

COMITÉ D'ENTREPRISE Financement – Assiette patronale de contribution – Détermination – 1° Transaction – Portée – 2° Rémunération des dirigeants – Exclusion – Sommes dues au titre du mandat social.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 3 novembre 2016

Nestlé Waters Supply Sud contre Comité d'entreprise NWSS (p. n°15-19.385)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'en application d'une transaction signée le 28 novembre 1980, la société générale de grandes sources d'eaux minérales françaises, aux droits de laquelle vient la société Nestlé Waters Supply Sud, et le comité d'entreprise de Vergèze ont décidé de fixer irrévocablement la contribution annuelle versée par l'employeur pour financer les institutions sociales du comité à 3 % de la masse salariale ; que depuis 1980 la masse salariale prise en considération correspondait à la déclaration annuelle des salaires ; qu'à partir de 2011, le comité d'entreprise de Vergèze a demandé que la masse salariale servant de base de calcul à la contribution patronale aux activités sociales et culturelles soit calculée par référence aux éléments du plan comptable 641 ;

Sur le moyen unique du pourvoi de la société :

Attendu que la société fait grief à l'arrêt de statuer sur cette demande, alors, selon le moyen, que la transaction a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a affirmé que le protocole transactionnel signé le 28 novembre 1980 ne permettait pas de régler le litige qui opposait le comité d'entreprise de Vergèze à la société Nestlé Waters Supply Sud quant à la définition de la masse salariale servant d'assiette pour le calcul de la contribution aux activités sociales et culturelles ; qu'en statuant ainsi, quand il résultait de l'article 3 de ce protocole que les parties « s'accordent à reconnaître à la présente transaction le caractère d'un règlement des contestations nées ou à naître entre elles concernant le principe et l'application pratique du financement du comité d'établissement de Vergèze » et que « par cette transaction les signataires entendent régler définitivement tous les comptes, sans exception ni réserve, pouvant exister entre eux, notamment au titre de l'interprétation et de l'utilisation du rapport ci-dessus, dans le cadre des articles L.432-3, R. 432-12 et L.434-8 du code du travail dont les parties entendent strictement respecter les dispositions », la cour d'appel a méconnu la force obligatoire et l'autorité de chose jugée s'attachant à l'article 3 du protocole transactionnel, dont il s'évinçait que les parties avaient définitivement réglé la question du calcul de la contribution patronale, y compris quant à son assiette ; qu'elle a, partant, violé les articles 1134 et 2052 du code civil ;

Mais attendu qu'ayant relevé qu'aux termes de la transaction, la contribution annuelle de l'employeur au financement des activités sociales et culturelles

du comité d'entreprise est fixée à 3 % de la masse salariale, la cour d'appel a pu en déduire que l'objet du litige portant sur l'assiette de cette contribution n'avait pas été envisagé par la transaction ; que le moyen n'est pas fondé ;

(...)

Mais sur le second moyen du pourvoi du comité d'entreprise :

Vu l'article L.2323-86 du code du travail ;

Attendu que pour déterminer la masse salariale servant d'assiette pour le calcul de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles due au comité d'entreprise, l'arrêt retient que, sauf engagement plus favorable, la masse salariale servant au calcul de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles s'entend de la masse salariale brute correspondant au compte 641 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 et qu'il faut donc retrancher du compte 641 la rémunération des dirigeants sociaux et non pas seulement la rémunération des mandataires sociaux ;

Qu'en statuant ainsi, alors que seule la rémunération du mandat social peut être exclue de la masse salariale servant de calcul à la contribution patronale et que les salaires versés aux dirigeants titulaires d'un contrat de travail doivent y demeurer, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs :

Casse et annule, sauf en ce qu'il dit et juge que les demandes du comité d'entreprise portant sur les années 1982 à 2005 sont prescrites, l'arrêt rendu le 2 avril 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Nîmes ; remet, en conséquence, sur les autres 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 Montpellier ;

(M. Frouin, prés. – Mme Salomon, rapp. – M. Weissmann, av. gén. – SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, av.)

Note.

Le budget du comité d'entreprise s'entend comme les sommes versées par l'employeur au titre de la

subvention de fonctionnement et de la contribution aux activités sociales et culturelles. Le Code du travail prévoit deux subventions au bénéfice du comité d'entreprise, à savoir la subvention de fonctionnement et la contribution aux activités sociales et culturelles (1).

En ce qui concerne le calcul de la subvention du budget de fonctionnement, l'article L.2325-43 du Code du travail fait référence à la masse salariale brute (2). À l'inverse, s'agissant de la contribution de l'employeur au financement des institutions sociales du comité d'entreprise, l'article L.2323-86 du Code du travail fait référence au montant global des salaires versées au sens de l'article R.243-14 du Code de la Sécurité sociale. Pour autant, la base de calcul est la même, à savoir la masse salariale brute. En effet, l'article L.2323-86 du Code du travail, en évoquant le « *montant global des salaires payés* », fait référence à la cette dernière (3). Par conséquent, l'assiette de calcul des différents budgets du comité d'entreprise dépend de la définition juridique retenue de la masse salariale brute.

La Cour de cassation a d'abord retenu comme définition la déclaration annuelle des données sociales (DADS). Cette dernière se révèle défavorable financièrement au comité d'entreprise. Par un revirement progressif (4), la jurisprudence constante et récente (5) de la Cour de cassation retient désormais comme base de calcul la masse salariale brute comptable, le « *compte 641* » du plan comptable général.

Le compte 641 « *Rémunérations du personnel* » du plan comptable général comprend les sous-comptes suivants : « *Salaires et appointements* » (sous-compte 6411) ; « *Congés payés* » (6412) ; « *Primes et gratifications* » (6413) ; « *Indemnités et avantage divers* » (6414) ; « *Supplément familial* » (6415).

Il est important de préciser que la Cour de cassation fait expressément référence au compte 641 et non au seul sous-compte 6411. Ainsi, les rémunérations des autres sous-comptes ne sont pas à exclure de l'assiette du budget du comité d'entreprise. Ce compte intègre donc des sommes qui n'ont pas la nature juridique de

salaires, telle que la gratification des stagiaires (6).

La Cour de cassation fait également référence au sous compte 6214 relatif au personnel détaché afin d'inclure ces rémunérations dans l'assiette du comité d'entreprise (7).

L'intégralité des sommes figurant dans le compte 64 devait-elle être néanmoins retenue pour calculer l'assiette du budget du comité d'entreprise ? La Cour de cassation a apporté une réponse négative à cette question (8) ; les seuls retraits possibles de l'assiette du budget du comité d'entreprise par l'employeur sont toutefois expressément énumérés par la Cour de cassation. Ainsi, à la lecture des arrêts précités, sont exclus :

- la rémunération des dirigeants sociaux ;
- les frais professionnels ;
- les indemnités de rupture du contrat de travail extra-légale ou conventionnelle, de préavis ou de retraite.

La seule exception examinée dans le cadre de la présente étude sera la rémunération des dirigeants sociaux.

I. Les contours de la notion de dirigeant social

1. Le dirigeant social et le mandataire social : une distinction principalement théorique

Dans les arrêts précités, la Cour de cassation utilise le terme de dirigeant social au lieu de mandataire social, en précisant que les « *sommes qui correspondent à la rémunération des dirigeants sociaux* » sont exclues de l'assiette du budget du comité d'entreprise.

Les notions de mandataire social et de dirigeant social sont génériques et répondent à la même définition. Le concept de dirigeant social est apparu en premier lieu en droit fiscal ainsi qu'en droit social. Ce concept a progressivement pénétré le droit des affaires, qui lui a longtemps préféré celui de mandataire social (9).

L'opposition entre la notion de dirigeant social et celle de mandataire social fait référence à deux conceptions théoriques de l'entreprise (10).

(1) Respectivement article L.2325-43 du Code du travail et article L.2323-86 du Code du travail.

(2) M. Cohen, L. Milet, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 12^{ème} ed. 2016, LGDJ, § 785 s.

(3) M. Cohen, note ss Cass. Soc. 7 nov. 2007, Dr. Soc. 2008. 131.

(4) Implicitement d'abord : Cass. Soc. 9 nov. 2005, n°04-15.464 et Cass. Soc. 30 mars 2011 n°09-71.438 et 10-30.080.

(5) Explicitement ensuite : Cass. Soc. 20 mai 2014, n°12-29.142, Dr. Ouv. 2014 p.845 ; Cass. Soc. 9 juill. 2014 n°13-17.470, Dr. Ouv. 2014 p.847 ; Cass. Soc. 31 mai 2016, n°14-25.042.

(6) Cass. Soc. 31 mai 2016, préc.

(7) Cass. Soc., 7 nov. 2007, n° 06-12.309, Dr. Ouv. 2008 p.128 ; Cass. Soc. 9 juill. 2014 préc.

(8) Cass. Soc. 20 mai 2014 ; Cass. Soc. 9 juill. 2014 ; Cass. Soc. 31 mai 2016, préc.

(9) Dirigeant social. Notion, Dirigeant de fait, Portage du contrôle de la société, Circonstance insuffisante – Claude Champaud – Didier Danet – RTD com. 1992. 816.

(10) Paul Didier, La théorie contractualiste de la société, Revue des sociétés, 2000, p. 95.

La théorie institutionnaliste fait application de la théorie classique civiliste du mandat. Elle considère que le représentant de la société est un mandataire de cette dernière en tant qu'institution. Les tenants de cette conception parlent donc de mandataire social.

La théorie contractualiste se rattache, quant à elle, au courant de pensée que l'on qualifie « *d'analyse économique du droit* ». Cette théorie considère que le représentant de la société n'est pas subordonné à elle, mais à la collectivité des associés par un contrat. Les tenants de cette conception parlent donc de dirigeants sociaux ; néanmoins, nombre d'entre eux utilisent le terme de mandataires sociaux pour désigner les fonctions de représentants de la société, bien qu'ils fassent, pour autant, pleinement références à la théorie contractualiste.

Ainsi, il nous semble que la référence de la Cour de cassation au terme de dirigeants sociaux n'a aucune incidence pratique concernant l'assiette du budget du comité d'entreprise. L'utilisation de ce terme est donc davantage un rappel implicite de la domination de la conception contractualiste. Cependant, au-delà de cette opposition conceptuelle, il est possible de considérer que la notion de dirigeant social, plus large, englobe celle de mandataire social (11).

2. La définition juridique du dirigeant social

Le terme de dirigeant social désigne les personnes représentant la société ou qui exercent le pouvoir entrepreneurial dans l'entreprise sociale, notamment : le gérant, l'administrateur, le président directeur général, le directeur général. Ainsi, les dirigeants sociaux sont des représentants habilités à agir pour la société qu'ils représentent dans les conditions fixées par le Code de commerce et pour chaque type de société.

À titre d'exemple, dans les SAS, l'article L. 227-5 du Code de commerce laisse aux statuts le soin de fixer les conditions dans lesquelles la SAS est dirigée.

L'article L. 227-6 du Code de commerce dispose que la SAS est obligatoirement représentée à l'égard des tiers par un président, personne physique ou morale. Selon l'alinéa 3 de ce même article du Code de commerce, les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes portant le titre de directeur général ou de directeur

(11) A titre d'exemple, dans les sociétés anonymes, les directeurs généraux n'ont pas nécessairement la qualité de membre du Conseil d'administration.

général délégué peuvent exercer les pouvoirs confiés au président afin de l'assister.

II. La question de l'exclusion de l'assiette du calcul de budget des sommes versées aux dirigeants sociaux cumulant ou non avec un contrat de travail

Les représentants de la société peuvent bénéficier d'un contrat de travail en sus de leurs fonctions représentatives de cette dernière, bien que ce cumul soit conditionné (12). Dans les arrêts précités, la Cour de cassation précise que les « *sommes qui correspondent à la rémunération des dirigeants sociaux* » sont exclues de l'assiette du budget du comité d'entreprise.

La Cour de cassation, dans un arrêt en date du 3 novembre 2016 (13), est venue apporter une précision salutaire. Au visa de l'article L. 2323-86 du Code du travail, elle juge que « *seule la rémunération du mandat social peut être exclue de la masse salariale servant de calcul à la contribution patronal et que les salaires versés aux dirigeants titulaires d'un contrat de travail doivent y demeurer* ». La formulation de la Cour de cassation appelle deux observations.

1. L'intégration des rémunérations des dirigeants sociaux au titre du contrat de travail

C'est une précision importante. M. le professeur Milet s'était interrogé sur le sujet précédemment sous ces lignes (14). Cette décision nous apparaît juridiquement fondée, deux arguments pouvant, en effet, être invoqués pour étayer cette position.

En premier lieu, les mandataires sociaux cumulant avec un contrat de travail bénéficient des œuvres sociales du comité d'entreprise en application de R. 2323-20 du Code du travail.

En second lieu, les rémunérations des dirigeants sociaux versées en contrepartie de l'exercice du contrat de travail ont la nature de salaires et correspondent donc au sous-compte 6411 « *Salaires et appointement* » du plan comptable général.

Cette solution fait naître de nouvelles interrogations, s'agissant de certaines formes de rémunération dont il est difficile de déterminer si elles sont versées en contrepartie du contrat de travail ou du mandat social.

(12) À titre d'exemple, v. not. : Cass. Soc. 13 mars 2013, n° 11-28.020 ; Cass. Soc. 11 juill. 1995 ; n° 92-40.808 ; Cass. Soc. 23 juin 1988, n° 85-46.078.

(13) ci-dessus, à paraître au Bulletin.

(14) Laurent Milet, Dr. Ouv., déc. 2014, p. 848.

2. La question de l'exclusion des attributions gratuites d'actions

Certaines formes de rémunération bénéficient non seulement aux mandataires sociaux cumulant avec un contrat de travail, mais également à des cadres exclusivement salariés.

Ainsi, certaines entreprises attribuent gratuitement des actions aux dirigeants sociaux cumulant ou non avec un contrat de travail, ainsi qu'aux cadres supérieurs ou cadres dirigeants salariés. Le régime juridique de ces actions gratuites s'approche de celui des « stock-options » par un alignement du premier sur le second (15).

L'attribution d'actions gratuites dans les sociétés commerciales dépend des dispositions du titre deux du deuxième livre du Code de commerce. Selon l'article L. 225-197-1 du Code de commerce, toutes les sociétés par actions, qu'elles soient ou non négociées en bourse, peuvent attribuer gratuitement des actions. Il résulte de cet article du Code de commerce que l'attribution gratuite d'action s'effectue principalement au profit de l'ensemble des salariés ou d'une partie d'entre eux (par exemple des cadres supérieurs) (16).

Certes, les dirigeants sociaux peuvent se voir attribuer des actions gratuites, mais uniquement si les salariés ou une catégorie d'entre eux en disposent également et dans les mêmes conditions que ces premiers.

Il résulte des dispositions de l'article L. 242-1 du Code de la Sécurité sociale que l'attribution gratuite d'actions par l'employeur est exonérée de cotisations sociales, mais uniquement sous condition. Il n'en reste pas moins que, quand bien même exonérées, ces actions gratuites restent des sommes assujetties en principe à l'assiette des cotisations sociales.

Surtout, l'on peut considérer que l'attribution de ces actions gratuites se rattache au sous-compte 6414 du plan comptable général relatif aux « *Indemnités et avantage divers* ». Par conséquent, bien que ces actions gratuites ne soient pas attribuées aux mandataires sociaux au titre du contrat de travail, il est possible de considérer qu'elles doivent être intégrées dans l'assiette du budget du comité.

Lauric Douvisi-Morris,

Avocat au Barreau de Saint-Nazaire, chargé de travaux dirigés à l'Université de Nantes

(15) Loi n°2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle ; loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

(16) Bulletin officiel des finances publiques-Impôts RSA -Actionariat salarié-Dispositif d'actions gratuites.