

N° 405102  
SA Orange – QPC

1<sup>ère</sup> et 6<sup>ème</sup> chambres réunies  
Séance du 30 janvier 2017  
Lecture du 8 février 2017

## CONCLUSIONS

**Mr Jean LESSI, rapporteur public**

Les attributions gratuites d'actions sont l'un des leviers de fidélisation des salariés, d'intéressement aux résultats de l'entreprise, et de complément de rémunération. L'attribution se fait en plusieurs étapes (art. L. 225-197-1, code de commerce). L'opération est d'abord autorisée par Assemblée générale extraordinaire. Puis, la décision d'attribution, la décision de principe si l'on peut dire, est prise par le directoire ou du conseil d'administration. Ensuite, l'attribution effective aux bénéficiaires n'est ni immédiate ni inconditionnelle : entre la décision et l'attribution, doit s'écouler une durée minimale – 12 mois aujourd'hui - nommée « période d'acquisition » ; et l'attribution peut être subordonnée à la réalisation de certaines conditions, vérifiée à une date ultérieure, par exemple l'atteinte d'objectifs économiques (art. L. 225-197-1, code de commerce)<sup>1</sup>. Enfin, une fois attribuées, les salariés doivent conserver les actions une certaine durée.

Qui dit rémunération, même indirecte, dit prélèvement obligatoire, en particulier prélèvements sociaux. Afin d'investir ce qui constituait jusque-là une niche sociale, la LFSS pour 2008 (loi n° 2007-1786 du 19 décembre 2007, art. 13) a institué une contribution patronale sur les AGA au profit des régimes obligatoires d'assurance maladie. Le II de l'article L. 137-13 du code de la sécurité sociale (CSS) issu de cette loi dispose notamment que *le taux de cette contribution est fixé à 10 % et que « Elle est exigible le mois suivant la date de la décision d'attribution (...) des actions (...) ».*

Le choix de cette date d'exigibilité – la décision d'attribution par le CA ou le directoire - peut avoir des effets paradoxaux : la contribution est exigible à une date à laquelle les actions n'ont pas encore été effectivement attribuées à leurs destinataires, où elles sont encore pour schématiser entre les mains de l'employeur. Plus paradoxal encore, elle est exigible alors qu'il est possible, si les conditions fixées ne sont pas remplies, que les actions ne seront jamais attribuées. L'on aurait pu imaginer, en contrepartie, qu'il existe un mécanisme de remboursement *ex post* à l'employeur de la contribution patronale versée dans les hypothèses où la décision d'attribution n'est pas suivie d'effet, et où la contribution patronale s'avère rétrospectivement sans cause. Mais la Cour de cassation a fermé cette porte, en tirant toutes les conséquences du choix fait par le législateur.

---

<sup>1</sup> Une fois attribuées, est en principe prévue une période minimale de conservation par les bénéficiaires avant cession

Ce paradoxe a désormais disparu : l'article 135 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a déplacé la date d'exigibilité, fixée aujourd'hui à un mois après la date d'acquisition effective des actions par le bénéficiaire.

Mais, entre 2008 et 2015, une société pouvait donc avoir le sentiment de payer une contribution « sans cause ». C'est ce sentiment qui a conduit la société Orange à s'engager dans un long chemin contentieux dont l'une des stations la conduit devant vous. Son conseil d'administration a pris en 2011 une décision d'attribution, en vue d'une attribution effective en 2015 sous réserve de conditions – de présence et de performance – vérifiées au 31 décembre 2013. Elle a donc payé à l'Urssaf, en 2011, pour 19 millions de contribution patronale. Or, finalement, les conditions n'ont pas été remplies, et les actions n'ont pas été attribuées. Mais la contribution avait été payée

La société a été déboutée de deux séries d'actions qu'elle a intentées devant le juge judiciaire, l'une contre le refus de l'Urssaf de lui consentir un rescrit à titre préventif, l'autre contre le refus de l'Urssaf de lui rembourser ex post les montants versés selon elle sans cause. Dans le cadre de la première procédure, le TASS puis la cour d'appel de Colmar ont refusé de transmettre la QPC qu'elle soulevait contre le II de l'article L. 137-13 du CSS.

Faute de pouvoir prévenir ou guérir devant le juge judiciaire, la société Orange vous saisit d'un litige dont la vocation est de servir de support à une QPC, à savoir un recours pour excès de pouvoir dirigé contre la circulaire du 8 avril 2008 relative à la mise en œuvre de ladite contribution, plus précisément contre la 3<sup>ème</sup> et la 5<sup>ème</sup> phrase du D du I de cette circulaire, qui se bornent à répéter, de deux manières différentes, la disposition législative litigieuse.

Les questions de recevabilité du litige-support sont ce qu'il y a de plus redoutable dans ce dossier.

1. Commençons par ce qui ne pose pas de problème. D'abord, les passages attaqués sont impératifs. Ensuite, la requérante n'est pas forclosée : la circulaire a certes été publiée au BO Santé – Protection sociale – Solidarités le 15 juin 2008, mais en l'absence à cette date de l'arrêté ministériel auquel renvoie l'article 29<sup>2</sup> du décret n° 2005-1755, arrêté nécessaire pour prévoir selon quelles modalités l'insertion à ce BO vaut publication au sens de l'article 7 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, cette publication n'a pas déclenché le délai de recours (cf. CE, 14 nov. 2012, *Fédération française des associations de sauvegarde des moulins*, n° 345165, aux Tables).

2. Nous arrivons à la première objection sérieuse de recevabilité, que la requérante a anticipée : la circulaire ne doit-elle pas être « réputée » avoir été « abrogée » en application du 2<sup>ème</sup> alinéa de l'article 2 du décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 selon lequel « les

---

<sup>2</sup> « Les documents administratifs mentionnés au premier alinéa de l'article 7 de la loi du 17 juillet 1978 susvisée émanant des administrations centrales de l'Etat sont, sous réserve des dispositions de l'article 6 de la même loi, publiés dans des bulletins ayant une périodicité au moins trimestrielle et comportant dans leur titre la mention « Bulletin officiel ». / Des arrêtés ministériels déterminent, pour chaque administration, le titre exact du ou des bulletins la concernant, la matière couverte par ce ou ces bulletins ainsi que le lieu ou le site internet où le public peut les consulter ou s'en procurer copie. »

*circulaires déjà signées [avant le 1<sup>er</sup> mai 2009] sont réputées abrogées si elles ne sont pas reprises [à cette date] sur le site [www.circulaires.gouv.fr] » ? Sur la « charge » de la preuve de cette non-reprise, c'est le monde à l'envers : c'est la requérante qui le soutient, sans être, bien sûr, contredite par le ministre.*

A priori donc, la circulaire est réputée abrogée. Mais la requérante se prévaut de l'exception à cette clause-couperet figurant au 3<sup>ème</sup> alinéa du même article 2 du même décret, selon lequel « *les dispositions du précédent alinéa ne s'appliquent pas aux circulaires (...) publiées avant le 1<sup>er</sup> mai 2009 dont la loi permet à un administré de se prévaloir* ». Or selon la requérante, la circulaire attaquée est au nombre de ces circulaires dont la loi permet à un administré de se prévaloir, au titre de l'**article L. 243-6-2** du CSS. Selon cette disposition<sup>3</sup>, qui est le pendant social de l'article L. 80 A du LPF : « *Lorsqu'un cotisant a appliqué la législation relative aux cotisations et contributions sociales selon l'interprétation admise par une circulaire (...) du ministre chargé de la sécurité sociale, publiées conformément à la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 (...) ou dans les conditions prévues à l'article 5-1 de l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 (...), les [Urssaf] ne peuvent procéder à aucun redressement (...) en soutenant une interprétation différente (...)* ».

Faire entrer la circulaire attaquée dans les prévisions de l'article L. 243-6-2 n'est pas évident.

**Le premier doute tient aux modalités de publication** : à la lettre, le mécanisme d'invocabilité de l'article L. 243-6-2 est réservée non pas à toute circulaire publiée, mais seulement aux circulaires publiées selon certaines modalités. On retrouve ici les modalités déjà mentionnées, prévues à l'article 7 de la loi du 17 juillet 1978<sup>4</sup>. Et ces modalités, on l'a dit, n'ont pas été respectées. Mais vous ne sauriez placer trop haut la barre des exigences de publicité, sauf à renverser la protection voulue par le législateur : ce « L. 80 A social » doit protéger l'usager qui a légitimement eu accès à une circulaire largement publiée, et qui entend opposer une interprétation dont se serait écartée l'Urssaf. Réserver cette protection aux circulaires régulièrement publiées reviendrait à protéger l'administration, qui profiterait de ses propres turpitudes dans son devoir de publication de ses instructions pour échapper aux effets de ce rescrit « social ». Cette lecture n'est pas acceptable. La publication au BO suffit donc pour l'application de l'article L. 243-6-2.

**Le deuxième doute, le plus sérieux, tient à la question de savoir s'il faut faire une lecture objective ou subjective du 3<sup>ème</sup> alinéa de l'article 2 du décret du 8 décembre 2008** : cet alinéa vise-t-il à faire échapper à la clause-couperet de l'abrogation automatique toute circulaire dont des cotisants ont vocation à se prévaloir, c'est-à-dire toute circulaire sociale visée par l'article 243-6-2 du CSS ? Ou n'a-t-il vocation qu'à permettre aux personnes concernées de continuer à pouvoir concrètement se prévaloir de ce bouclier protecteur dans leurs relations avec les Urssaf lorsqu'ils en ont effectivement besoin, c'est-à-dire lorsqu'ils sont face à un redressement opéré au mépris d'une interprétation différente donnée précédemment ? La différence est considérable. Si l'on retient cette dernière approche, subjective, la circulaire devrait être regardée comme « réputée abrogée » à l'égard de la

<sup>3</sup> issue de l'ordonnance n° 2005-1628 du 20 décembre 2005 relative à la garantie des droits des cotisants

<sup>4</sup> Ou - mais cette alternative ne saurait selon nous jouer, dès lors qu'elle se borne à aligner l'effet des publications électroniques sur l'effet des publications papier - dans l'ordonnance du 20 février 2004

société Orange, qui ne cherche nullement, ni devant vous ni devant le juge judiciaire, à contester un redressement en faisant valoir qu'elle s'est fiée aux indications de la circulaire<sup>5</sup>. Mais nous penchons pour l'approche objective, car c'est la plus conforme à la lettre du 3<sup>ème</sup> alinéa de l'article 2 du décret de 2008, dont la clé d'entrée est l'acte, et non le bénéficiaire du rescrit ; et aussi parce que la notion d'abrogation n'a de sens que pour un acte, *erga omnes*, et non pour une situation, pour laquelle il aurait fallu que le décret parle d'opposabilité ou d'invocabilité.

Si vous ne nous suiviez pas, et estimiez que la circulaire doit être « réputée abrogée » depuis le 1<sup>er</sup> mai 2009, le recours n'en serait pas pour autant irrecevable pour défaut d'objet. Dans une décision *Comité harkis et vérité* du 16 avril 2012 (n° 335140, aux Tables sur ce point), vous avez jugé, dans la même configuration, que cette abrogation « *ne saurait faire obstacle à ce qu'elle soit contestée par la voie du recours pour excès de pouvoir, dès lors que cette circulaire a reçu application avant cette date* »<sup>6</sup>. Or en l'espèce la circulaire attaquée a bien « reçu application », affirmation certes étrange s'agissant d'une circulaire interprétative. En revanche, du fait de cette abrogation implicite au 1<sup>er</sup> mai 2009, nous pensons que la société Orange n'aurait pas intérêt pour agir, faute pour elle d'être entrée dans la situation visée par le contenu de cette circulaire avant cette date.

3. Mais si vous nous suivez et considérez que la circulaire n'a **pas été abrogée** au 1<sup>er</sup> mai 2009 en raison de sa non-mise en ligne, vous n'en aurez pas fini de démêler l'écheveau de la recevabilité, car cette circulaire n'est-elle pas devenue **caduque**, en août 2015, lors de la modification des dispositions législatives qu'elle interprétait ? La réponse à cette question est décisive, car il résulte d'une jurisprudence constante que le recours contre une circulaire interprétative caduque est dépourvu d'objet (CE, 24 nov. 1989, *Ville de Montpellier et autres*, n° 93162, au Recueil p. 237)<sup>7</sup>. Cette jurisprudence ne nous paraît pas entièrement satisfaisante. La différence de solution entre les cas de caducité, où le recours perd son objet, et les cas d'abrogation, où il le conserve, nous paraît peu évidente, car dans les deux cas, pour reprendre les termes de votre décision *Comité Harkis et vérité*, la circulaire peut avoir « reçu application ». Et cette jurisprudence, réservée aux circulaires interprétatives, suppose, dès le stade des questions préalables, de se demander si la circulaire est réglementaire<sup>8</sup>, ce qui n'a rien d'évident non plus. Mais telle est votre jurisprudence.

D'où la question : la circulaire attaquée est-elle caduque ? Nous ne le pensons pas. Certes, une circulaire interprétative devient caduque lorsque les dispositions qu'elle interprète sont abrogées ou modifiées (12 novembre 2014, *FHP-MCO*, n° 360264, au recueil. Mais si l'article 135 de la loi du 6 août a modifié pour l'avenir la date d'exigibilité, cette modification, selon les dispositions transitoires du VII du même article 135, « *s'applique aux*

<sup>5</sup> Autrement dit : elle ne saurait utilement se prévaloir de l'article L. 243-6-2 (cf. Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 14 févr. 2013, n° 12-13339, publié au Bull. civ).

<sup>6</sup> Revenant sur la solution retenue dans une décision *Association La Cimade et autres* du 23 févr. 2011, n° 334022, aux Tables sur un autre point (concl. Maud Vialettes), par laquelle vous aviez rejeté comme irrecevable le recours introduit contre une circulaire à une date postérieure à son abrogation.

<sup>7</sup> Et, par suite, irrecevable si la caducité est antérieure à l'introduction du recours, frappé de non-lieu si la caducité est postérieure

<sup>8</sup> avec toute la difficulté consistant à différencier la circulaire donnant une interprétation simplement erronée de l'état du droit et la circulaire qui y ajoute incompétamment

*actions gratuites dont l'attribution a été autorisée par une décision de l'assemblée générale extraordinaire postérieure à la publication de la présente loi* ». Or le code de commerce prévoit que l'AGE « fixe (...) le délai pendant lequel cette autorisation peut être utilisée par le conseil d'administration ou le directoire. Ce délai ne peut excéder trente-huit mois. » Des décisions d'attribution pourront donc être prises au maximum, jusqu'à l'automne 2018, sur le fondement d'une délibération de l'AGE antérieure à la loi du 8 août 2015, et se voir appliquer l'état du droit antérieur. C'est théorique, mais l'on ne peut exclure cette situation. Or ce qui justifie la caducité d'une circulaire est la « *disparition des situations qu'elle entendait régir* » (CE, 12 mars 2014, *Comité Harkis et Vérité*, n° 353066, aux tables), ce que nous comprenons, en matière d'abrogation ou de modification du texte interprété, comme visant les hypothèses où plus aucune situation nouvelle ne peut se constituer pour l'avenir sous l'empire des textes abrogés ou modifiés. Par suite, la circulaire n'est pas encore devenue caduque à la date d'aujourd'hui. Le recours est recevable.

4. Vous renverrez alors au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée, qui nous paraît sérieuse au regard du principe d'égalité devant les charges publiques protégée par l'article 13 de la DDHC<sup>9</sup>, dont les implications sont doubles.

L'article 13 implique, d'une part, que l'imposition établie ne méconnaisse pas les capacités contributives des contribuables. Mais nous ne sommes pas certain de l'existence d'une véritable difficulté à cet égard. Le Conseil constitutionnel a certes déjà pu censurer, pour ce motif, l'intégration dans les paramètres d'une imposition de bénéficiaires ou de revenus dont le redevable ne dispose pas (v., pour le plafonnement de l'ISF, la décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, cdt 94-95). Mais la problématique est ici renversée : l'employeur, qui est l'assujetti, « dispose » bien des actions qu'il entend distribuer (v., pour la prise en compte des AGA dans la capacité contributive de l'entreprise : décision n° 2013-685 DC, 29 décembre 2013, cons. 20).

La difficulté est plus sérieuse au regard de la deuxième dimension de l'article 13 de la DDHC : le Conseil constitutionnel vérifie si les redevables sont imposés en fonction de critères objectifs et rationnels, cohérents avec le but poursuivi par l'imposition, et ne créant pas de rupture caractérisée de l'égalité entre contribuables placés dans la même situation.

Or à la lumière du but poursuivi par cette contribution, qui est très nettement d'éviter qu'un mécanisme conçu pour servir de complément rémunération échappe à toute cotisation et contribution sociale, il est permis de se poser la cohérence d'un fait générateur cristallisé à une date à laquelle l'AGA n'a pas encore le visage d'un complément de rémunération actuel mais seulement, à ce stade, celui d'une « carotte » visant à fidéliser et motiver les collaborateurs. Il n'est pas interdit de penser que, micro-économiquement, la simple décision d'attribution de l'AGA génère un certain « effet-richeesse », mais on peut s'interroger sur la possibilité, de ce seul fait, de l'assujettir dans un tel but. Le critère est opérationnel lorsque, finalement, les actions sont attribuées – il peut même avantager l'entreprise en cas de hausse

---

<sup>9</sup> protection qui absorbe nous semble-t-il les griefs formulés sous l'angle du droit de propriété – étant précisé que la contribution patronale a été regardée par le Conseil constitutionnel comme une imposition de toute nature (cf. sa décision n° 2012-654 DC du 9 août 2012, cons. 11)

du cours entre-temps. Mais il pose problème lorsque les actions ne sont finalement pas attribuées.

Nous pensons donc qu'une question sérieuse se pose sur la cohérence de ce critère. Non pas de sa cohérence intrinsèque, mais de sa cohérence pour une catégorie d'assujettis : les entreprises qui n'attribuent pas d'AGA in fine. Or vous le savez, à la différence du principe d'égalité devant la loi, qui ne saurait être méconnu en cas de traitement identique de situations différentes, le principe d'égalité devant les charges publiques induit l'interdiction des « *assimilations excessives* »<sup>10</sup>.

**Que l'on considère donc le critère en tant que tel, ou son application à certains assujettis, la difficulté est sérieuse<sup>11</sup>. Par ces motifs nous concluons au renvoi de la QPC.**

---

<sup>10</sup> En matière d'interdiction des assimilations excessives, le CC a notamment rendu les décisions suivantes : Décision n° 98-404 DC du 18 décembre 1998 (cons. 19), la décision n° 99-424 DC, 29 décembre 1999, cons. 46, 48 et 49 ; la décision n° 2013-362 QPC du 6 février 2014, cons. 4 à 6.

<sup>11</sup> Indiquons d'ailleurs que l'on peut hésiter sur la localisation précise, dans le paysage que nous avons dessiné, de l'éventuelle hypothèque constitutionnelle : elle tient tout autant, à nos yeux, au choix de cette date d'exigibilité qu'à l'absence, en aval, de mécanisme de remboursement des contributions qui s'avèreraient rétrospectivement levées sur des revenus virtuels, lorsque les conditions d'attribution ne sont pas remplies. Mais peu importe à ce stade l'endroit précis où se loge la difficulté : le système, globalement, nous paraît fragile.