

CIV. 2

LM

COUR DE CASSATION

Audience publique du 16 février 2023

Cassation partielle

M. PIREYRE, président

Arrêt n° 167 FS-B

Pourvois n°
et
T 21-11.600
G 21-12.005 Jonction

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE, DU 16 FÉVRIER 2023

I. La [3] ([3]), société anonyme, dont le siège est [Adresse 2], a formé le pourvoi n° T 21-11.600 contre l'arrêt n° RG : 19/19970 rendu le 11 décembre 2020 par la cour d'appel d'Aix-en-Provence (chambre 4-8), dans le litige l'opposant à l'union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (URSSAF) de Provence-Alpes-Côte d'Azur, dont le siège est [Adresse 1],

défenderesse à la cassation.

II. L'union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (URSSAF) de Provence-Alpes-Côte d'Azur a formé le pourvoi n° G 21-12.005 contre le même arrêt rendu dans le litige l'opposant à la [3] ([3]),
défenderesse à la cassation.

La demanderesse au pourvoi n° T 21-11.600 invoque, à l'appui de son recours, les six moyens de cassation annexés au présent arrêt.

La demanderesse au pourvoi n° G 21-12.005 invoque, à l'appui de son recours, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Les dossiers ont été communiqués au procureur général.

Sur le rapport de M. Leblanc, conseiller, les observations de la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat de la [3] ([3]), de la SCP Gatineau, Fattaccini et Rebeyrol, avocat de l'URSSAF Provence-Alpes-Côte d'Azur, et l'avis de Mme Tuffreau, avocat général référendaire, après débats en l'audience publique du 10 janvier 2023 où étaient présents M. Pireyre, président, M. Leblanc, conseiller rapporteur, Mme Taillandier-Thomas, conseiller doyen, Mmes Coutou, Renault-Malignac, M. Rovinski, Mme Cassignard, conseillers, Mmes Vigneras, Dudit, M. Labaune, conseillers référendaires, Mme Tuffreau, avocat général référendaire, et Mme Catherine, greffier de chambre,

la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Jonction

1. En raison de leur connexité, les pourvois n° T 2111600 et G 2112005 sont joints.

Faits et procédure

2. Selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 11 décembre 2020), à la suite d'un contrôle portant sur les années 2012 à 2014, l'URSSAF de Provence-Alpes-Côte d'Azur (l'URSSAF) a notifié à la société [3] (la société) une lettre d'observations du 30 octobre 2015, suivie d'une mise en demeure du 29 décembre 2015.

3. La société a saisi d'un recours une juridiction chargée du contentieux de la sécurité sociale.

Examen des moyens

Sur les troisième, quatrième et cinquième moyens du pourvoi n° T 2111600 de la société et les deuxième et troisième moyens du pourvoi n° G 2112005 de l'URSSAF, ci-après annexés

4. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le premier moyen du pourvoi n° G 2112005 de l'URSSAF

Enoncé du moyen

5. L'URSSAF fait grief à l'arrêt d'annuler le chef de redressement n° 27 « cotisation-rupture non forcée du contrat de

travail Assujettissement démission, départ volontaire à la retraite », alors :

« 1°/ que lorsque l'URSSAF considère que le comportement du cotisant procède de l'abus de droit, elle applique une pénalité de 20 % des cotisations et contributions dues, le cotisant ayant la faculté de saisir le comité des abus de droit en cas de désaccord ; qu'il appartient exclusivement à l'URSSAF, au vu des éléments qui lui sont soumis, de déterminer si elle souhaite se placer sur le terrain de la procédure d'abus de droit ou faire application du droit commun ; qu'en jugeant, en l'espèce, que l'URSSAF aurait dû appliquer la procédure d'abus de droit et ainsi permettre au cotisant de saisir le comité des abus de droit, quand il ressortait de ses constatations que l'URSSAF n'avait pas fait application de la pénalité de 20 % et ne s'était ainsi, délibérément, pas placée sur le terrain de l'abus de droit, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les articles L. 243-7-2 et R. 243-60-3 du code de la sécurité sociale en leur rédaction applicable au litige ;

2°/ que la procédure d'abus de droit requiert que le cotisant puisse demander que le litige soit soumis à l'avis du comité des abus de droit ; que ce comité ne disposant plus de membres depuis le 12 janvier 2015, il n'est plus actif, si bien que la procédure d'abus de droit ne peut plus être mise en oeuvre, l'URSSAF devant faire application du droit commun ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a observé qu'à défaut d'existence dudit comité, l'URSSAF devait renoncer à recourir à la notion d'abus de droit ; qu'en jugeant pourtant que le non-respect de la procédure applicable en matière d'abus de droit et l'application du droit commun par l'URSSAF devait entraîner l'annulation du chef de redressement n° 27, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, en violation des articles L. 243-7-2 et R. 243-60-3 du code de la sécurité sociale en leur rédaction applicable au litige. »

Réponse de la Cour

6. Aux termes de l'article L. 243-7-2 du code de la sécurité sociale, afin d'en restituer le véritable caractère, les organismes mentionnés aux articles L. 213-1 et L. 752-1 sont en droit d'écarter, comme ne leur étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes aient un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'aient pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les contributions et cotisations sociales d'origine légale ou conventionnelle auxquelles le cotisant est tenu au titre de la législation sociale ou que le cotisant, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées, eu égard à sa situation ou à ses activités réelles.

7. Lorsque l'organisme de sécurité sociale écarte un acte juridique dans les conditions ci-dessus, il se place nécessairement sur le terrain de l'abus de droit. Il en résulte qu'il doit se conformer à la procédure prévue par le texte précité et les articles R. 243-60-1 et R. 243-60-3 du code de la sécurité sociale et qu'à défaut de ce faire, les opérations de contrôle et celles, subséquentes, de recouvrement sont entachées de nullité.

8. L'arrêt relève que, dans la lettre d'observations, l'inspecteur du recouvrement énonce qu'en l'état des informations recueillies au cours du contrôle, les procédures de licenciement présentées par l'entreprise à l'appui de l'exonération des cotisations et contributions de sécurité sociale d'une partie des indemnités versées lors du départ de nombreux salariés sont réputées fictives. Il retient qu'en faisant explicitement état du caractère fictif, non seulement des licenciements opérés mais des accords transactionnels conclus postérieurement, l'URSSAF se référait implicitement à la notion d'abus de droit en sorte qu'elle devait recourir à la procédure adéquate et informer le cotisant de la possibilité de saisir le comité des abus de droit. Il ajoute que l'URSSAF ne saurait se retrancher derrière l'absence de sanctions pour contester le recours à la notion d'abus de droit et que la circonstance qu'à l'époque du contrôle, les membres du comité des abus de droit n'avaient pas été nommés est inopérante et inopposable au cotisant. Il indique enfin qu'il appartenait à l'URSSAF de renoncer à recourir à cette notion si les dispositions législatives précisément adoptées pour assurer la protection des droits du cotisant s'avéraient impossibles à observer et que ces garanties n'ont pas été respectées.

9. De ces constatations et énonciations relevant de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve débattus devant elle, la cour d'appel a pu déduire, peu important que l'URSSAF n'ait pas appliqué la pénalité égale à 20 %, prévue en cas d'abus de droit, que l'organisme de recouvrement, qui avait écarté les actes litigieux en raison de leur caractère fictif, s'était implicitement placé sur le terrain de l'abus de droit et que la procédure de

redressement était irrégulière.

10. Le moyen, inopérant en sa seconde branche en ce qu'en ne se soumettant pas à la procédure prévue aux dispositions précitées, l'URSSAF ne pouvait se prévaloir du défaut de constitution du comité des abus de droit, n'est, dès lors, pas fondé pour le surplus.

Sur le premier moyen du pourvoi n° T 2111600 de la société

Enoncé du moyen

11. La société fait grief à l'arrêt de valider les autres chefs de redressement, alors que « selon l'article L. 243-7-2 du code de la sécurité sociale, dans sa version issue de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, en cas de désaccord sur les rectifications notifiées au cotisant sur le fondement d'un abus de droit le litige doit être soumis, à la demande du cotisant, à l'avis du comité des abus de droit ; que la méconnaissance de cette procédure par les inspecteurs de l'URSSAF entache de nullité la procédure de redressement prise en son ensemble ; qu'en l'espèce la cour d'appel a constaté que l'URSSAF avait méconnu cette procédure ; qu'elle a cependant jugé que ce grief « ne saurait concerner que le chef de redressement n° 27 et non l'intégralité du redressement comme soutenu à tort par l'intimée » ; qu'en statuant ainsi cependant que la violation par les inspecteurs de l'URSSAF de la procédure d'ordre public instituée par l'article L. 243-7-2 du code de la sécurité sociale, afférente à l'obligation de saisine pour avis du comité des abus de droit en cas de redressement fondé sur un abus de droit, entachait de nullité le redressement pris en son ensemble en ce qu'il avait porté atteinte aux droits de la défense de la société, la cour d'appel a violé les articles L. 243-7-2 et R. 243-60-1 du code de la sécurité sociale dans leur version applicable au litige. »

Réponse de la Cour

12. Il résulte de l'article L. 243-7-2 du code de la sécurité sociale que la méconnaissance par l'organisme de recouvrement de la procédure qu'il prévoit n'emporte la nullité que du seul chef de redressement opéré sur le fondement de l'abus de droit.

13. Il s'ensuit que la cour d'appel a exactement décidé que l'inobservation de cette procédure n'entraînait l'annulation que du seul chef de redressement n° 27 fondé sur l'abus de droit.

14. Le moyen n'est, dès lors, pas fondé.

Sur le quatrième moyen du pourvoi n° G 2112005 de l'URSSAF

Enoncé du moyen

15. L'URSSAF fait grief à l'arrêt d'annuler le chef de redressement n° 23 « transactions suite à licenciement pour faute grave - Indemnités de préavis et indemnités de congés payés sur préavis », alors « que les sommes versées au salarié lors de la rupture du contrat de travail autres que les indemnités mentionnées au dixième alinéa dans sa rédaction applicable à la date d'exigibilité des cotisations litigieuses, sont comprises dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales, à moins que l'employeur ne rapporte la preuve qu'elles concourent, pour tout ou partie de leur montant, à l'indemnisation d'un préjudice ; qu'en l'espèce, pour annuler le redressement opéré par l'URSSAF au titre des transactions conclues postérieurement à des licenciements pour faute grave, la cour d'appel s'est bornée à relever que, dans aucune des transactions produites aux débats, l'employeur n'avait entendu renoncer à se prévaloir de l'existence d'une faute grave au soutien de la mesure de licenciement prononcée, qu'il n'était pas soutenu que les salariés auraient effectué leur préavis, et que les transactions accordaient aux anciens salariés des dommages et intérêts en réparation du préjudice matériel et moral en raison tant de l'exécution que de la rupture du contrat ; qu'en se déterminant par des motifs insuffisants à caractériser le caractère exclusivement indemnitaire de la somme versée en exécution de la transaction, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 242-1 du code de la

sécurité sociale, dans sa rédaction applicable à la date d'exigibilité des cotisations. »

Réponse de la Cour

16. Il résulte des dispositions de l'article L. 242-1, alinéa 1er, du code de la sécurité sociale que les sommes versées au salarié lors de la rupture du contrat de travail autres que les indemnités mentionnées au dixième alinéa, sont comprises dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales, à moins que l'employeur ne rapporte la preuve qu'elles concourent, pour tout ou partie de leur montant, à l'indemnisation d'un préjudice.

17. L'arrêt relève que, dans aucune des transactions produites au débat, l'employeur n'a entendu renoncer à se prévaloir de l'existence d'une faute grave au soutien de la mesure de licenciement prononcée, qu'il n'est pas soutenu que les salariés auraient effectué leur préavis et que ces transactions accordent aux salariés des dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel et moral en raison tant de l'exécution que de la rupture du contrat de travail.

18. De ces constatations, relevant de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur des éléments de fait et de preuve débattus devant elle, dont elle a fait ressortir que la société démontrait que les indemnités litigieuses compensaient les préjudices subis par les salariés, la cour d'appel a exactement déduit que leur montant n'entrait pas dans l'assiette des cotisations sociales et que le redressement opéré à ce titre devait être annulé.

19. Le moyen n'est, dès lors, pas fondé.

Sur le sixième moyen du pourvoi n° T 2111600 de la société

Enoncé du moyen

20. La société fait grief à l'arrêt de valider le redressement relatif à la majoration de 10 % pour défaut de mise en conformité, alors que « selon l'application combinée des articles L. 243-7-6 et R. 243-18-1 du code de la sécurité sociale, dans leur version issue respectivement de la loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 et du décret n° 2013-1107 du 3 décembre 2013, le cotisant qui ne se met pas en conformité avec les observations qui lui ont été adressées à l'occasion d'un précédent contrôle survenu moins de cinq ans avant la date de notification des nouvelles observations constatant le manquement aux mêmes obligations peut se voir infliger une pénalité de 10 % pour non mise en conformité ; que cette pénalité de 10 % pour défaut de mise en conformité ne peut être appliquée qu'aux observations (non suivies d'effet) intervenues à compter de l'entrée en vigueur du dispositif précité, c'est-à-dire celles communiquée par écrit depuis le 1er janvier 2014 ; que l'URSSAF ne pouvait en conséquence se fonder sur les observations effectuées à la société lors d'un précédent redressement antérieur au 1er janvier 2014 pour justifier l'application de cette pénalité ; qu'en retenant au contraire que faute pour la société de s'être conformée aux observations contenues dans une précédente lettre d'observations de septembre 2012, antérieure à l'entrée en vigueur des articles L. 243-7-6 et R. 243-18-1 du code de la sécurité sociale, la société avait pu se voir appliquer la pénalité pour défaut de conformité, la cour d'appel a violé les textes susvisés dans leur version applicable au litige, ensemble l'article 2 du code civil. »

Réponse de la Cour

21. Il résulte de la combinaison des articles L. 243-7-6 et R. 243-18-1 du code de la sécurité sociale, dans leur rédaction applicable au litige, que le montant du redressement des cotisations et contributions sociales mis en recouvrement à l'issue d'un contrôle réalisé en application de l'article L. 243-7 est majoré de 10 % lorsqu'il est constaté que le cotisant n'a pas pris en compte les observations effectuées lors d'un précédent contrôle notifiées moins de cinq ans avant la date de notification des nouvelles observations constatant le manquement aux mêmes obligations.

22. Ces dispositions s'appliquent à compter du 1er janvier 2014 aux redressements effectués à la suite d'observations constatant le manquement du cotisant aux mêmes obligations après de précédentes observations notifiées moins de cinq ans auparavant, lors d'un précédent contrôle.

23. Ayant constaté le renouvellement, postérieurement au 1er janvier 2014, des observations de l'URSSAF sur le manquement du cotisant aux mêmes obligations que précédemment, la cour d'appel a exactement décidé que faute d'avoir respecté les observations émises moins de cinq ans auparavant, le cotisant était redevable d'une majoration pour absence de mise en conformité.

24. Le moyen n'est, dès lors, pas fondé.

Mais sur le deuxième moyen du pourvoi n° T 2111600 de la société, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

25. La société fait grief à l'arrêt de dire que le chef de redressement n° 9 ne devait être réduit que de 225 336 euros et de valider pour le surplus le redressement, alors « qu'il résulte de la combinaison des articles L. 242-1 et L. 243-1 du code de la sécurité sociale, dans leur rédaction applicable au litige, que les cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales sont calculées sur le montant brut, avant précompte s'il y a lieu de la part des cotisations et contributions supportées par le salarié, des sommes et avantages compris dans l'assiette des cotisations ; que les rémunérations ou avantages versés aux salariés le sont ainsi en « brut », avant le précompte de la part salariale des cotisations sociales, et non en « net » (2e Civ., 24 sept. 2020, 19-13.194 F-P+B+I) ; que la société a contesté en conséquence le mode de calcul des chefs de redressement n° 6 (indemnités forfaitaires téléphones), 8, (frais liés à la mobilité professionnelle), 9 (panier personnel non posté), 10 (prise en charge des frais de transport) et 11 (indemnités kilométriques), faisant valoir que l'URSSAF avait procédé, pour le calcul des sommes réintégrées dans l'assiette des cotisations sociales, à une reconstitution en brut des salaires réintégrés au titre de ces chefs de redressement, alors que la réintégration d'éléments requalifiés en salaire dans l'assiette de cotisations de sécurité sociale concerne par nature des sommes correspondant déjà à du « brut » et qui n'ont pas en conséquence à être reconstituées ; que la cour d'appel a retenu au contraire que « constitue la base brute de calcul des cotisations la part des rémunérations comprenant le précompte salarial », que « dans les avantages consentis il n'est pas invoqué et a fortiori démontré, qu'ils seraient précomptés d'où la nécessité de réinclure les charges », que « dès lors que les avantages litigieux sont versés aux salariés nets de cotisations sociales c'est à bon droit que l'union de recouvrement reconstitue, à partir de cette base nette, une base brute afin d'y appliquer les taux de cotisations en vigueur » et elle en a déduit que « c'est précisément parce que la société a exclu ces avantages de toute charge que l'URSSAF est amenée à reconstituer le salaire » ; qu'en statuant ainsi alors que les indemnités, frais professionnels ou avantages – visés aux chefs de redressement n° 6, 8, 9, 10 et 11 – requalifiés en salaire par l'URSSAF, correspondaient déjà juridiquement à des sommes accordées en « brut » avant le précompte des cotisations sociales, de sorte que ces sommes ou avantages devaient être réintégrés, en tant que telles, dans l'assiette des cotisations sociales sans aucune reconstitution, la cour d'appel a violé les articles L. 242-1, L. 243-1 et R. 242-1 du code de la sécurité sociale dans leur version applicable au litige. »

Réponse de la Cour

Vu les articles L. 242-1 et L. 243-1 du code de la sécurité sociale, dans leur rédaction applicable au litige :

26. Il résulte de la combinaison de ces textes que, sauf dispositions particulières contraires, les cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales sont calculées sur le montant brut, avant précompte s'il y a lieu de la part des cotisations et contributions supportées par le salarié, des sommes et avantages compris dans l'assiette des cotisations.

27. Pour valider en tout ou en partie les chefs de redressement n° 6, 8, 9, 10 et 11, l'arrêt retient essentiellement que toute somme directement versée au salarié est censée l'être en net en sorte que, pour le calcul des cotisations, il convient d'opérer une reconstitution du salaire brut. Il ajoute que dès lors que les avantages litigieux sont versés aux salariés nets de cotisations sociales, c'est à bon droit que l'URSSAF reconstitue, à partir de cette base nette, une base brute afin d'y appliquer les taux de cotisations en vigueur.

28. En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que la société n'avait pas procédé au précompte des

cotisations et contributions dues par les salariés, de sorte que la réintégration des sommes afférentes aux avantages litigieux correspondait à leur montant brut, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi n° T 2111600 de la société, la Cour :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il annule les chefs de redressement n° 15, 23 et 27, valide les chefs de redressement n° 3, 4, 5 et 7, applique la majoration de 10 % et déclare irrecevable la contestation de la société portant sur le chef de redressement n° 25, l'arrêt rendu le 11 décembre 2020, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ;

Remet, sauf sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence, autrement composée ;

Condamne l'URSSAF de Provence-Alpes-Côte d'Azur aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de l'URSSAF de Provence-Alpes-Côte d'Azur et la condamne à payer à la [3] ([3]) la somme de 3 000 euros ;

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, deuxième chambre civile, prononcé en l'audience publique du seize février deux mille vingt-trois par Mme Taillandier-Thomas, conseiller doyen, et signé par elle, en remplacement du président empêché, conformément aux dispositions des articles 452 et 456 du code de procédure civile.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi n° T 2111600 par la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat aux Conseils, pour la [3] ([3])

PREMIER MOYEN DE CASSATION

La société [3] fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR dit que le chef de redressement n°9 dans l'ordre de la lettre d'observations ne devait être réduit que de 225.336 euros, d'AVOIR déclaré irrecevable sa contestation portant sur le chef de redressement n°25 dans l'ordre de la lettre d'observations, d'AVOIR validé pour le surplus le redressement notifié par lettre d'observations du 1er février 2013 [lire 30 octobre 2015], de l'AVOIR déboutée de toutes ses autres demandes et d'AVOIR renvoyé les parties pour recalculer le montant des cotisations et majorations réellement dues ;

ALORS QUE selon l'article L. 243-7-2 du code de la sécurité sociale, dans sa version issue de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009, en cas de désaccord sur les rectifications notifiées au cotisant sur le fondement d'un abus de droit le litige doit être soumis, à la demande du cotisant, à l'avis du comité des abus de droit ; que la méconnaissance de cette procédure par les inspecteurs de l'URSSAF entache de nullité la procédure de redressement prise en son ensemble ; qu'en l'espèce la cour d'appel a constaté que l'URSSAF PACA avait méconnu cette procédure (arrêt p. 9) ; qu'elle a cependant jugé que ce grief « ne saurait concerner que le chef de redressement n°27 et non l'intégralité du redressement comme soutenu à tort par l'intimée » (arrêt p. 9 § 4) ; qu'en statuant ainsi cependant que la violation par les inspecteurs de l'URSSAF de la procédure d'ordre public instituée par l'article L. 243-7-2 du code de la sécurité sociale, afférente à l'obligation de saisine pour avis du comité des abus de droit en cas de redressement fondé sur un abus de droit, entachait de nullité le redressement pris en son ensemble en ce qu'il avait porté atteinte aux droits de la défense de la société, la cour d'appel a violé les articles L. 243-7-2 et R. 243-60-1 du code de la sécurité sociale dans leur version applicable au litige ;

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

(Chefs de redressement n° 6, 8, 9, 10 et 11)

La société [3] fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR dit que le chef de redressement n°9 dans l'ordre de la lettre d'observations ne devait être réduit que de 225.336 euros, d'AVOIR validé pour le surplus le redressement notifié par

lettre d'observations du 1er février 2013 [lire 30 octobre 2015], de l'AVOIR déboutée de toutes ses autres demandes et d'AVOIR renvoyé les parties pour recalculer le montant des cotisations et majorations réellement dues ;

1. ALORS QU'il résulte de la combinaison des articles L. 242-1 et L. 243-1 du code de la sécurité sociale, dans leur rédaction applicable au litige, que les cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales sont calculées sur le montant brut, avant précompte s'il y a lieu de la part des cotisations et contributions supportée par le salarié, des sommes et avantages compris dans l'assiette des cotisations ; que les rémunérations ou avantages versés aux salariés le sont ainsi en « brut », avant le précompte de la part salariale des cotisations sociales, et non en « net » (2ème Civ., 24 sept. 2020, 19-13.194 F-P+B+I) ; que la société [3] a contesté en conséquence le mode de calcul des chefs de redressement n° 6 (indemnités forfaitaires téléphones), 8, (frais liés à la mobilité professionnelle), 9 (panier personnel non posté), 10 (prise en charge des frais de transport) et 11 (indemnités kilométriques), faisant valoir que l'URSSAF avait procédé, pour le calcul des sommes réintégrées dans l'assiette des cotisations sociales, à une reconstitution en brut des salaires réintégrés au titre de ces chefs de redressement, alors que la réintégration d'éléments requalifiés en salaire dans l'assiette de cotisations de sécurité sociale concerne par nature des sommes correspondant déjà à du « brut » et qui n'ont pas en conséquence à être reconstituées (conclusions p. 40 à 43) ; que la cour d'appel a retenu au contraire que « constitue la base brute de calcul des cotisations la part des rémunérations comprenant le précompte salarial », que « dans les avantages consentis il n'est pas invoqué et a fortiori démontré, qu'ils seraient précomptés d'où la nécessité de réinclure les charges », que « dès lors que les avantages litigieux sont versés aux salariés nets de cotisations sociales c'est à bon droit que l'union de recouvrement reconstitue, à partir de cette base nette, une base brute afin d'y appliquer les taux de cotisations en vigueur » et elle en a déduit que « c'est précisément parce que la société a exclu ces avantages de toute charge que l'URSSAF est amenée à reconstituer le salaire » (arrêt p. 12 § 5 à 8) ; qu'en statuant ainsi alors que les indemnités, frais professionnels ou avantages – visés aux chefs de redressement n° 6, 8, 9, 10 et 11 – requalifiés en salaire par l'URSSAF, correspondaient déjà juridiquement à des sommes accordées en « brut » avant le précompte des cotisations sociales, de sorte que ces sommes ou avantages devaient être réintégrés, en tant que telles, dans l'assiette des cotisations sociales sans aucune reconstitution, la cour d'appel a violé les articles L. 242-1, L. 243-1 et R. 242-1 du code de la sécurité sociale dans leur version applicable au litige ;

2. ALORS QUE les rémunérations ou avantages versés aux salariés le sont en « brut », avant le précompte de la part salariale des cotisations sociales, et non en « net » ; qu'il ressort des propres constatations de l'arrêt que « dans les avantages consentis il n'est pas invoqué et a fortiori démontré, qu'ils seraient précomptés d'où la nécessité de réinclure les charges » (arrêt p. 12) ; qu'en reconstituant en brut les indemnités, frais professionnels ou avantages requalifiés en salaire par l'URSSAF, alors qu'il ressort de ses propres constatations qu'ils avaient été accordés aux salariés avant tout précompte, c'est à dire en « brut », de sorte que ces sommes ou avantages ne pouvaient faire l'objet d'une quelconque reconstitution, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les articles L. 242-1, L. 243-1 et R. 242-1 du code de la sécurité sociale dans leur version applicable au litige ;

3. ALORS QUE seul le paiement effectif d'une rémunération ou l'octroi effectif d'un avantage rend les cotisations exigibles ; que le salaire s'entend par principe du salaire brut ; qu'en conséquence c'est sur cette seule valeur brute du salaire ou de l'avantage que doivent se calculer les cotisations sociales sans que l'URSSAF ne puisse procéder artificiellement à une reconstitution de ces sommes ; qu'en décidant néanmoins que les éléments de salaire réintégrés dans l'assiette de cotisations sociales de la société devaient être reconstitués en base brute, la cour d'appel a violé les articles L. 242-1, L. 243-1 et R. 242-1 du code de la sécurité sociale dans leur version applicable au litige ;

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

(Chefs de redressement n° 3, 4, 5, 6, 7, 9 et 10)

La société [3] fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR dit que le chef de redressement n°9 dans l'ordre de la lettre d'observations ne devait être réduit que de 225.336 euros, d'AVOIR validé pour le surplus le redressement notifié par lettre d'observations du 1er février 2013 [lire 30 octobre 2015], de l'AVOIR déboutée de toutes ses autres demandes et d'AVOIR renvoyé les parties pour recalculer le montant des cotisations et majorations réellement dues ;

1/ ALORS QUE la lettre d'observations doit permettre au cotisant d'avoir connaissance de la nature, de la cause et de l'étendue de son obligation, ce à peine de nullité du redressement subséquent ; que la lettre d'observations, qui doit se

suffire à elle-même, doit contenir les motifs écrits du redressement afin de permettre au cotisant de se défendre ; que la société a soutenu que la lettre d'observations était insuffisamment motivée en ce qu'elle ne précisait pas les modalités de calcul des chefs de redressement n° 3, 4, 5, 6, 7, 9 et 10 (conclusions p. 43) ; que pour écarter ce moyen la cour a retenu que la lettre d'observations du 30 octobre 2015 renvoyait, pour chacun de ces chefs de redressement, à un compact-disc dont il n'était pas contesté qu'il avait été joint à la lettre (arrêt p. 13 § 3) ; qu'en statuant ainsi alors que la lettre d'observations doit contenir en son sein les motifs écrits du redressement et ne peut être motivée de manière indirecte par renvoi à un document numérique, la cour d'appel a violé l'article R. 243-59 du code de la sécurité sociale pris en sa version issue du décret n°2013-1107 du 3 décembre 2013 applicable au litige ;

2/ ALORS QUE la lettre d'observations doit permettre au cotisant d'avoir connaissance de la nature, du mode de calcul et du montant des redressements envisagés, ce à peine de nullité du redressement subséquent ; qu'en retenant, pour écarter de le moyen de la société [3] tiré de l'insuffisance de motivation de la lettre d'observations, que ladite lettre précise « la nature du redressement envisagé en reprenant le contenu et les modalités d'application des textes législatifs et réglementaires invoqués, les périodes ainsi que le montant du redressement envisagé avec la base et les taux appliqués » (arrêt p. 13 § 3), sans néanmoins constater l'indication dans la lettre d'observations du 30 octobre 2015 du mode de calcul du redressement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article R. 243-59 du code de la sécurité sociale pris en sa version issue du décret n°2013-1107 du 3 décembre 2013 applicable au litige.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

(Chefs de redressement n° 3, 4 et 5)

La société [3] fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR validé pour le surplus le redressement notifié par lettre d'observations du 1er février 2013 [lire 30 octobre 2015], de l'AVOIR déboutée de toutes ses autres demandes et d'AVOIR renvoyé les parties pour recalculer le montant des cotisations et majorations réellement dues ;

ALORS QUE l'avantage en nature est retenu dans la base de calcul des cotisations d'après sa valeur réelle, laquelle s'apprécie en fonction de l'économie réalisée par le salarié (2ème Civ., 9 juill. 2015, 14-18.686, B. n° 75) ; que, tel que le soutenait l'exposante, à supposer qu'un avantage puisse être retenu au titre de la gratuité du réseau autoroutier pour ses salariés (chefs de redressement n° 3, 4 et 5), il convenait de fixer la valeur de l'avantage octroyé d'après sa valeur réelle, laquelle s'apprécie en fonction de l'économie réalisée par les salariés : que s'agissant des chefs de redressement 3, 4 et 5 relatifs à l'avantage retenu tiré de la gratuité du réseau autoroutier, pour valider le redressement la cour d'appel s'est bornée à constater la réintégration dans l'assiette des cotisations sociales de la totalité des passages réseaux par les salariés dits « sédentaires » (chef n° 3) et la réintégration des passages réseaux pour les salariés non sédentaires intégralement pour les jours non travaillés et à hauteur de 80 % pour les jours travaillés (chef n° 4 et 5) (arrêt p. 13 et 14) ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui s'est référée, in abstracto, au nombre de passages réseaux des salariés sédentaires et non sédentaires pour fixer le montant de l'avantage retenu, sans tenir compte de la valeur réelle de l'avantage octroyé aux salariés au regard de l'utilisation effective du réseau autoroutier par ces derniers à titre non professionnel et de l'économie réelle qui en a résulté pour eux, a violé les articles L. 242-1 du code de la sécurité sociale dans sa version applicable au litige et 6 de l'arrêté du 10 décembre 2002 relatif à l'évaluation des avantages en nature en vue du calcul des cotisations sociales.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

(Chef de redressement 10 - Prime de transport)

La société [3] fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR validé pour le surplus le redressement notifié par lettre d'observations du 1er février 2013 [lire 30 octobre 2015], de l'AVOIR déboutée de toutes ses autres demandes et d'AVOIR renvoyé les parties pour recalculer le montant des cotisations et majorations réellement dues ;

1/ ALORS QU'en application de la convention collective des sociétés d'économie mixte des autoroutes du 1er juin 1979, la société [3] allouait à ses salariés qui utilisent leur véhicule personnel pour réaliser le trajet domicile-lieu de travail une prime dite d'éloignement, exonérée de cotisations de Sécurité sociale, visant à couvrir les dépenses que doivent engager les salariés par l'utilisation de leur véhicule personnel pour se rendre sur leur lieu de travail ; que cette prime est due en cas d'absence de transport en commun desservant les lieux, de conditions et horaires de travail incompatibles avec

l'utilisation des transports en commun, de l'éloignement du lieu de travail par rapport à la station de transport en commun lorsque ce mode de transport existe et du caractère dangereux de l'accès à pied au lieu de travail ; qu'il ressort des constatations de l'arrêt que les procès-verbaux d'huissier de justice produits aux débats par la société [3] « tendent à confirmer : - l'absence de transport en commun desservant les lieux ; - des conditions et horaires de travail en toute hypothèse incompatibles avec l'utilisation des transports en commun ; - l'éloignement du lieu de travail par rapport à la station de transport en commun lorsque ce mode de transport existe ; - le caractère dangereux de l'accès à pied au lieu de travail tenant à l'absence de trottoir et/ou de signalisation au sol d'un accès piéton » (arrêt p. 18) ; qu'il ressort ainsi des motifs de l'arrêt que les conditions d'octroi de la prime conventionnelle d'éloignement étaient remplies ; qu'en se bornant néanmoins, pour valider le chef de redressement, à faire état de l'absence de production des cartes grises des véhicules utilisés et d'attestations de covoiturage (arrêt p. 18 § 7), la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations, a violé les articles L. 242-1 du code de la sécurité sociale dans sa version applicable ;

2/ ALORS QU'en se bornant, pour valider le chef de redressement ° 10, à faire état de l'absence de production des cartes grises des véhicules utilisés et d'attestations de covoiturage (arrêt p. 18 § 7), sans préciser en quoi l'absence de production de ces pièces étaient de nature à écarter la nature de remboursement de frais professionnels de la prime de transport, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

SIXIEME MOYEN DE CASSATION

(Sur la majoration de 10 % pour mise en conformité)

La société [3] fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR validé pour le surplus le redressement notifié par lettre d'observations du 1er février 2013 [lire 30 octobre 2015], de l'AVOIR déboutée de toutes ses autres demandes et d'AVOIR renvoyé les parties pour recalculer le montant des cotisations et majorations réellement dues ;

ALORS QUE selon l'application combinée des articles L. 243-7-6 et R. 243-18-1 du code de la sécurité sociale, dans leur version issue respectivement de la loi n°2012-1404 du 17 décembre 2012 et du décret n°2013-1107 du 3 décembre 2013, le cotisant qui ne se met pas en conformité avec les observations qui lui ont été adressées à l'occasion d'un précédent contrôle survenu moins de cinq ans avant la date de notification des nouvelles observations constatant le manquement aux mêmes obligations peut se voir infliger une pénalité de 10 % pour non mise en conformité ; que cette pénalité de 10 % pour défaut de mise en conformité ne peut être appliquée qu'aux observations (non suivies d'effet) intervenues à compter de l'entrée en vigueur du dispositif précité, c'est-à-dire celles communiquée par écrit depuis le 1er janvier 2014 ; que l'URSSAF ne pouvait en conséquence se fonder sur les observations effectuées à la société [3] lors d'un précédent redressement antérieur au 1er janvier 2014 pour justifier l'application de cette pénalité ; qu'en retenant au contraire que faute pour la société [3] de s'être conformée aux observations contenues dans une précédente lettre d'observations de septembre 2012, antérieure à l'entrée en vigueur des articles L. 243-7-6 et R. 243-18-1 du code de la sécurité sociale, la société [3] avait pu se voir appliquer la pénalité pour défaut de conformité (arrêt p. 20), la cour d'appel a violé les textes susvisés dans leur version applicable au litige, ensemble l'article 2 du code civil. Moyens produits au pourvoi n° G 2112005 par la SCP Gatineau, Fattaccini et Rebeyrol, avocat aux Conseils, pour l'URSSAF Provence-Alpes- Côte d'Azur

PREMIER MOYEN DE CASSATION

L'URSSAF PACA fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR annulé le chef de redressement n°27 dans l'ordre de la lettre d'observations, « cotisations – Rupture non forcée du contrat de travail ; Assujettissement (démission, départ volontaire à la retraite) », notifié à la société [3] par lettre d'observations du 30 octobre 2015,

1/ ALORS QUE lorsque l'URSSAF considère que le comportement du cotisant procède de l'abus de droit, elle applique une pénalité de 20% des cotisations et contributions dues, le cotisant ayant la faculté de saisir le comité des abus de droit en cas de désaccord ; qu'il appartient exclusivement à l'URSSAF, au vu des éléments qui lui sont soumis, de déterminer si elle souhaite se placer sur le terrain de la procédure d'abus de droit ou faire application du droit commun ; qu'en jugeant, en l'espèce, que l'URSSAF aurait dû appliquer la procédure d'abus de droit et ainsi permettre au cotisant de saisir le comité des abus de droit, quand il ressortait de ses constatations que l'URSSAF n'avait pas fait application de la pénalité de 20% et ne s'était ainsi, délibérément, pas placée sur le terrain de l'abus de droit, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les articles L. 243-7-2 et R. 243-60-3 du code de la sécurité

sociale en leur rédaction applicable au litige,

2/ ALORS QUE la procédure d'abus de droit requiert que le cotisant puisse demander que le litige soit soumis à l'avis du comité des abus de droit ; que ce comité ne disposant plus de membres depuis le 12 janvier 2015, il n'est plus actif, si bien que la procédure d'abus de droit ne peut plus être mise en oeuvre, l'URSSAF devant faire application du droit commun ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a observé qu'à défaut d'existence dudit comité, l'URSSAF devait renoncer à recourir à la notion d'abus de droit (arrêt p. 9 dernier paragraphe) ; qu'en jugeant pourtant que le non-respect de la procédure applicable en matière d'abus de droit et l'application du droit commun par l'URSSAF devait entraîner l'annulation du chef de redressement n°27, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, en violation des articles L. 243-7-2 et R. 243-60-3 du code de la sécurité sociale en leur rédaction applicable au litige.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

L'URSSAF PACA fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR annulé le chef de redressement n°15 concernant la réduction salariale au titre de la loi TEPA notifié à la société [3] par lettre d'observations du 30 octobre 2015,

1/ ALORS QUE l'absence d'observations ne vaut accord tacite concernant les pratiques ayant donné lieu à vérification que si l'organisme de recouvrement a eu les moyens de se prononcer en toute connaissance de cause et a pu connaître précisément la pratique litigieuse ; qu'un simple examen des pièces de la société lors d'un redressement antérieur ne permet pas d'en déduire que la vérification avait déjà alors porté sur la pratique litigieuse ; qu'en l'espèce, pour prétendre à l'existence d'un accord tacite de l'URSSAF concernant la réduction salariale au titre de la loi TEPA, la société se contentait d'affirmer que, lors d'un contrôle en 2012 l'inspecteur du recouvrement avait eu accès aux mêmes documents que ceux lui ayant été soumis lors du contrôle diligenté en 2015 ; qu'en jugeant que, dès lors que la lettre d'observation notifiée le 28 septembre 2012 ne comportait aucune observation sur la réduction salariale au titre de la loi TEPA, il s'en évinçait l'existence d'un accord tacite de l'URSSAF sur ce point, sans caractériser que l'organisme de recouvrement avait pu connaître précisément la pratique litigieuse lors du redressement diligenté en 2012, la cour d'appel a violé l'article R. 243-59 du code de la sécurité sociale dans sa rédaction applicable en la cause,

2/ ALORS QUE le juge ne peut pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis ; en jugeant que les avis de contrôle des 12 mars 2012 et 2 février 2015 indiquaient que les opérations de contrôle porteraient sur « les états justificatifs des réductions de charges Fillon / TEPA », quand ces avis faisaient exclusivement mention de la liste des documents devant être mis à la disposition de l'inspecteur du recouvrement pour vérification, sans préciser le périmètre des opérations de contrôle, la cour d'appel a dénaturé lesdits avis de contrôle, en méconnaissance du principe précité.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

L'URSSAF PACA fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que le chef de redressement n°9 dans l'ordre de la lettre d'observations doit être réduit de 225 336 euros,

1/ ALORS QUE les employeurs sont tenus de présenter aux agents chargés du contrôle tout document nécessaire à l'exercice du contrôle ; qu'en l'espèce, pour prétendre à une exonération de cotisations sociales des indemnités de panier au titre des frais professionnels, la société a transmis pour la première fois devant les juges du fond un fichier permettant prétendument de déterminer les salariés ayant travaillé en continu et devant à ce titre être bénéficiaires d'indemnités de panier exonérées de cotisations sociales ; qu'en minorant le chef de redressement afférent aux indemnités de panier du personnel non posté en se fondant sur une pièce qui n'avait pas été présentée aux agents chargés du contrôle, la cour d'appel a violé l'article R. 243-59 du code de la sécurité sociale,

2/ ALORS QU'il appartient à l'employeur de rapporter la preuve que les conditions posées à une exonération de cotisations sociales sont bien réunies ; qu'en jugeant en l'espèce que les exemples cités par la société [3] « milit[ai]ent en faveur d'une exonération » et que les inspecteurs de l'URSSAF avaient « à l'évidence » ignoré les données contenues dans le fichier transmis par la société, quand il importait dans un premier temps de déterminer si, par les fichiers versés aux débats, la société [3] rapportait bien la preuve qui lui incombait, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve, en méconnaissance des articles 1353 du code civil et R. 243-59 du code de la sécurité sociale,

3/ ALORS QUE, à tout le moins, il appartient à l'employeur de rapporter la preuve que les conditions posées à une exonération de cotisations sociales sont bien réunies ; qu'en se bornant à constater qu'il était justifié par l'employeur de ce que c'était à juste titre que les primes de panier n'avaient pas été intégrées dans l'assiette des cotisations pour quatre salariés, motifs impropres à caractériser que l'exonération était justifiée pour l'ensemble des salariés visés par le « volumineux fichier » de l'employeur, ce qui ne pouvait s'évincer d'une simple extrapolation à partir des seuls quatre exemples cités, comme le rappelait l'URSSAF, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 242-1 et R. 243-59 du code de la sécurité sociale, et de l'article 3 de l'arrêté du 20 décembre 2002.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

L'URSSAF PACA fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR annulé le chef de redressement n°23 « transactions suite à licenciement pour faute grave. Indemnité de préavis et indemnité de congés payés sur préavis » notifié à la société [3] par lettre d'observations du 30 octobre 2015,

ALORS QUE les sommes versées au salarié lors de la rupture du contrat de travail autres que les indemnités mentionnées au dixième alinéa dans sa rédaction applicable à la date d'exigibilité des cotisations litigieuses, sont comprises dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales, à moins que l'employeur ne rapporte la preuve qu'elles concourent, pour tout ou partie de leur montant, à l'indemnisation d'un préjudice ; qu'en l'espèce, pour annuler le redressement opéré par l'URSSAF au titre des transactions conclues postérieurement à des licenciements pour faute grave, la cour d'appel s'est bornée à relever que, dans aucune des transactions produites aux débats, l'employeur n'avait entendu renoncer à se prévaloir de l'existence d'une faute grave au soutien de la mesure de licenciement prononcée, qu'il n'était pas soutenu que les salariés auraient effectué leur préavis, et que les transactions accordaient aux anciens salariés des dommages et intérêts en réparation du préjudice matériel et moral en raison tant de l'exécution que de la rupture du contrat ; qu'en se déterminant par des motifs insuffisants à caractériser le caractère exclusivement indemnitaire de la somme versée en exécution de la transaction, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction applicable à la date d'exigibilité des cotisations.