

COUR DE CASSATION

Audience publique du **31 mai 2016**

Cassation partielle

M. FROUIN, président

Arrêt n° 1098 FS-P+B sur
le pourvoi principal
quatrième branche

Pourvoi n° J 14-25.042

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu
l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par la société Xerox, société par
actions simplifiée unipersonnelle, dont le siège est 253-255 avenue du
président Wilson, immeuble Le Jade, 93210 La Plaine-Saint-Denis,

contre l'arrêt rendu le 3 juillet 2014 par la cour d'appel de Paris (pôle 6,
chambre 2), dans le litige l'opposant au comité d'établissement de la société
Xerox, dont le siège est 253 avenue du président Wilson,
93210 La Plaine-Saint-Denis,

défendeur à la cassation ;

Le comité d'établissement de la société Xerox a formé un
pourvoi incident contre le même arrêt ;

La demanderesse au pourvoi principal invoque, à l'appui de
son recours, un moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Le demandeur au pourvoi incident invoque, à l'appui de son recours, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 3 mai 2016, où étaient présents : M. Frouin, président, Mme Sabotier, conseiller référendaire rapporteur, M. Huglo, Mmes Lambremon, Reygner, Farthouat-Danon, Slove, Basset, conseillers, Mme Salomon, conseiller référendaire, M. Boyer, avocat général, Mme Piquot, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Sabotier, conseiller référendaire, les observations de la SCP Hémary et Thomas-Raquin, avocat de la société Xerox, de la SCP Delaporte et Briard, avocat du comité d'établissement de la société Xerox, l'avis de M. Boyer, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le 15 mars 2011, le comité d'établissement de Saint-Denis de la société Xerox a saisi le tribunal de grande instance afin d'obtenir la condamnation de l'employeur à lui verser un rappel sur les sommes lui étant dues au titre de la subvention de fonctionnement et de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles depuis 2005 ;

Sur le moyen unique du pourvoi principal, pris en ses première, deuxième, troisième, quatrième et sixième branches :

Attendu que la société Xerox fait grief à l'arrêt de dire que ne peuvent être soustraites de la masse salariale brute les indemnités légales et conventionnelles de licenciement, les indemnités de préavis, les indemnités de départ ou de mise à la retraite, les gratifications versées aux stagiaires, l'estimation des bonus, l'estimation de l'« ITV IVSC » (rémunérations variables des commerciaux), l'estimation des congés payés, et les provisions pour les primes de vacances, alors, selon le moyen :

1°/ qu'aux termes de l'article L. 2323-86 du code du travail, la contribution de l'employeur au financement des activités sociales et culturelles du comité d'entreprise est fixée par référence au montant global des salaires payés ; qu'en jugeant, pour inclure dans l'assiette de la contribution due par la société Xerox au comité d'établissement de son siège social pour les années 2006 à 2012, outre les sommes à caractère salarial versées au cours de ces années, les gratifications versées aux stagiaires qui ne constituent pas des salaires, les indemnités légales et conventionnelles de licenciement, les indemnités de mise à la retraite, sommes qui ne rémunèrent pas le travail mais indemnisent la perte de l'emploi, ou encore

l'estimation des bonus, d' « ITV IVSC », de congés payés et les provisions pour primes de vacances qui constituent des provisions comptables pour charges et non des salaires versés, que sauf engagement plus favorable, la masse salariale et le montant global des salaires payés correspondent au compte 641 « Rémunérations du personnel » tel que défini par le plan comptable général qui comprend les salaires et appointements, les congés payés, les primes et gratifications, les indemnités et avantages divers et le supplément familial et englobe ainsi des éléments à caractère non salarial, la cour d'appel a violé l'article L. 2323-86 du code du travail ;

2°/ qu'aux termes de l'article L. 2325-43 du code du travail, l'employeur verse au comité d'entreprise une subvention de fonctionnement d'un montant annuel équivalant à 0,2 % de la masse salariale brute qui s'ajoute à la subvention destinée aux activités sociales et culturelles, sauf si l'employeur fait déjà bénéficier le comité d'une somme ou de moyens en personnel équivalents à 0,2 % de la masse salariale brute ; qu'en jugeant, pour inclure dans l'assiette de la subvention de fonctionnement due par la société Xerox au comité d'établissement de son siège social pour les années 2006 à 2012, outre les sommes à caractère salarial versées au cours de ces années, les gratifications versées aux stagiaires qui ne constituent pas des salaires, les indemnités légales et conventionnelles de licenciement, les indemnités de mise à la retraite, sommes qui ne rémunèrent pas le travail mais indemnisent la perte de l'emploi, ou encore l'estimation des bonus, d' « ITV IVSC », de congés payés et les provisions pour primes de vacances qui constituent des provisions comptables pour charges et non des salaires versés, que sauf engagement plus favorable, la masse salariale et le montant global des salaires payés correspondent au compte 641 « Rémunérations du personnel » tel que défini par le plan comptable général qui comprend les salaires et appointements, les congés payés, les primes et gratifications, les indemnités et avantages divers et le supplément familial, et englobe ainsi des éléments à caractère non salarial, la cour d'appel a violé l'article L. 2325-43 du code du travail ;

3°/ que les indemnités légales et conventionnelles de licenciement ainsi que les indemnités de mise à la retraite versées aux salariés dont le contrat de travail est rompu unilatéralement par l'employeur, réparent le préjudice né de la rupture du contrat de travail et n'ont pas la nature de salaires ; que la cour d'appel qui, pour refuser de soustraire du compte 641 les indemnités légales et conventionnelles de licenciement ainsi que les indemnités de mise à la retraite, a énoncé que ces sommes, de nature salariale, étaient versées principalement en fonction de l'ancienneté et/ou de la rémunération perçue, a violé les articles L. 1234-9, L. 1237-7, L. 2323-86 et L. 2325-43 du code du travail ;

4°/ que les gratifications versées aux stagiaires, élèves de l'enseignement supérieur, non liés à l'entreprise d'accueil par un contrat de

travail, ne constituant pas des salaires, et les stagiaires ne bénéficiant pas des activités sociales et culturelles du comité d'entreprise pour la période antérieure à la loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011, elles n'entrent pas dans l'assiette de calcul de la subvention de fonctionnement et de la contribution aux activités sociales et culturelles ; qu'ayant constaté que ces gratifications n'avaient pas la nature d'un salaire, la cour d'appel qui a néanmoins jugé qu'elles ne devaient pas être soustraites du compte 641 pour le calcul des subventions, a violé les articles L. 2323-86 et L. 2325-43 du code du travail, et 9 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 ;

5°/ qu'une provision comptable qui est un passif dont l'échéance ou le montant n'est pas fixé de façon précise et qui ne constitue pas une dépense effective de l'exercice, n'a pas à entrer dans l'assiette des subventions versées au comité d'entreprise, constituée des sommes effectivement payées au cours de l'exercice concerné ; qu'ayant constaté que les estimations de bonus, d' « ITV IVSC (rémunérations variables des commerciaux) » de congés payés et les provisions pour primes de vacances correspondaient à des charges effectives, certaines dans leur principe, dont le montant exact qui n'était pas connu serait à parfaire au moment de leur exigibilité, ou qui ne seraient versées qu'ultérieurement, la cour d'appel qui a néanmoins jugé que ces provisions ne devaient pas être soustraites de l'assiette de calcul des deux subventions, a violé les articles L. 2323-86 et L. 2325-43 du code du travail, et l'article 212-3 du plan comptable général dans sa rédaction du règlement n° 99-03 du 29 avril 1999 modifié par les règlements n° 2000-06 et n° 2005-09 du Comité de la réglementation comptable alors en vigueur ;

Mais attendu que, sauf engagement plus favorable, la masse salariale servant au calcul de la subvention de fonctionnement comme de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles, s'entend de la masse salariale brute correspondant au compte 641 « Rémunérations du personnel », à l'exception des sommes qui correspondent à la rémunération des dirigeants sociaux, à des remboursements de frais, ainsi que celles qui, hormis les indemnités légales et conventionnelles de licenciement, de retraite et de préavis, sont dues au titre de la rupture du contrat de travail ; que la cour d'appel a donc décidé à bon droit que les indemnités légales et conventionnelles de licenciement, de départ et de mise à la retraite et de préavis, ainsi que les gratifications versées aux stagiaires outre les provisions à valoir sur toutes sommes de nature salariale, devaient être incluses dans la masse salariale brute ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi principal, pris en sa quatrième branche :

Vu les articles L. 2323-86 et L. 2325-43 du code du travail ;

Attendu que pour inclure dans la masse salariale brute les salaires versés aux salariés mis à disposition d'autres entreprises par l'employeur, l'arrêt énonce que les salariés détachés, ou mis à disposition d'une autre entreprise, dont les liens contractuels avec la société Xerox subsistent, ont vocation à être réintégrés au sein de celle-ci à l'issue de leur détachement ou de leur mise à disposition; que le comité d'établissement de la société Xerox a ainsi toujours vocation à exercer pleinement ses attributions à l'égard de ceux-ci ; qu'en conséquence, il n'y a pas lieu de soustraire les rémunérations qui leur sont versées par la société Xerox de l'assiette de calcul des deux subventions, étant observé que ces rémunérations ne sont pas prises en compte par l'entreprise d'accueil, pour calculer les subventions versées à son propre comité d'entreprise ;

Qu'en statuant ainsi, alors que pendant le temps de leur mise à disposition les salariés sont présumés être intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail de l'entreprise d'accueil et qu'il appartient au comité d'entreprise de l'employeur d'origine qui sollicite la prise en compte de leurs salaires dans la masse salariale brute servant au calcul de la subvention de fonctionnement et de la contribution aux activités sociales et culturelles, de rapporter la preuve que, malgré leur mise à disposition, ces salariés sont demeurés intégrés de façon étroite et permanente à leur entreprise d'origine, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur le second moyen du pourvoi incident :

Vu les articles L. 2323-86 et L. 2325-43 du code du travail ;

Attendu que l'arrêt énonce que peuvent être soustraites du compte 641 pour le calcul de la subvention de fonctionnement et de la contribution aux activités sociales et culturelles du comité d'établissement de Saint-Denis, les indemnités transactionnelles ;

Qu'en statuant ainsi, alors que seules les indemnités transactionnelles, dans leur partie supérieure à celles correspondant aux indemnités légales et conventionnelles, n'entrent pas dans le calcul de la masse salariale brute, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur le premier moyen du pourvoi incident :

Vu les articles 2224 du code civil, L. 2323-86 et L. 2325-43 du code du travail ;

Attendu que, pour dire prescrite l'action du comité au titre de l'exercice 2005, l'arrêt retient que le comité d'établissement a eu connaissance des budgets de l'exercice 2004 le 3 mars 2005 et du compte

641 le 20 juin 2005 et qu'ainsi, le comité d'établissement disposait, pour les subventions versées au titre de l'année 2005, d'informations suffisantes sur la base de calcul de la masse salariale retenue par l'employeur, lui permettant de contester utilement la légalité du mode de calcul des subventions habituellement retenu par celui-ci ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que ce n'est que le 3 avril 2006 que le mémorandum intitulé « Subventions au CE » relatif aux régularisations des subventions pour l'année 2005 et aux acomptes prévisionnels pour 2006, a été transmis aux secrétaires et aux trésoriers des comités d'établissement et du comité central d'entreprise, ce dont il résultait que ce n'était qu'à cette date que les comités d'entreprise et d'établissement avaient eu connaissance de la masse salariale ayant servi de base de calcul des subventions pour l'année 2005 et que, dès lors, l'action engagée le 15 mars 2011 n'était pas prescrite pour cet exercice, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il dit prescrite l'action du comité pour l'année 2005 et ordonne une expertise pour les années 2006 à 2012, en ce qu'il dit que ne peuvent être soustraites du compte 641 pour le calcul de la subvention de fonctionnement et de la contribution aux activités sociales et culturelles du comité d'établissement de Saint-Denis, les rémunérations qui sont versées aux salariés détachés ou mis à disposition par la société Xerox, et en ce qu'il dit que peuvent être soustraites du compte 641 pour le calcul de la subvention de fonctionnement et de la contribution aux activités sociales et culturelles du comité d'établissement de Saint-Denis les indemnités transactionnelles, l'arrêt rendu le 3 juillet 2014, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Laisse à chaque partie la charge de ses dépens ;

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

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du trente et un mai deux mille seize.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyen produit au pourvoi principal par la SCP Hémerly et Thomas-Raquin, avocat aux Conseils, pour la société Xerox.

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR dit que ne pouvaient être soustraits du compte 641 pour le calcul de la subvention de fonctionnement et de la contribution aux activités sociales et culturelles du comité d'établissement de SAINT-DENIS les indemnités légales et conventionnelles de licenciement, les indemnités de préavis, les indemnités de départ ou de mise à la retraite, les rémunérations versées aux salariés détachés ou mis à disposition, les gratifications versées aux stagiaires, l'estimation des bonus, l'estimation des rémunérations variables des commerciaux dites ITV ISVC, l'estimation des congés payés, les provisions pour primes de vacances, et d'AVOIR ordonné une expertise, aux frais avancés de la société XEROX, afin d'obtenir les éléments permettant de déterminer, sur les bases précisées par l'arrêt, les sommes dues au titre des subventions de fonctionnement et des oeuvres sociales et culturelles du comité d'établissement de SAINT-DENIS pour les années 2006 à 2012

AUX MOTIFS QUE "l'article L.2325-43 du code du travail dispose que l'employeur verse au comité d'entreprise une subvention de fonctionnement d'un montant annuel équivalant à 0,2% de la masse salariale brute et que ce montant s'ajoute à la subvention destinée aux activités sociales et culturelles, sauf si l'employeur fait déjà bénéficier le comité d'une somme ou de moyens en personnel équivalents à 0,2% de la masse salariale brute ; Que l'article L.2323-86 du même code se réfère, en ce qui concerne la contribution au financement des activités sociales et culturelles, au montant global des salaires payés; Qu'au sens de ces textes, sauf engagement plus favorable, la masse salariale et le montant global des salaires payés, qui servent respectivement de base pour calculer la subvention de fonctionnement et la subvention destinée aux activités sociales et culturelles, correspondent au compte 641 «Rémunérations du personnel », tel que défini par le plan comptable général, qui comprend les salaires et appointements, les congés payés, les primes et gratifications, les indemnités et avantages divers et le supplément familial; Que ce compte 641 englobe, ainsi, certains éléments qui n'ont pas un caractère salarial et/ou qui ne sont pas soumis à cotisations sociales; que les documents produits révèlent que le montant du compte 641 de la SAS XEROX est, depuis 2006, toujours supérieur à celui de la masse salariale retenu par celle-ci pour calculer les deux subventions qu'elle verse au comité d'établissement; Que la SAS XEROX, dans ses écritures, soutient en effet qu'elle peut soustraire du compte 641 les sommes qui ne sont pas de nature salariale, ainsi que celles qui ne sont pas soumises à cotisations sociales et cite: les indemnités conventionnelles de licenciement, les indemnités de mise à la retraite, les indemnités transactionnelles, les frais professionnels, les provisions ; Que le rapport, en

date du 7 octobre 2011, du cabinet d'expertise-comptable ECODIA, sus mentionné, mandaté par le comité d'établissement pour calculer les sommes dues au titre des deux subventions, indique que, selon le détail fourni par l'expert mandaté par la direction pour proposer une lecture du compte 641, sont déduites: les indemnités de licenciement, les indemnités transactionnelles, les indemnités forfaitaires mensuelles de frais, les provisions pour les primes de vacances, l'estimation des bonus, l'estimation de l'« ITV IVSC» (rémunérations variables des commerciaux), l'estimation des congés payés, les rémunérations du personnel détaché, les indemnités versées aux stagiaires, les « charges à payer restructuration » ; Que le comité d'établissement conteste ces diverses déductions et réaffirme que le montant total des sommes figurant dans le compte 641 doit être pris en compte pour calculer le montant des deux subventions ; que les indemnités légales et conventionnelles de licenciement, les indemnités de préavis et les indemnités de départ ou de mise à la retraite, de nature salariale, qui sont versées principalement en fonction de l'ancienneté et / ou de la rémunération perçue, ne peuvent être soustraites du compte 641 ; Que, par contre, les autres indemnités qui sont dues au titre de la rupture du contrat de travail, notamment les indemnités transactionnelles, peuvent être déduites du compte 641; Considérant, de même, que les sommes destinées à rembourser les dépenses ayant le caractère de frais professionnels, que le salarié est contraint d'exposer pour exercer ses fonctions, peuvent être soustraites du compte 641, peu important qu'elles correspondent au remboursement sur justificatifs des dépenses réellement engagées par le salarié, ou qu'elles lui soient remboursées sur la base d'une indemnité forfaitaire ; que les salariés détachés, ou mis à disposition d'une autre entreprise, dont les liens contractuels avec la SAS XEROX subsistent, ont vocation à être réintégrés au sein de celle-ci à l'issue de leur détachement ou de leur mise à disposition; que le comité d'établissement de la SAS XEROX a ainsi toujours vocation à exercer pleinement ses attributions à l'égard de ceux-ci ; Qu'en conséquence, il n'y a pas lieu de soustraire les rémunérations qui leur sont versées par la SAS XEROX de l'assiette de calcul des deux subventions, étant observé que ces rémunérations ne sont pas prises en compte par l'entreprise d'accueil, pour calculer les subventions versées à son propre comité d'entreprise; Considérant que les gratifications versées aux stagiaires, notamment à ceux dont la durée de stage est supérieure à deux mois, n'ont certes pas le caractère d'un salaire, conformément à l'article 9 de la loi du 31 mars 2006 ; que, cependant, elles correspondent à la part d'activité que les stagiaires exercent au profit de la SAS XEROX parallèlement à la formation qui leur est dispensée; que, par ailleurs, les stagiaires peuvent bénéficier, au moins partiellement, des subventions litigieuses, notamment pour la restauration; Qu'en conséquence, il n'y a pas lieu de soustraire les gratifications qui leur sont versées par la SAS XEROX de l'assiette de calcul des deux subventions, à titre de rémunération ou de contrepartie de jours de congés; Considérant que les estimations, relatives notamment aux bonus, aux « ITV IVSC »

(rémunérations variables des commerciaux) et aux congés payés, correspondent à des charges effectives, certaines dans leur principe, dont le montant exact, qui n'est pas encore connu, sera à parfaire au moment de leur exigibilité; Qu'en conséquence, il n'y a pas lieu de soustraire ces estimations de l'assiette de calcul des deux subventions; Considérant que les provisions, relatives notamment aux primes de vacances, doivent être prises en compte au moment où elles sont inscrites dans un sous-compte du compte 641 même si elles ne sont payées qu'ultérieurement, dès lors que c'est à ce stade qu'elles apparaissent sur ce compte conformément aux principes comptables; Qu'en conséquence, il n'y a pas lieu de soustraire ces provisions de l'assiette de calcul des deux subventions; Considérant que les « charges à payer restructuration », selon la description faite par la SAS XEROX, constituent des provisions comptables incluant les indemnités de départ dans le cadre d'un futur plan de sauvegarde de l'emploi (indemnités de licenciement et indemnités complémentaires pour départ volontaire) les coûts de reclassement (cabinet d'outplacement et formations), les garanties «Gerep» (prolongation de la mutuelle et de la prévoyance pour les salariés faisant partie du plan de sauvegarde de l'emploi) et les éventuels « coûts de sortie» ; Que ces charges à payer, qui se retrouvent dans le compte 648 et qui ne sont donc pas comptabilisées dans le compte 641 au titre de la masse salariale, ne doivent pas servir de base de calcul pour les deux subventions; Que, de même, toute autre charge prise en compte au titre du compte 648 doit être exclue de la base de calcul des deux subventions;

Sur la désignation d'un expert

Considérant que le comité d'établissement sollicite la désignation d'un expert afin de déterminer le montant des sommes dues au titre des subventions de fonctionnement et des oeuvres sociales et culturelles du comité d'établissement pour les années 2011 et 2012 ; Considérant que les éléments versés au dossier, de part et d'autre, sont insuffisants pour permettre de calculer les sommes dues au titre des deux subventions pour les années 2006 à 2012; qu'il convient, dès lors, d'ordonner une mesure d'expertise afin d'obtenir tous éléments permettant de déterminer, sur les bases précisées dans cet arrêt, les sommes dues au titre des subventions de fonctionnement et des oeuvres sociales et culturelles du comité d'établissement de Saint-Denis pour les années 2006 à 2012, dans les termes du dispositif ci-dessous aux frais avancés de la SAS XEROX;"

ALORS DE PREMIERE PART QU'aux termes de l'article L 2323-86 du code du travail, la contribution de l'employeur au financement des activités sociales et culturelles du comité d'entreprise est fixée par référence au montant global des salaires payés ; qu'en jugeant, pour inclure dans l'assiette de la contribution due par la société XEROX au comité d'établissement de son siège social pour les années 2006 à 2012, outre les sommes à caractère salarial versées au cours de ces années, les gratifications versées aux stagiaires qui ne constituent pas des salaires, les indemnités légales et conventionnelles de licenciement, les indemnités de

mise à la retraite, sommes qui ne rémunèrent pas le travail mais indemnisent la perte de l'emploi, ou encore l'estimation des bonus, d'"ITV IVSC", de congés payés et les provisions pour primes de vacances qui constituent des provisions comptables pour charges et non des salaires versés, que sauf engagement plus favorable, la masse salariale et le montant global des salaires payés correspondent au compte 641 "Rémunérations du personnel" tel que défini par le plan comptable général qui comprend les salaires et appointements, les congés payés, les primes et gratifications, les indemnités et avantages divers et le supplément familial et englobe ainsi des éléments à caractère non salarial, la cour d'appel a violé l'article L 2323-86 du code du travail ;

ALORS DE DEUXIEME PART QU'aux termes de l'article L 2325-43 du code du travail, l'employeur verse au comité d'entreprise une subvention de fonctionnement d'un montant annuel équivalant à 0,2% de la masse salariale brute qui s'ajoute à la subvention destinée aux activités sociales et culturelles, sauf si l'employeur fait déjà bénéficier le comité d'une somme ou de moyens en personnel équivalents à 0,2% de la masse salariale brute ; qu'en jugeant, pour inclure dans l'assiette de la subvention de fonctionnement due par la société XEROX au comité d'établissement de son siège social pour les années 2006 à 2012, outre les sommes à caractère salarial versées au cours de ces années, les gratifications versées aux stagiaires qui ne constituent pas des salaires, les indemnités légales et conventionnelles de licenciement, les indemnités de mise à la retraite, sommes qui ne rémunèrent pas le travail mais indemnisent la perte de l'emploi, ou encore l'estimation des bonus, d'"ITV IVSC", de congés payés et les provisions pour primes de vacances qui constituent des provisions comptables pour charges et non des salaires versés, que sauf engagement plus favorable, la masse salariale et le montant global des salaires payés correspondent au compte 641 "Rémunérations du personnel" tel que défini par le plan comptable général qui comprend les salaires et appointements, les congés payés, les primes et gratifications, les indemnités et avantages divers et le supplément familial, et englobe ainsi des éléments à caractère non salarial, la cour d'appel a violé l'article L 2325-43 du code du travail ;

ALORS DE TROISIEME PART ET SUBSIDIAREMENT QUE les indemnités légales et conventionnelles de licenciement ainsi que les indemnités de mise à la retraite versées aux salariés dont le contrat de travail est rompu unilatéralement par l'employeur, réparent le préjudice né de la rupture du contrat de travail et n'ont pas la nature de salaires ; que la cour d'appel qui, pour refuser de soustraire du compte 641 les indemnités légales et conventionnelles de licenciement ainsi que les indemnités de mise à la retraite, a énoncé que ces sommes, de nature salariale, étaient versées principalement en fonction de l'ancienneté et/ou de la rémunération perçue, a violé les articles L 1234-9, L 1237-7, L 2323-86 et L 2325-43 du code du travail ;

ALORS DE QUATRIEME PART ET SUBSIDIAIREMENT QUE les salariés mis à disposition d'une autre entreprise que celle d'origine sont présumés, pendant le temps de leur mise à disposition, être intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail de l'entreprise d'accueil, leur rémunération entrant dans l'assiette des subventions du comité d'entreprise de l'entreprise d'accueil, sauf preuve contraire établie par cette dernière ; qu'en considérant qu'il n'y avait pas lieu de soustraire du compte 641 les rémunérations des salariés mis, par la société XEROX, à la disposition d'autres entreprises, pendant la durée de leur mise à disposition, la cour d'appel a violé les articles L 2323-86 et L 2325-43 du code du travail ;

ALORS DE CINQUIEME PART ET SUBSIDIAIREMENT QUE les gratifications versées aux stagiaires, élèves de l'enseignement supérieur, non liés à l'entreprise d'accueil par un contrat de travail, ne constituant pas des salaires, et les stagiaires ne bénéficiant pas des activités sociales et culturelles du comité d'entreprise pour la période antérieure à la loi n°2011-893 du 28 juillet 2011, elles n'entrent pas dans l'assiette de calcul de la subvention de fonctionnement et de la contribution aux activités sociales et culturelles ; qu'ayant constaté que ces gratifications n'avaient pas la nature d'un salaire, la cour d'appel qui a néanmoins jugé qu'elles ne devaient pas être soustraites du compte 641 pour le calcul des subventions, a violé les articles L 2323-86 et L 2325-43 du code du travail, et 9 de la loi n°2006-396 du 31 mars 2006 ;

ALORS DE SIXIEME PART ET SUBSIDIAIREMENT QU'une provision comptable qui est un passif dont l'échéance ou le montant n'est pas fixé de façon précise et qui ne constitue pas une dépense effective de l'exercice, n'a pas à entrer dans l'assiette des subventions versées au comité d'entreprise, constituée des sommes effectivement payées au cours de l'exercice concerné ; qu'ayant constaté que les estimations de bonus, d'"ITV IVSC (rémunérations variables des commerciaux)" de congés payés et les provisions pour primes de vacances correspondaient à des charges effectives, certaines dans leur principe, dont le montant exact qui n'était pas connu serait à parfaire au moment de leur exigibilité, ou qui ne seraient versées qu'ultérieurement, la cour d'appel qui a néanmoins jugé que ces provisions ne devaient pas être soustraites de l'assiette de calcul des deux subventions, a violé les articles L 2323-86 et L 2325-43 du code du travail, et l'article 212-3 du plan comptable général dans sa rédaction du règlement n°99-03 du 29 avril 1999 modifié par les règlements n°2000-06 et n°2005-09 du Comité de la réglementation comptable alors en vigueur.

Moyens produits au pourvoi incident par la SCP Delaporte et Briard, avocat aux Conseils pour le comité d'établissement de la société Xerox.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré prescrite la demande de rappel de subvention au titre de l'année 2005 du comité d'établissement Xerox ;

Aux motifs que « Sur la prescription pour l'année 2005, la SAS Xerox soutient que les demandes au titre de l'année 2005 sont prescrites, au motif que le délai de cinq ans a commencé à courir à partir du moment où le comité d'établissement, ainsi que MM. Christian Boucher et Chérif Fahem, membres du comité central d'entreprise et du comité d'établissement, ont eu connaissance de la masse salariale, c'est à dire à compter de la convocation du comité central d'entreprise à l'assemblée générale ordinaire des actionnaires du 20 juin 2005 qui devait examiner les comptes de l'exercice 2004 ; que l'article 2224 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 17 juin 2008, dispose que les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ; que cette prescription quinquennale de droit commun est applicable pour la subvention des oeuvres sociales et culturelles, ainsi que pour la subvention de fonctionnement ; qu'en l'espèce, le délai de cinq ans a commencé à courir à compter du jour où le comité d'établissement a eu connaissance de la masse salariale retenue par la société pour calculer le montant des deux subventions litigieuses ; que les pièces produites font apparaître :- que le comité d'établissement a eu connaissance des budgets de l'exercice 2004 le 3 mars 2005 et du compte 641 le 20 juin 2005, - que l'ordre du jour de l'assemblée générale du 20 juin 2005 a porté sur la présentation du rapport du commissaire aux comptes relatif à l'exercice 2004, ainsi que sur l'approbation du bilan et du compte de résultat comprenant le compte 641, - que le mémorandum intitulé « Subventions au CE » relatif aux régularisations des subventions pour l'année 2004 et aux acomptes prévisionnels pour 2005, daté du 3 mars 2005, qui a été transmis aux secrétaires et aux trésoriers des comités d'établissement et du comité central d'entreprise, fait bien mention de la masse salariale ayant servi de base de calcul des subventions, - que le mémorandum intitulé « Subventions au CE » relatif aux régularisations des subventions pour l'année 2005 et aux acomptes prévisionnels pour 2006, daté du 3 avril 2006, qui a été transmis aux secrétaires et aux trésoriers des comités d'établissement et du comité central d'entreprise, fait bien mention de la masse salariale ayant servi de base de calcul des subventions ; qu'il n'est pas contesté qu'un expert est missionné, tous les ans, pour assister le comité d'établissement dans l'analyse des comptes de l'entreprise ; qu'ainsi, le comité d'établissement disposait, pour les subventions versées au titre de l'année 2005,

d'informations suffisantes sur la base de calcul de la masse salariale retenue par l'employeur, lui permettant de contester utilement la légalité du mode de calcul des subventions habituellement retenu par celui-ci, peu important que la masse salariale ait été globalisée pour les deux établissements, le litige portant sur le point de savoir si le compte 641 du plan comptable général devait servir de base dans son intégralité pour le calcul de la masse salariale ou si certaines sommes pouvaient être déduites de ce compte ; qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de dire prescrites l'action et la demande du comité d'établissement, pour l'année 2005 et de confirmer le jugement sur ce point » ;

Alors, d'une part, que la prescription quinquennale ne court pas lorsque la créance, même périodique, dépend d'éléments qui ne sont pas connus du créancier et doivent résulter de déclarations que le débiteur est tenu de faire ; qu'en déclarant que le comité d'établissement disposait, pour les subventions versées au titre de l'année 2005, d'informations suffisantes sur la base de calcul de la masse salariale retenue par l'employeur quand il résultait des éléments énumérés, procès verbal des décisions du président du 3 mai 2005, procès verbal de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires du 20 juin 2005 et «Mémorandum » relatifs aux « subventions du CE » des 3 mars 2005 et 3 avril 2006, que la société avait exclusivement communiqué à certains membres du comité d'établissement le montant global des subventions attribuées sans aucun détail de l'assiette ayant servi à leur calcul en sorte que le comité n'était pas en mesure de déterminer les éléments pris en compte ou écartés par la société Xerox de la base de calcul des deux subventions, la cour d'appel a violé les articles 2224 du code civil et L. 2323-86, L. 2325-43 et L. 2328-1 du code du travail ;

Alors, d'autre part, que la prescription quinquennale, interrompu par une citation en justice, ne court pas lorsque la créance, même périodique, dépend d'éléments qui ne sont pas connus du créancier et doivent résulter de déclarations que le débiteur est tenu de faire ; qu'en l'espèce le comité d'établissement a assigné la société Xerox devant le tribunal de grande instance de Bobigny par acte d'huissier du 15 mars 2011 (jugement du 14 juin 2012 p. 2, 1^{er} al.) en sorte que la demande de subvention sur l'année 2005 était prescrite à la condition que la société ait informé le comité des éléments nécessaires au calcul des subventions avant le 15 mars 2006 ; que dès lors en constatant que, le 3 avril 2006, le comité avait été informé par le mémorandum « subvention CE » des régularisations des subventions pour l'année 2005 et des acomptes provisionnels pour 2006 (arrêt p. 4, 4^e al.) soit après le point de départ du délai de prescription et en déclarant néanmoins prescrite la demande, la cour d'appel a violé l'article 2224 du code civil ;

Alors, enfin, en tout état de cause, qu'en s'abstenant de répondre aux conclusions du comité d'établissement selon lesquelles la transmission à des élus des comptes globaux de la société ne pouvait libérer la société de son

obligation d'information du comité d'établissement, seul habilité à débattre et, éventuellement, à ester en justice, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir dit que les indemnités transactionnelles devaient être déduites de l'assiette de calcul de la masse salariale des deux subventions versées au comité d'établissement ;

Aux motifs que « Sur la base de calcul de la masse salariale, l'article L. 2325-43 du code du travail dispose que l'employeur verse au comité d'entreprise une subvention de fonctionnement d'un montant annuel équivalant à 0,2 % de la masse salariale brute et que ce montant s'ajoute à la subvention destinée aux activités sociales et culturelles, sauf si l'employeur fait déjà bénéficier le comité d'une somme ou de moyens en personnel équivalents à 0,2 % de la masse salariale brute ; que l'article L.2323-86 du même code se réfère, en ce qui concerne la contribution au financement des activités sociales et culturelles, au montant global des salaires payés ; qu'au sens de ces textes, sauf engagement plus favorable, la masse salariale et le montant global des salaires payés, qui servent respectivement de base pour calculer la subvention de fonctionnement et la subvention destinée aux activités sociales et culturelles, correspondent au compte 641 « Rémunérations du personnel », tel que défini par le plan comptable général, qui comprend les salaires et appointements, les congés payés, les primes et gratifications, les indemnités et avantages divers et le supplément familial ; que ce compte 641 englobe, ainsi, certains éléments qui n'ont pas un caractère salarial et/ ou qui ne sont pas soumis à cotisations sociales ; que les documents produits révèlent que le montant du compte 641 de la SAS XEROX est, depuis 2006, toujours supérieur à celui de la masse salariale retenti par celle-ci pour calculer les deux subventions qu'elle verse au comité d'établissement ; que la SAS XEROX, dans ses écritures, soutient en effet qu'elle peut soustraire du compte 641 les sommes qui ne sont pas de nature salariale, ainsi que celles qui ne sont pas soumises à cotisations sociales et cite : - les indemnités conventionnelles de licenciement, - les indemnités de mise à la retraite, - les indemnités transactionnelles, - les frais professionnels, - les provisions ; que le rapport, en date du 7 octobre 2011, du cabinet d'expertise-comptable Ecodia, sus mentionné, mandaté par le comité d'établissement pour calculer les sommes dues au titre des deux subventions, indique que, selon le détail fourni par l'expert mandaté par la direction pour proposer une lecture du compte 641, sont déduites : - les indemnités de licenciement, - les indemnités transactionnelles, - les indemnités forfaitaires mensuelles de frais, - les provisions pour les primes de vacances, - l'estimation des bonus, - l'estimation de l'« ITV IVSC » (rémunérations variables des commerciaux), - l'estimation des congés payés, - les rémunérations du personnel détaché,

- les indemnités versées aux stagiaires, - les « charges à payer restructuration »; que le comité d'établissement conteste ces diverses déductions et réaffirme que le montant total des sommes figurant dans le compte 641 doit être pris en compte pour calculer le montant des deux subventions ; que les indemnités légales et conventionnelles de licenciement, les indemnités de préavis et les indemnités de départ ou de mise à la retraite, de nature salariale, qui sont versées principalement en fonction de l'ancienneté et / ou de la rémunération perçue, ne peuvent être soustraites du compte 641 ; que, par contre, les autres indemnités qui sont dues au titre de la rupture du contrat de travail, notamment les indemnités transactionnelles, peuvent être déduites du compte 641 ; que de même, les sommes destinées à rembourser les dépenses ayant le caractère de frais professionnels, que le salarié est contraint d'exposer pour exercer ses fonctions, peuvent être soustraites du compte 641, peu important qu'elles correspondent au remboursement sur justificatifs des dépenses réellement engagées par le salarié, ou qu'elles lui soient remboursées sur la base d'une indemnité forfaitaire ; que les salariés détachés, ou mis à disposition d'une autre entreprise, dont les liens contractuels avec la SAS Xerox subsistent, ont vocation à être réintégrés au sein de celle-ci à l'issue de leur détachement ou de leur mise à disposition ; que le comité d'établissement de la SAS Xerox a ainsi toujours vocation à exercer pleinement ses attributions à l'égard de ceux-ci ; Qu'en conséquence, il n'y a pas lieu de soustraire les rémunérations qui leur sont versées par la SAS Xerox de l'assiette de calcul des deux subventions, étant observé que ces rémunérations ne sont pas prises en compte par l'entreprise d'accueil, pour calculer les subventions versées à son propre comité d'entreprise ; que les gratifications versées aux stagiaires, notamment à ceux dont la durée de stage est supérieure à deux mois, n'ont certes pas le caractère d'un salaire, conformément à l'article 9 de la loi du 31 mars 2006 ; que, cependant, elles correspondent à la part d'activité que les stagiaires exercent au profit de la SAS Xerox parallèlement à la formation qui leur est dispensée ; que, par ailleurs, les stagiaires peuvent bénéficier, au moins partiellement, des subventions litigieuses, notamment pour la restauration ; qu'en conséquence, il n'y a pas lieu de soustraire les gratifications qui leur sont versées par la SAS Xerox de l'assiette de calcul des deux subventions, à titre de rémunération ou de contrepartie de jours de congés ; que les estimations, relatives notamment aux bonus, aux « ITV IVSC » (rémunérations variables des commerciaux) et aux congés payés, correspondent à des charges effectives, certaines dans leur principe, dont le montant exact, qui n'est pas encore connu, sera à parfaire au moment de leur exigibilité ; qu'en conséquence, il n'y a pas lieu de soustraire ces estimations de l'assiette de calcul des deux subventions ; que les provisions, relatives notamment aux primes de vacances, doivent être prises en compte au moment où elles sont inscrites dans un sous-compte du compte 641 même si elles ne sont payées qu'ultérieurement, dès lors que c'est à ce stade qu'elles apparaissent sur ce compte conformément aux principes

comptables ; qu'en conséquence, il n'y a pas lieu de soustraire ces provisions de l'assiette de calcul des deux subventions ; que les « charges à payer restructuration », selon la description faite par la SAS Xerox, constituent des provisions comptables incluant les indemnités de départ dans le cadre d'un futur plan de sauvegarde de l'emploi (indemnités de licenciement et indemnités complémentaires pour départ volontaire) les coûts de reclassement (cabinet d'outplacement et formations), les garanties « Gerep » (prolongation de la mutuelle et de la prévoyance pour les salariés faisant partie du plan de sauvegarde de l'emploi) et les éventuels « coûts de sortie » ; que ces charges à payer, qui se retrouvent dans le compte 648 et qui ne sont donc pas comptabilisées dans le compte 641 au titre de la masse salariale, ne doivent pas servir de base de calcul pour les deux subventions ; que, de même, toute autre charge prise en compte au titre du compte 648 doit être exclue de la base de calcul des deux subventions » ;

Alors que la masse salariale servant au calcul des subventions de fonctionnement du comité d'entreprise et du financement des oeuvres sociales et culturelles versées par l'employeur au comité d'entreprise s'entend de la masse salariale brute correspondant au compte 641 « Rémunérations du personnel », y compris les indemnités légales et conventionnelles de licenciement, de retraite, de préavis et les indemnités transactionnelles dans leur partie correspondant aux indemnités légales et conventionnelles ; que dès lors en déclarant que les indemnités transactionnelles devaient être déduites du compte 641, la cour d'appel a violé les articles L. 2323-86 et L. 2325-43 du code du travail ;