

COUR DE CASSATION

Audience publique du **7 février 2018**

Rejet

M. FROUIN, président

Arrêt n° 303 FS-P+B+R+I

Pourvoi n° U 16-24.231

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

A U N O M D U P E U P L E F R A N Ç A I S

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

Statuant sur le pourvoi formé par le comité d'entreprise de l'UES Atos intégration, dont le siège est 80 quai Voltaire, River Oest, immeuble River Oest, 95870 Bezons,

contre l'arrêt rendu le 22 juillet 2016 par la cour d'appel de Versailles (6^e chambre), dans le litige l'opposant :

1^o/ à la société Atos consulting, société par actions simplifiée, dont le siège est 80 quai Voltaire, 95870 Bezons, venant aux droits de la société Atos formation,

2^o/ à la société Atos intégration, société par actions simplifiée, dont le siège est 80 quai Voltaire, immeuble River Oest, 95870 Bezons,

3^o/ à la société Atos Worldgrid, société par actions simplifiée, dont le siège est 80 quai Voltaire, 95870 Bezons,

défenderesses à la cassation ;

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, le moyen unique de cassation annexé 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 24 janvier 2018, où étaient présents : M. Frouin, président, Mme Pécaut-Rivolier, conseiller rapporteur, M. Huglo, conseiller doyen, M. Rinuy, Mmes Slove, Basset, conseillers, Mmes Chamley-Coulet, Lanoue, MM. Joly, Le Masne de Chermont, conseillers référendaires, M. Weissmann, avocat général référendaire, Mme Lavigne, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Pécaut-Rivolier, conseiller, les observations de la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat du comité d'entreprise de l'UES Atos intégration, de la SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, avocat des sociétés Atos consulting, Atos intégration et Atos Worldgrid, l'avis de M. Weissmann, avocat général référendaire, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 22 juillet 2016), que le 21 février 2014, le comité d'entreprise de l'UES ATOS Intégration a saisi le tribunal de grande instance aux fins 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 aux activités sociales et culturelles depuis 2008 ;

Attendu que le comité d'entreprise fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande de rappel alors, selon le moyen, que :

1°/sauf engagement plus favorable, la masse salariale servant au calcul de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles et de la subvention de fonctionnement du comité d'entreprise s'entend de la masse salariale brute correspondant au compte 641 du plan comptable général 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 ; qu'en écartant, en l'espèce, toute référence au compte 641 pour dire que la masse salariale brute permettant de fixer le montant du budget de fonctionnement et du budget des activités sociales et culturelles du comité d'entreprise devait être calculée à partir des DADS des sociétés composant l'UES et débouter en conséquence le comité d'entreprise de ses demandes, la cour d'appel a violé les dispositions des articles L. 2323-86 et L. 2325-43 du code du travail ;

2°/ les provisions à valoir sur toutes sommes de nature salariale doivent être incluses dans la masse salariale brute servant au calcul de la subvention de fonctionnement et de la subvention patronale aux activités sociales et culturelles du comité d'entreprise ; qu'en décidant en l'espèce que les provisions sur congés payés ne devaient pas être prises en compte dans la base de calcul de cette masse salariale brute, la cour d'appel a violé les dispositions des articles L. 2323-86 et L. 2325-43 du code du travail ;

3°/ les indemnités légales et conventionnelles de licenciement et de retraite versées au titre de la rupture du contrat de travail des salariés concernés doivent être incluses dans la masse salariale brute servant au calcul de la subvention de fonctionnement et de la subvention patronale aux activités sociales et culturelles du comité d'entreprise ; qu'en considérant en l'espèce qu'il n'y avait pas lieu d'inclure dans la base de calcul de cette masse salariale brute « la partie indemnitaire des sommes versées aux salariés licenciés ou ayant quitté la société à la suite d'un plan social », précisant que cette « partie indemnitaire » incluait notamment les indemnités légales ou conventionnelles de licenciement, la cour d'appel a de nouveau violé les dispositions des articles L. 2323-86 et L. 2325-43 du code du travail ;

4°/ pendant le temps de leur mise à dispositions, les salariés sont présumés être intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail de l'entreprise d'accueil si bien que leur rémunération doit être prise en compte dans le calcul de la masse salariale brute servant au calcul de la subvention de fonctionnement et de la subvention patronale aux activités sociales et culturelles du comité d'entreprise de cette entreprise ; qu'en conséquence, il appartient à l'employeur qui entend voir ces rémunérations exclues du calcul de la masse salariale brute de rapporter la preuve de l'absence d'intégration étroite et permanente des salariés mis à disposition ; qu'en l'espèce, pour retenir qu'il ne fallait pas inclure dans la masse salariale brute le montant des rémunérations des salariés mis à la disposition de l'entreprise, la cour d'appel a relevé qu'aucun élément ne permettait d'établir que ces salariés mis à disposition étaient, au cas d'espèce, complètement intégrés à la communauté de travail ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a encore un fois violé les dispositions des articles L. 2323-86 et L. 2325-43 du code du travail ;

Mais attendu que l'évolution de la jurisprudence, qui a exclu de l'assiette de référence du calcul de la subvention de fonctionnement et de la contribution aux activités sociales et culturelles diverses sommes figurant au compte 641 mais n'ayant pas la nature juridique de salaires, conduit à priver de pertinence le recours à ce compte pour la mise en oeuvre des dispositions des articles L. 2325-43 et L. 2323-86 alors applicables du code du travail ;

Attendu d'abord que, sauf engagement plus favorable, la masse salariale servant au calcul de la subvention de fonctionnement du comité d'entreprise comme de la contribution aux activités sociales et culturelles, s'entend de la masse salariale brute constituée par l'ensemble des gains et rémunérations soumis à cotisations de sécurité sociale en application de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale ;

Attendu ensuite qu'il résulte des articles L. 1251-24 et L. 8241-1 du code du travail que les salariés mis à disposition ont accès, dans l'entreprise utilisatrice, dans les mêmes conditions que les salariés de cette entreprise, aux moyens de transport collectif et aux installations collectives, notamment de restauration, dont peuvent bénéficier ces salariés ; que lorsque des dépenses supplémentaires incombent au comité d'entreprise de l'entreprise utilisatrice, celles-ci doivent lui être remboursées suivant des modalités définies au contrat de mise à disposition ; qu'il en découle que la rémunération versée aux salariés mis à disposition par leur employeur n'a pas à être incluse dans la masse salariale brute de l'entreprise utilisatrice servant de base au calcul de la subvention de fonctionnement et de la contribution aux activités sociales et culturelles ;

Et attendu que c'est dès lors à bon droit que la cour d'appel a refusé d'intégrer dans la masse salariale brute les provisions sur congés payés, les indemnités légales et conventionnelles de licenciement et les indemnités de retraite, ainsi que les rémunérations versées aux salariés mis à disposition par une entreprise extérieure, toutes sommes qui ne figurent pas dans la déclaration annuelle des données sociales de l'entreprise ;

D'où il suit que le moyen, inopérant en sa quatrième branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne le comité d'entreprise de l'UES Atos intégration aux dépens ;

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

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du sept février deux mille dix-huit.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat aux Conseils, pour le comité d'entreprise de l'UES Atos intégration.

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir dit que la masse salariale brute, base permettant de fixer le montant des subventions du budget de fonctionnement et du budget des activités sociales et culturelles du comité d'entreprise de l'UES ATOS INTEGRATION, devait être calculée à compter de l'année 2008 à partir des DADS des trios sociétés ATOS INTEGRATION, ATOS WORLGRID et ATOS CONSULTING et d'avoir, en conséquence, débouté le comité d'entreprise de l'ensemble de ses demandes ;

AUX MOTIFS QUE « Selon l'article L.2325-43 du code du travail, l'employeur verse au comité d'entreprise une subvention annuelle de fonctionnement d'un montant équivalent à 0,2 % de la masse salariale brute, laquelle s'ajoute à la subvention destinée aux activités sociales et culturelles, laquelle est calculée sur le montant des salaires versés. Les parties conviennent que la base des deux subventions est calculée sur la masse salariale brute, hors cotisations sociales patronales. Le litige porte sur la détermination de la masse salariale brute, dont dépend le montant des deux subventions. Deux thèses s'affrontent : Les sociétés appelantes prétendent que la référence aux DADS est la plus sûre et la plus cohérente par rapport aux objectifs recherchés, car le compte 641 inclut des sommes qui n'ont pas juridiquement un caractère salarial, comme les rémunérations des dirigeants non salariés, l'intéressement et la participation, les indemnités journalières pour maladie versées par la sécurité sociale, les frais professionnels, et diverses provisions (provisions pour congés payés notamment), ce qu'une grande partie de la jurisprudence récente a jugé, mais aussi les rémunérations des salariés temporaires. Le comité d'entreprise soutient, sur la base de la jurisprudence la plus récente de la Cour de Cassation que la référence au compte 641 du plan comptable général (intitulé "rémunérations du personnel et des dirigeants") est la meilleure des bases de calcul de la masse salariale brute, car elle intègre les salaires, les primes et commissions, les congés payés, les avantages divers et le supplément familial, outre la part salariale des cotisations de sécurité sociale, mais aussi les indemnités légales ou conventionnelles de licenciement qui ont une nature salariale, mais encore aussi les provisions pour congés payés et les rémunérations des salariés temporaires. Il admet qu'il faut exclure les charges sociales patronales, les indemnités transactionnelles (pour leur montant au delà des indemnités légales ou conventionnelles de licenciement) et les indemnités supra conventionnelles versées suite à un FSE, mais aussi la rémunération des dirigeants non salariés et les frais professionnels, lorsque ces frais ne sont pas réellement exposés et dépassent un montant forfaitaire défini par l'arrêté du 20 décembre 2002. Il précise que la différence entre les deux modes de calcul entraîne un préjudice compris entre 4 à 10 millions par an. La Cour doit déterminer ce que comprend la masse salariale brute servant de base aux deux subventions du comité d'entreprise. Les parties conviennent que cela

comprend les salaires, primes et commissions, les congés payés, les avantages divers et le supplément familial, soit toutes sommes versées en contrepartie d'un travail, outre la part salariale des cotisations de sécurité sociale, à l'exclusion de la part patronale des cotisations. Selon le comité d'entreprise, il faudrait y inclure aussi une partie des frais professionnels et des indemnités légales ou conventionnelles de licenciement, mais aussi les provisions pour congés payés et les rémunérations des salariés extérieurs mis à disposition temporaire. Si une jurisprudence s'est dégagée pour retenir comme base de calcul le compte 641 « retraité » (par exclusion de certains postes), la cour estime que la référence aux DADS n'apparaît pas dépourvue de fondement. En effet, la référence à la déclaration annuelle des salaires pour le calcul de l'assiette des cotisations sociales (ou DADS) apparaît conforme au principe de l'adéquation du montant des subventions au nombre de salariés présents dans les sociétés et ayant vocation à bénéficier de ces subventions. Les DADS incluent bien les salaires, primes et commissions, les congés payés, les avantages divers et le supplément familial, outre la part salariale des cotisations de sécurité sociale, à l'exclusion de la part patronale des cotisations. Les DADS n'incluent pas, en revanche, les sommes versées aux salariés ayant quitté l'entreprise (à la suite d'un licenciement ou d'une rupture conventionnelle ou un FSE), les indemnités légales de licenciement et toutes les sommes perçues à caractère indemnitaire, qui sont versées aux salariés ayant quitté l'entreprise et qui ne correspondent donc pas à la contrepartie d'un travail. En outre, il est cohérent que les DADS n'incluent pas les rémunérations des salariés temporaires extérieurs (qui sont mentionnés dans les bilans sociaux - pièces 9,14, 18 et 23 de l'intimé- établis par la direction de l'UES, entre 2009 et 2012), puisque la rémunération de ces salariés est versée par un employeur autre que le débiteur des subventions, et qu'il n'est pas établi que ces salariés participaient de manière intégrée à la communauté de travail des sociétés appelantes et bénéficiaient des activités sociales et culturelles. En revanche, la cour juge que la référence au compte 641 du plan comptable général, s'avère moins pertinente comme le soulèvent à raison les sociétés appelantes, car elle suppose d'exclure certains postes ce qui revient en définitive, comme démontré ci-après, à un montant équivalent aux salaires bruts figurant dans la DADS, laquelle, comme cela a été dit, n'inclut déjà pas ces postes. C'est si vrai que dans ses deux arrêts des 20 mai et 9 juillet 2014 la chambre sociale de la Cour de Cassation a admis la référence au compte 641, mais "retraité", en soustrayant certaines sommes, comme la rémunération des dirigeants, le remboursement des frais professionnels, outre les indemnités de rupture autres que les indemnités légales ou conventionnelles de licenciement et les indemnités de préavis. Le comité d'entreprise admet en effet qu'il faut exclure du compte 641 la rémunération des dirigeants, le remboursement des frais professionnels, sous réserve qu'ils soient réellement exposés et ne dépassent pas le montant forfaitaire défini par l'arrêté du 20 décembre 2002, et les indemnités transactionnelles de rupture conventionnelle dans leur partie indemnitaire. Cependant, l'argumentation du comité d'entreprise, conduit à inclure à tort dans la masse salariale brute les trois postes suivants: les provisions sur congés payés, les indemnités de rupture autre que les indemnités transactionnelles et les

rémunérations des salariés temporaires. Or, s'agissant des provisions sur congés payés, comme toutes les provisions, ce sont des réserves faites en prévision de dépenses attendues pour l'exercice suivant, qui font l'objet de régularisations lors de l'exercice suivant; elles ne constituent donc pas des dépenses certaines pour l'exercice en cours; en d'autres termes, les provisions sur congés payés n'ont pas été versées aux salariés lors de l'exercice en cours, ce qui exclut de les prendre en compte au titre des salaires versés; si ces provisions pour congés payés ne sont pas obligatoires et permettent aux sociétés d'augmenter fictivement leurs charges, ce qui a pour effet de diminuer leur bénéfice fiscal et donc leur imposition, cet élément n'a aucune incidence sur le calcul de la masse salariale. Ces provisions ne doivent donc pas être prises en compte dans la base de calcul de la masse salariale brute. Il n'y a pas davantage lieu d'inclure dans la base de calcul la partie indemnitaire des sommes versées au salariés licenciés ou ayant quitté les sociétés à la suite d'un plan social, le raisonnement étant le même que celui effectué pour les salariés bénéficiaires d'une rupture conventionnelle, cette partie indemnitaire correspondant tant aux indemnités légales ou conventionnelles de licenciement qu'aux indemnités ou dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, sans qu'il y ait lieu de se référer au fait qu'elles sont ou non soumises à cotisations sociales. En définitive, seule l'indemnité de préavis doit être incluse dans la masse salariale brute, car elle suppose que le salarié est encore présent dans l'entreprise pendant toute la période de préavis ; or, les DADS incluent bien les indemnités de préavis. Selon la jurisprudence (Cass soc 7 novembre 2007) il faudrait inclure dans la masse salariale brute de référence pour le calcul de la subvention de fonctionnement du comité d'entreprise, le montant des rémunérations des salariés temporaires mis à disposition pendant leur temps de mise à disposition, ces salariés étant présents dans l'entreprise. Or, en l'espèce, comme cela a été dit plus haut, aucun élément ne permet d'établir que ces salariés mis à disposition sont, au cas d'espèce, complètement intégrés dans la communauté de travail, de sorte que là encore la référence au compte 641 n'est pas valable. C'est ainsi que la Cour juge que la référence aux DADS apparaît plus claire et adaptée pour constituer la masse salariale brute, base de calcul des deux subventions du comité d'entreprise. En conséquence il y a lieu d'infirmier totalement le jugement entrepris, et de débouter le comité d'entreprise de toutes ses demandes. Les dépens de première instance et d'appel seront mis à la charge du comité d'entreprise, avec distraction au profit de Maître LAPON, avocat, en application de l'article 699 du code de procédure civile. » ;

ALORS en premier lieu QUE sauf engagement plus favorable, la masse salariale servant au calcul de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles et de la subvention de fonctionnement du comité d'entreprise s'entend de la masse salariale brute correspondant au compte 641 du plan comptable général 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 ; qu'en écartant, en l'espèce, toute référence au compte 641 pour dire que la masse salariale brute permettant de fixer le montant du budget de fonctionnement et du budget des activités sociales et culturelles du comité d'entreprise devait être calculée à partir des DADS des sociétés composant l'UES et débouter en conséquence le comité d'entreprise de ses demandes, la Cour d'appel a violé les dispositions des articles L. 2323-86 et L. 2325-43 du Code du travail ;

ALORS en deuxième lieu QUE les provisions à valoir sur toutes sommes de nature salariale doivent être incluses dans la masse salariale brute servant au calcul de la subvention de fonctionnement et de la subvention patronale aux activités sociales et culturelles du comité d'entreprise ; qu'en décidant en l'espèce que les provisions sur congés payés ne devaient pas être prises en compte dans la base de calcul de cette masse salariale brute, la Cour d'appel a violé les dispositions des articles L. 2323-86 et L. 2325-43 du Code du travail ;

ALORS en troisième lieu QUE les indemnités légales et conventionnelles de licenciement et de retraite versées au titre de la rupture du contrat de travail des salariés concernés doivent être incluses dans la masse salariale brute servant au calcul de la subvention de fonctionnement et de la subvention patronale aux activités sociales et culturelles du comité d'entreprise ; qu'en considérant en l'espèce qu'il n'y avait pas lieu d'inclure dans la base de calcul de cette masse salariale brute « la partie indemnitaire des sommes versées aux salariés licenciés ou ayant quitté la société à la suite d'un plan social », précisant que cette « partie indemnitaire » incluait notamment les indemnités légales ou conventionnelles de licenciement, la Cour d'appel a de nouveau violé les dispositions des articles L. 2323-86 et L. 2325-43 du Code du travail ;

ET ALORS en quatrième lieu QUE, pendant le temps de leur mise à dispositions, les salariés sont présumés être intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail de l'entreprise d'accueil si bien que leur rémunération doit être prise en compte dans le calcul de la masse salariale brute servant au calcul de la subvention de fonctionnement et de la subvention patronale aux activités sociales et culturelles du comité d'entreprise de cette entreprise ; qu'en conséquence, il appartient à l'employeur qui entend voir ces rémunérations exclues du calcul de la masse salariale brute de rapporter la preuve de l'absence d'intégration étroite et permanente des salariés mis à disposition ; qu'en l'espèce, pour retenir qu'il ne fallait pas inclure dans la masse salariale brute le montant des rémunérations des salariés mis à la disposition de l'entreprise, la Cour d'appel a relevé qu'aucun élément ne permettait d'établir que ces salariés mis à disposition étaient, au cas d'espèce, complètement intégrés à la communauté de travail ; qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel a encore un fois violé les dispositions des articles L. 2323-86 et L. 2325-43 du Code du travail.