aura été constatée selon les modalités définies par l'accord collectif.

5 QUEL EST LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'ACCORD ?

La loi renvoie la négociation sur l'augmentation exceptionnelle de bénéfices à la négociation obligatoire sur la participation et l'intéressement mais n'en précise pas les règles de conclusion. Il pourrait s'en déduire que lorsque les parties parviennent à un accord, celui-ci doit être conclu dans les conditions prévues pour les accords négociés avec les organisations syndicales représentatives (accord conclu par des organisations syndicales majoritaires ou des organisations représentant 30 % des suffrages exprimés après référendum).

Il paraît possible de considérer, à l'instar de ce qui est prévu pour la participation et l'intéressement qui relèvent également de la négociation obligatoire, que l'accord portant sur l'augmentation exceptionnelle du bénéfice puisse, comme ces derniers, être conclu entre l'employeur et les représentants des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, au sein du CSE, à la suite de la ratification par le personnel à la majorité des deux tiers du personnel.

A minima il devrait y avoir lieu de distinguer, pour déterminer les modalités de conclusion de l'accord portant sur l'augmentation exceptionnelle de bénéfice, selon que ce dernier constitue un avenant à l'accord de participation ou d'intéressement – dans ce cas, il pourrait être conclu selon les modalités applicables à ce type d'accord – ou qu'il constitue un accord autonome qui devrait alors être signé avec les organisations syndicales représentatives.

Il serait souhaitable que l'administration puisse apporter une confirmation sur ce point.

En conclusion, la loi a institué une nouvelle obligation de négocier sur l'augmentation exceptionnelle du bénéfice qui laisse une large place aux partenaires sociaux pour définir cette notion ainsi que les modalités de partage de la valeur qui en résulte.

Si les entreprises concernées par cette obligation doivent engager la négociation en 2024, il ne s'agit pas d'une obligation de conclure un accord sur cette thématique. Lorsqu'au terme d'une négociation loyale les partenaires sociaux ne sont pas parvenus à un accord, ils devront remettre le sujet à l'ordre du jour de la prochaine négociation sur la participation ou l'intéressement. ■

2. Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi portant transposition de l'accord national interprofessionnel relatif au partage de la valeur au sein de l'entreprise, par M. Louis Margueritte ; rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur la proposition de loi portant création d'une contribution additionnelle sur les bénéfices exceptionnels des grandes entreprises (n° 662), par Mme C. Pires Beaulieu.
3. Pour rappel, le conseil d'administration, le directoire ou, à défaut l'employeur, peut dans une entreprise couverte par un accord de participation ou d'intéressement, décider d'attribuer aux salariés un supplément de participation ou d'intéressement. Un accord spécifique peut prévoir les modalités de répartition de ce supplément. Par un arrêt du 19 octobre 2023, la Cour de cassation a jugé qu'un accord conclu dans le cadre de la négociation obligatoire et comportant d'autres mesures ne constitue pas un accord spécifique (Cass. 2^e civ., 19 oct. 2023, n° 21-10.221).