

COUR D'APPEL DE BORDEAUX

CHAMBRE SOCIALE - SECTION B

ARRÊT DU : 21 JANVIER 2016

(Rédacteur : Madame Véronique LEBRETON, Conseillère)

SÉCURITÉ SOCIALE

N° de rôle : 15/00970

URSSAF AQUITAINE venant aux droits de l'URSSAF de la GIRONDE

c/

SA BRIENNE AUTO

Nature de la décision : AU FOND

Notifié par LRAR le :

LRAR non parvenue pour adresse actuelle inconnue à :

La possibilité reste ouverte à la partie intéressée de procéder par voie de signification (acte d'huissier).

Certifié par le Greffier en Chef,

Grosse délivrée le :

à :

Décision déferée à la Cour : jugement rendu le 15 janvier 2015 (R.G. n°20110616) par le Tribunal des Affaires de Sécurité Sociale de GIRONDE, suivant déclaration d'appel du 13 février 2015,

APPELANTE :

URSSAF AQUITAINE venant aux droits de l'URSSAF de la GIRONDE

agissant en la personne de son Directeur Régional, Mr [M] [F]

[Adresse 2]

représentée par Me Françoise PILLET de la SELARL COULAUD-PILLET, avocat au barreau de BORDEAUX

INTIMÉE :

SA BRIENNE AUTO

prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité au siège social

[Adresse 1]

représentée par Me FRANKHAUSER loco Me Pierre NATALIS, avocats au barreau de BORDEAUX

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions de l'article 945-1 du Code de Procédure Civile, l'affaire a été débattue le 03 décembre 2015, en audience publique, devant Madame Véronique LEBRETON, Conseillère chargée d'instruire l'affaire, qui a entendu les plaidoiries, les avocats ne s'y étant pas opposés,

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

Madame Elisabeth LARSABEL, Présidente

Madame Catherine MAILHES, Conseillère

Madame Véronique LEBRETON, Conseillère

qui en ont délibéré.

Greffier lors des débats : Florence CHANVRIT, Adjoint Administratif Principal faisant fonction de greffier

ARRÊT :

- contradictoire

- prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues à l'article 450 alinéa 2 du Code de Procédure Civile.

EXPOSE DU LITIGE

L'Urssaf de la Gironde, aux droits de laquelle vient l'Urssaf Aquitaine, a effectué un contrôle le 5 janvier 2010 afin de vérifier l'application de la législation professionnelle par la société Brienne Auto.

Le contrôle a porté sur les cotisations exigibles à compter du 1er janvier 2007 jusqu'au 31 décembre 2009.

À l'issue de cette vérification, l'inspecteur du recouvrement a communiqué à la société une lettre d'observations le 5 mars 2010 sur 8 chefs, dont l'un portant notamment sur les avantages en nature véhicule.

Par courrier recommandé avec accusé de réception du 6 avril 2010, la société a accepté les régularisations opérées à l'exception du redressement relatif à l'avantage en nature véhicule.

Par lettre du 21 avril 2010, l'inspecteur de l'Urssaf Aquitaine a répondu aux remarques de la société et l'a avisée du maintien de la régularisation effectuée au titre de l'avantage en nature véhicule. Par lettre du 10 mai 2010, la société a

réitéré son désaccord.

Par lettre du 2 juillet 2010, l'Urssaf Aquitaine a indiqué à la société Brienne Auto que le délai contradictoire de 30 jours était échu et a lui notifié une mise en demeure le 9 juillet 2010 pour un montant total en cotisations et majorations de retard de 74.742 euros.

Le 4 août 2010, la société Brienne Auto a saisi la commission de recours amiable en vue d'obtenir l'annulation de la régularisation effectuée au titre d'avantage en nature véhicule.

Le 20 janvier 2011, la commission de recours amiable a notifié à la société Brienne Auto le rejet de sa demande.

Par courrier du 22 mars 2011, la société Brienne Auto a saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale de la Gironde d'un recours contre la décision de la commission de recours amiable.

Les parties ont été convoquées à une première audience le 22 novembre 2012 mais l'affaire a fait l'objet de plusieurs renvois pour être finalement plaidée le 17 octobre 2014.

Par jugement du 15 janvier 2015, le tribunal a :

- déclaré recevable le recours introduit par la société Brienne Auto contre la décision de la commission de recours amiable du 16 décembre 2010 notifiée le 26 janvier 2011
- infirmé la décision de la commission de recours amiable du 16 décembre 2010
- débouté l'Urssaf Aquitaine de sa demande reconventionnelle
- dit que l'Urssaf Aquitaine devra payer à la société Brienne Auto la somme de 2.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

L'Urssaf Aquitaine a régulièrement interjeté appel de cette décision le 13 février 2015.

Par conclusions déposées au greffe le 19 octobre 2015 et développées oralement à l'audience, l'Urssaf Aquitaine sollicite de la Cour qu'elle :

- infirme le jugement rendu
- déboute la société Brienne Auto de ses demandes comme non fondées, ni justifiées
- confirme la décision rendue par la commission de recours amiable le 16 décembre 2010
- condamne la société Brienne Auto à lui payer la somme de 74.742 euros au titre de la mise en demeure du 9 juillet 2010
- condamne la société Brienne Auto à lui payer la somme de 1.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

L'Urssaf Aquitaine fait valoir, sur le principe, que la mise à disposition permanente d'un véhicule par l'employeur constitue un avantage en nature calculé selon les modalités de l'article 3 de l'arrêté du 10 décembre 2002, qu'en l'espèce l'inspecteur chargé du contrôle a constaté que l'employeur avait mis à disposition au profit du PDG, du directeur et d'autres salariés commerciaux des véhicules de démonstration et une pompe à essence et qu'il avait décompté un avantage en nature à ce titre, mais sur une base de calcul inappropriée, en 2007 et une partie de l'année 2008 pour cesser au cours de l'année 2008, que contrairement à ce qu'a estimé le tribunal des affaires de sécurité sociale, qui a inversé la charge de la preuve, il appartenait à l'employeur lors des opérations de contrôle et lors de l'échange contradictoire postérieur à celui-ci, de rapporter la preuve que les véhicules de démonstration n'étaient pas utilisés à titre personnel lors des fins de semaine et lors des congés, les pièces produites au cours de la procédure judiciaire (attestation et carte grise) étant toutes postérieures aux périodes vérifiées.

Elle expose, sur l'estimation des avantages en nature, qu'aucun relevé précis des kilomètres effectués ne permettant d'établir un calcul de ces derniers, l'inspecteur a procédé à une évaluation sur la base d'un forfait annuel estimé en pourcentage du coût d'achat du véhicule ou du coût global annuel comprenant la location, l'entretien et l'assurance du véhicule toutes taxes comprises et a procédé au calcul d'un avantage en nature moyen à partir de la valeur moyenne des véhicules mis à disposition des salariés concernés pour les années 2007, 2008 et 2009, que ce montant a été calculé en déduisant du prix public TTC pratiqué par l'employeur le montant du rabais de 18 % consenti à ses salariés.

Par conclusions déposées au greffe le 30 novembre 2016 et développées oralement à l'audience, la société Brienne Auto sollicite de la Cour qu'elle confirme le jugement entrepris et en conséquence,

- à titre principal, dise et juge qu'aucun avantage en nature n'est caractérisé au titre de l'utilisation par les conseillers commerciaux des véhicules de démonstration, infirme en conséquence la décision de rejet de la commission de recours amiable de [Localité 1] du chef de l'avantage en nature véhicule, prononce l'annulation des redressements de cotisations et majorations de retard visés au point 1 de la lettre d'observations de l'URSSAF de la Gironde en date du 5 mars 2010
- à titre subsidiaire, dise et juge que l'avantage en nature n'excède pas l'économie que les salariés auraient réalisée en cas d'achat d'un véhicule neuf à la société, dise et juge qu'il n'y a pas lieu de réintégrer l'avantage en nature dans l'assiette de cotisations, infirme la décision de rejet de la commission de recours amiable du chef de l'avantage en nature véhicule, prononce l'annulation des redressements de cotisations et majorations de retard visés au point 1 de la lettre d'observations de l'URSSAF de la Gironde en date du 5 mars 2010
- en toute hypothèse condamne URSSAF de la Gironde à lui verser une somme de 3000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile et la condamne aux dépens.

La société Brienne Auto fait valoir, sur le principe, qu'aucun élément de fait précis et objectif ne permet de justifier le constat relatif à la mise à disposition de véhicules et de pompes à essence effectuée par l'inspecteur chargé du contrôle, que la mise à disposition ne peut caractériser un avantage en nature que lorsqu'elle est permanente et peut être négligée lorsque l'utilisation du véhicule pendant la semaine constitue le prolongement des déplacements professionnels, que tel est le cas de la société Brienne Auto, concessionnaire de la marque BMW, qui met à disposition de ses dirigeants et commerciaux des véhicules de démonstration qui sont des outils travail, ne sont pas attribués de manière déterminée et doivent rester en permanence disponibles en concession pour un essai client, qu'elle est fondée à produire des attestations de salariés qui n'auraient pas été communiquées lors de l'échange contradictoire postérieur au contrôle et qui établissent que si les salariés conservent parfois les véhicules de démonstration en soirée ou en week-end c'est uniquement dans le cadre du prolongement de leur activité professionnelle et qu'ils doivent les restituer tout état de cause pendant des congés.

Elle précise, à titre subsidiaire sur le montant de l'avantage en nature, que celui-ci doit être calculé sur la base de l'économie réalisée par les salariés en bénéficiant de la mise à disposition du véhicule, qu'en cas d'achat par un conseiller commercial d'un véhicule neuf auprès de son employeur puis de revente de ce véhicule après quelques mois d'utilisation l'économie réalisée par le salarié est plus élevée que l'avantage en nature évaluée par l'URSSAF de sorte qu'il n'y a pas lieu de réintégrer celui-ci dans l'assiette des cotisations.

Pour un plus ample exposé des faits, de la procédure, des moyens, des prétentions et de l'argumentation des parties, il est expressément renvoyé au jugement déféré et aux écritures déposées, oralement reprises.

MOTIFS DE LA DECISION

Aux termes de l'article L 242-1 du code de la sécurité sociale toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail sont soumises à cotisations notamment les gains, indemnités de congés payés, le montant des retenues pour cotisation ouvrières, les indemnités, primes, gratifications et tous autres avantages en argent ou en nature ainsi que les sommes perçues directement ou par l'entremise d'un tiers à titre de pourboire, à l'exclusion des sommes représentatives des frais professionnels dans des conditions et limites fixées par arrêté ministériel, les conditions d'exonération des remboursements de frais professionnels étant en l'état fixées par l'arrêté du 20 décembre 2002.

Par ailleurs l'article 3 de l'arrêté du 10 décembre 2002 relatif à l'évaluation des avantages en nature en vue du calcul des cotisations de sécurité sociale dispose que lorsque l'employeur met à la disposition permanente du travailleur salarié ou assimilé un véhicule, l'avantage en nature constituée par l'utilisation privée du véhicule est évalué, sur option de l'employeur, sur la base des dépenses réellement engagées ou sur la base d'un forfait annuel estimé en pourcentage du coût d'achat du véhicule ou du coût global annuel comprenant la location, l'entretien et l'assurance du véhicule en location ou en location avec option d'achat, toutes taxes comprises.

Il n'est pas contesté que la circulaire DFSS/SDFSS/5B n°2003-07 du 7 janvier 2003 définit cet avantage en nature sous forme de véhicule comme une utilisation privée d'un véhicule mis à disposition du salarié de façon permanente, et considère qu'il y a mise à disposition à titre permanent du véhicule chaque fois que les circonstances de fait permettent au salarié d'utiliser à titre privé et en dehors du temps de travail un véhicule professionnel, c'est-à-dire lorsque il n'est pas tenu de restituer ce véhicule en dehors de ces périodes de travail notamment en fin de semaine ou pendant ces

périodes de congés, tel n'étant pas le cas lorsque l'utilisation de véhicule est destinée à un usage exclusivement professionnel.

Il résulte des pièces produites aux débats et notamment la lettre d'observations conformes aux dispositions de l'article R243-59 du code de la sécurité sociale en date du 5 mars 2010, de la réponse à la lettre d'observations en date du 6 avril 2010, des échanges de courriers entre l'Urssaf Aquitaine et la société Brienne Auto du 21 avril 2010 et du 10 mai 2010, de la saisine de la commission de recours amiable du 4 août 2010 et de la décision de ladite commission du 20 janvier 2011, que lors du contrôle l'inspecteur a constaté : « que Monsieur [Q], PDG, Monsieur [P], directeur, et d'autres salariés, essentiellement les conseillers commerciaux, bénéficie de la mise à disposition permanente de véhicules et d'une pompe à essence pour faire le plein. Le choix du véhicule est opéré parmi le stock de véhicules de démonstration. Sur 2007 et jusqu'en cours d'année 2008, l'employeur a décompté des avantages en nature véhicule au titre de cette mise à disposition. Toutefois le mode de calcul avantage en nature était inapproprié. Par ailleurs, au cours d'année 2008, l'employeur a purement et simplement arrêté de décompter des avantages en nature à ce titre. », que dans un premier temps la société Brienne Auto n'a pas sérieusement contesté que des véhicules de démonstration figurant en stock étaient mis à disposition des salariés se contentant d'exposer que leur utilisation n'engendrait aucune charge pour l'entreprise et concourant au contraire à l'augmentation des profits de celle-ci, il n'était pas possible d'en répercuter un coût de sorte que l'utilisation par les salariés ne pouvait constituer un avantage en nature évalué sur la base des dépenses réellement engagées par l'entreprise, tous les salariés bénéficiant par ailleurs d'un véhicule personnel.

Le procès-verbal de constatation de l'inspecteur chargé du contrôle faisant foi jusqu'à preuve du contraire, il appartient à la société Brienne Auto de rapporter la preuve de l'utilisation des véhicules de démonstration par les membres de la direction et les salariés pour un usage exclusivement professionnel.

À cet égard la renonciation au redressement notifié sur l'avantage en nature véhicule notifiée par l'administration fiscale au mois de mars 2003 est sans incidence que l'issue du litige s'agissant de l'application de règles distinctes non transposables pour une période distincte de la période litigieuse ne liant pas l'Urssaf Aquitaine, sachant que le fait générateur de la cotisation est la réalité d'une mise à disposition du bien au profit d'un salarié, pour lequel elle constitue une économie, et non la charge qu'elle génère pour l'entreprise, laquelle ne constitue qu'une des bases de calcul du montant de l'avantage. La société Brienne Auto produit une attestation de son expert comptable du 18 mars 2011 qui indique qu'il ressort de la comptabilité analytique de l'entreprise que la société dégage de façon récurrente une marge positive sur la vente de véhicules de démonstration qui est donc inopérante.

La société Brienne Auto produit des programmes de démonstration BMW pour 2010 et 2011, des attestations établies par le directeur général et quatre salariés qui indiquent ne pas utiliser les véhicules de démonstration à des fins personnelles et dont trois précisent qu'ils utilisent les véhicules de démonstration au cours de leur temps de travail, au maximum en dehors de l'enceinte de la concession lors des visites de prospection pour rendre la marque BMW lisible, pour des missions exclusivement professionnelles, que toutefois avec l'accord de la société ils conservent le véhicule mis à disposition pour leurs déplacements professionnels à la fin de la journée de travail ou la fin de semaine lorsqu'ils sont de permanence, mais jamais lors des congés et sans toutefois l'utiliser à titre personnel compte tenu des consignes de l'employeur.

Ces attestations, qui ne sont détaillées que pour trois d'entre elles, qui émanent de seulement quatre salariés, alors qu'il

ressort des pièces n°17 et 20 produites par l'employeur qu'au moins 12 commerciaux effectuent la permanence du samedi sur la concession et sont donc concernés par la mise à disposition de véhicules de démonstration, sont insuffisantes à contredire sérieusement les constatations effectuées lors du contrôle, étant observé a fortiori que l'employeur ne produit aucune note de service, aucun règlement intérieur démontrant que l'usage qui est fait des véhicules de démonstration mis à disposition du personnel fait l'objet d'une réglementation interne validant les affirmations du directeur général et de ces salariés dont il n'est pas contesté qu'ils sont encore dans un lien de subordination avec la société Brienne Auto. Le fait qu'aucun des contrats de travail produit ne comporte de stipulation relative à l'usage d'un véhicule importe peu puisque le litige concerne l'usage de véhicules mis à disposition et non celui de véhicules de service ou de fonction.

Par ailleurs les certificats d'immatriculation produits aux débats par l'employeur concernent pour le directeur général et pour trois des salariés témoins des véhicules immatriculés postérieurement à la période contrôlée et un véhicule appartenant à Mme [Q] qui n'est pas concerné par le présent litige, la photocopie d'un des certificats d'immatriculation étant illisible, de sorte que le fait qu'une partie du personnel soit propriétaire d'un véhicule automobile, à considérer que ceci soit incompatible avec l'usage d'un véhicule mis à disposition à des fins personnelles, n'est pas probant.

Dans ces conditions il convient de déduire de ces circonstances et considérations que la société Brienne Auto ne rapporte pas la preuve qui lui incombe, étant observé au surplus qu'il s'évince de la teneur de la contestation de la lettre d'observations par l'employeur et du fait, non contesté, que la mise à disposition des véhicules de démonstration a été décomptée en 2007 et en 2008 en tant qu'avantage en nature véhicule, des indices confortant la mise à disposition permanente des salariés des véhicules de démonstration au sein de la concession constatée par l'inspecteur du contrôle. Sur son principe le redressement doit être validé.

Le montant de l'avantage en nature a été calculée par l'Urssaf Aquitaine conformément aux règles en vigueur, non contestées par la société Brienne Auto, en prenant en compte le rabais dont aurait bénéficié le salarié si l'entreprise lui avait vendu un de ses véhicules, soit en déduisant du prix public TTC pratiqué par l'employeur pour le même produit à un consommateur non salarié de l'entreprise le montant du rabais consenti à un salarié lorsqu'elle lui vend un véhicule, dans la limite de 30 %, soit en l'espèce un rabais de 18 % correspondant au taux d'abattement communiqué par l'employeur.

Pour tenter de démontrer que l'avantage litigieux n'excède pas l'économie qu'auraient réalisée les salariés de la concession en utilisant un véhicule neuf acquis auprès de leur employeur afin d'échapper à la réintégration de cet avantage dans l'assiette de cotisations, la société Brienne Auto procède à un calcul intégrant non seulement l'achat du véhicule neuf avec le rabais de 18 % mais également la revente dudit véhicule après quelques mois d'usage à un prix équivalent au prix de vente catalogue public des véhicules de démonstration. Toutefois ses calculs reposent sur des hypothèses et des simulations de vente qui ne sont étayées par aucune pièce probante, la pièce n°22 produite par l'employeur sensée représenter quatre exemples de remise appliquée sur des véhicules de démonstration n'étant pas cet égard convaincante et ne pouvant en toute hypothèse fonder ce qui ne constitue en réalité qu'une extrapolation.

Il s'ensuit que l'évaluation forfaitaire réalisée par l'Urssaf Aquitaine ne peut qu'être retenue en l'espèce de sorte que le

redressement doit être également validé dans son montant.

Dans ces conditions le jugement déféré sera infirmé en toutes ses dispositions et la cour statuera à nouveau en validant la mise en demeure du 9 juillet 2010 et la décision rendue par la commission de recours amiable de l'Urssaf de la Gironde le 16 décembre 2010, et en condamnant la société Brienne Auto au paiement de la somme de 74 742 €.

La société Brienne Auto qui succombe au principal sera condamnée à payer à l'Urssaf Aquitaine la somme de 800 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile. Elle sera déboutée de sa propre demande sur le même fondement.

PAR CES MOTIFS

LA COUR,

Infirmé le jugement déféré en toutes ses dispositions,

Statuant à nouveau,

Confirme la décision rendue le 16 décembre 2010 par la commission de recours amiable de l'URSSAF de la Gironde et validant le redressement notifié par mise en demeure du 9 juillet 2010 à la société Brienne Auto,

Condamne la société Brienne Auto à payer à l'Urssaf Aquitaine la somme de 74 742 € en exécution de la mise en demeure du 9 juillet 2010,

Condamne la société Brienne Auto à payer à l'Urssaf Aquitaine la somme de 800 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

Déboute la société Brienne Auto de sa demande titre de l'article 700 du code de procédure civile,

Dit qu'en application des articles L 144-5 et R 144-10 du Code de la sécurité sociale, il n'y a pas lieu de statuer sur les dépens.

Signé par Madame Elisabeth LARSABAL, Présidente, et par Florence

CHANVRIT Adjointe Administrative Principale faisant fonction de greffière auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Florence CHANVRIT Elisabeth LARSABAL