

Parquet
près la
Cour de cassation

S.21.0073.F — 3ème chambre

Conclusions de l'avocat général H M

Sur le moyen

1.

Le moyen est dirigé contre la décision de l'arrêt attaqué de, réformant le jugement entrepris, considérer que les indemnités accordées par la défenderesse à six de ses employés à titre de complément aux allocations familiales n'ont pas le caractère de rémunération au sens de l'article 14 de la loi du 27 juin 1969 et ne sont par conséquent pas soumises au paiement de cotisations sociales.

2.

En sa première branche, le moyen rappelle que ne sont pas à considérer comme rémunération — et donc échappent aux cotisations de sécurité sociale — les indemnités payées par l'employeur qui doivent être considérées comme un complément aux avantages accordés pour les diverses branches de la sécurité sociale.

Le moyen souligne que cette exception à la notion de rémunération doit s'interpréter restrictivement.

Le moyen fait valoir que votre Cour, dans un précédent arrêt rendu dans la même cause, a jugé que ne pouvaient pas être considérées comme de tels compléments des sommes destinées à compenser une réduction du salaire brut à laquelle elles se substituent.

Il soutient que le demandeur avait exposé sans être contredit que la défenderesse avait accordé les indemnités en cause dans un but d'optimisation salariale. D'une part, parce que la baisse de salaire brut des employés concernés était compensée par ces indemnités ; d'autre part, parce que pour d'autres travailleurs, pour lesquels une réduction du salaire brut était impossible, ces indemnités n'avaient pas été allouées.

Le moyen en déduit que ces indemnités n'ont pas pour objet de compenser en faveur des employés en question l'accroissement de dépenses provoquées par la réalisation d'un des risques couverts par la sécurité sociale, cette prise en charge de dépenses n'étant qu'une des conséquences de la décision dont l'objet est de réduire la masse salariale au sein de la défenderesse.

Le moyen fait encore valoir que, pour ces employés, les indemnités ne compensent pas l'accroissement d'une dépense mais, selon les termes de l'arrêt attaqué, le risque d'un tel accroissement.

Dans ces circonstances, l'arrêt attaqué n'aurait pu légalement décider que les indemnités litigieuses pouvaient être considérées comme un complément à un avantage légal de sécurité sociale, violant ainsi les articles 2 de la loi du 12 avril 1965 et 14 de la loi du 27 juin 1969.

3.

Selon l'article 14, § 1^{er}, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, sous réserve d'un élargissement ou d'une restriction de cette assiette de calcul par le Roi¹, les cotisations de sécurité sociale sont calculées sur base de la rémunération des travailleurs.

Le paragraphe 2 de la même disposition énonce que, toujours sous réserve de dérogations décidées par le Roi², la notion de rémunération est déterminée par l'article 2 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs.

4.

L'article 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs dispose qu'on entend par rémunération notamment le salaire en espèces et les avantages évaluables en argent auquel le travailleur a droit à charge de l'employeur en raison de son engagement.

L'alinéa 3 du même article énonce quant à lui que ne sont toutefois pas à considérer comme rémunération les indemnités payées directement ou indirectement par l'employeur qui doivent être considérées comme un complément aux avantages accordés pour les diverses branches de la sécurité sociale.

5.

Ces dispositions combinées³ permettent d'encourager, par l'exemption (para)fiscale, le développement d'une forme alternative et complémentaire de sécurité sociale, qu'elle soit organisée au niveau sectoriel, d'entreprise ou individuel⁴. C'est parce que les sommes transférées de l'employeur au travailleur viennent compléter la protection sociale traditionnelle du second qu'elles peuvent échapper au régime ordinaire de son financement, par une forme de raccourci financier qui échappe au détour des cotisations alimentant les prestations⁵.

¹ Cette réserve est sans pertinence en la présente cause.

² Ici encore, cette possibilité de dérogation est étrangère à l'espèce.

³ Avant la loi du 27 juin 1969, il n'existait aucune définition de la rémunération comme base de calcul des cotisations sociales. La notion était laissée à l'appréciation de l'O.N.S.S. sous le contrôle de la jurisprudence. Il est acquis qu'à cette époque déjà, l'O.N.S.S. poursuivait l'objectif d'encourager l'octroi d'avantages complémentaires par les employeurs, tout en essayant de dissuader le recours à des rémunérations indirectes pour éluder le paiement des cotisations. Voy. M. Van Honsté, « Considérations sur la notion de « rémunération » », *J.T.T.*, 1977, p. 3 ; S. De Ridder et *alii*, « Définition de la rémunération » in S. Michiels et C. Rizzo (coord.), *La rémunération variable*, Bruxelles, Larcier, 2020, coll. de la Conférence du jeune barreau de Bruxelles, p. 19.

⁴ Sur ce phénomène, voy. Q. Detienne, D. Dumont et J. Gilman, « La protection sociale complémentaire organisée par les secteurs d'activité : un repérage juridico-empirique » in E. Dermine et J.F. Neven (coord.), *Le droit social sectoriel, un monde méconnu*, Bruxelles, Larcier, 2023, coll. UB³, p. 281.

⁵ Les auteurs cités à la note qui précèdent insistent, d'une part, sur le constat qu'il s'agit donc bien en réalité d'un autre mode de financement de la protection sociale, quand bien même il n'apparaît pas dans le budget classique de celle-ci et, d'autre part, sur le caractère *a priori* moins égalitaire ou redistributif de cette sécurité sociale complémentaire. Voy. aussi les réflexions en ce sens faites sous l'intitulé « Optimalisation et solidarité » par J.

Cette finalité de protection sociale est ainsi la condition de l'exonération de cotisations sociales. Comme l'exprime la doctrine, « il doit ressortir clairement des raisons d'octroi, de la nature et de la façon dont [l'indemnité] est calculé[e] qu'il s'agit effectivement d'un complément à l'avantage social »⁶.

6.

Ces dispositions ont donné lieu à une jurisprudence assez abondante de la Cour.

Dans un arrêt du 10 septembre 1990⁷, la Cour a retenu que l'article 2, alinéa 3, 3°, de la loi du 12 avril 1965 ne vise pas les indemnités qui *sont* le complément des avantages accordés pour les diverses branches de la sécurité sociale, mais bien celles qui *doivent être considérées* comme telles, de sorte que le juge appelé à trancher cette qualification n'est pas tenu d'examiner si ces indemnités sont versées à des travailleurs qui ont bénéficié de tels avantages.

Par un arrêt du 21 janvier 2008⁸, la Cour a relevé que, pour décider qu'une indemnité ne doit pas être considérée comme une rémunération sur la base de l'article 2, alinéa 3, de la loi du 12 avril 1965, le juge ne peut limiter son examen à un seul des avantages prévus par la législation qui régit la sécurité sociale.

Le 8 décembre 2014⁹, la Cour a jugé que l'article 2, alinéa 3, 3°, de la loi du 12 avril 1965 exclut sans aucune restriction, de la notion de rémunération les indemnités payées directement ou indirectement par l'employeur qui doivent être considérées comme un complément aux avantages accordés pour les diverses branches de la sécurité sociale, qu'une indemnité doit être considérée comme un complément aux avantages accordés pour les diverses branches de la sécurité sociale si l'avantage accordé a pour objet la couverture d'un risque de sécurité sociale et que l'avantage accordé a pour objet une telle couverture s'il a pour but d'aider à couvrir la perte des revenus du travail ou les coûts provenant de la réalisation d'un risque de sécurité sociale, sans qu'il y ait lieu à cet égard de prendre en considération le statut ou la fonction du travailleur. Elle a ainsi rejeté le moyen qui soutenait qu'une indemnité dont l'octroi était subordonné au statut ou à la fonction du travailleur ne pouvait être visée par l'exemption légale. La Cour a encore considéré dans le même arrêt qu'il ne résulte pas de la simple circonstance qu'un avantage, qui satisfait aux conditions prévues à l'article 2, alinéa 3, 1°, c), de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, est accordé à une catégorie déterminée de travailleurs en violation de l'article 45 de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, que ledit avantage doive malgré tout être considéré comme une rémunération.

Le 15 février 2016¹⁰, la Cour a jugé en premier lieu que doit être considérée comme un complément aux avantages accordés pour les diverses branches de la sécurité sociale, l'indemnité qui a pour objet de compenser la perte des revenus du travail ou l'accroissement des dépenses provoqués par la réalisation d'un des risques couverts par les diverses branches

Clesse (J. Clesse, « Quelques réflexions sur les rémunérations alternatives » in *De taal is gans het recht. Liber amicorum Willy van Eeckhoutte*, Mechelen, Kluwer, 2018, p. 16).

⁶ M. Morsa, *La notion de rémunération en droit de la sécurité sociale*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 48.

⁷ Cass., 10 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, n° 12 avec les concl. en substance de M. Leclercq, avocat général. C'est nous qui soulignons.

⁸ Cass., 21 janvier 2008, RG : S.06.0099.F, *Pas.*, 2008, n° 40.

⁹ Cass., 8 décembre 2014, RG : S.13.0099.N et S.13.0126.N, *Pas.*, 2014, n° 765.

¹⁰ Cass., 15 février 2016, RG : S.14.0071.F, *Pas.*, 2016, n° 109 avec les concl. de M. Genicot, avocat général.

de la sécurité sociale, même si son octroi est soumis par ailleurs à des conditions étrangères à ces risques. Par conséquent, a été jugé comme manquant en droit le moyen qui soutenait que, lorsqu'un avantage complétant les allocations familiales perçues pour les enfants de leur ménage est réservé aux travailleurs satisfaisant par ailleurs à des conditions de fonction et d'ancienneté, étrangères aux conditions d'octroi des allocations familiales, cet avantage ne pouvait être considéré comme un complément aux avantages accordés pour cette branche de la sécurité sociale.

Par ailleurs, la Cour a encore considéré — dans la droite ligne de l'arrêt du 8 décembre 2014 — que la circonstance que l'indemnité soit accordée en violation de règles prohibant la discrimination, qu'elles soient générales ou qu'il s'agisse de l'article 45 de la loi du 27 juin 1969, ne lui faisait pas perdre sa nature de complément aux avantages accordés pour les diverses branches de la sécurité sociale.

Par son arrêt du 25 mars 2019 rendu dans la présente cause¹¹, la Cour a estimé une nouvelle fois que, pour être considérée comme un complément aux avantages accordés pour les diverses branches de la sécurité sociale, l'indemnité doit avoir pour objet de compenser la perte des revenus du travail ou l'accroissement des dépenses provoqués par la réalisation d'un des risques couverts par les diverses branches de la sécurité sociale.

Elle a poursuivi, après avoir relevé les constats opérés par le juge du fond, en jugeant que par les seules considérations que l'augmentation de la rémunération nette des travailleurs concernés constitue « un avantage bien réel pour les [six] employés concernés » et qu' « en raison de l'exonération [de cotisations sociales sur les] allocations familiales extralégales accordées, le travailleur perçoit un montant supérieur de 13,07 p.c. à celui de sa rémunération brute initiale », l'arrêt attaqué ne justifiait pas légalement sa décision que le montant qualifié de complément aux allocations familiales a « pour objet de compenser l'accroissement des dépenses provoqué par la réalisation d'un des risques couverts par les diverses branches de la sécurité sociale » et partant, que les avantages en cause constituent des compléments qui « [majorent] le montant de leurs allocations familiales ».

En d'autres termes, les seuls constats que les travailleurs bénéficient des prestations sociales « complétées » par les indemnités litigieuses et que celles-ci ont mené à une augmentation de la rémunération nette restent insuffisants à mettre en évidence que les dites indemnités ont pour objet de constituer des prestations de sécurité sociale complémentaires¹².

La doctrine a retenu de cet arrêt la nécessité, pour échapper aux cotisations sociales, de poursuivre un but de protection sociale et non d'optimisation salariale¹³.

7.

On peut essayer de synthétiser cette jurisprudence en énonçant ce qui suit.

Le seul critère déterminant pour qu'une indemnité soit considérée comme un complément aux avantages accordés pour les diverses branches de la sécurité sociale est que cette indemnité doit avoir pour objet de compenser la perte des revenus du travail ou l'accroissement des

¹¹ Cass., 25 mars 2019, RG : S.17.0048.F, *Pas.*, 2019, n° 178 avec les concl. de M. Genicot, avocat général.

¹² Les conclusions du ministère public relevaient que, s'il n'est pas exigé une rigoureuse identité avec les conditions d'octroi des prestations de sécurité sociale complétées, s'impose toujours l'exigence d'un lien de nature compensatoire entre l'indemnité en cause et l'accroissement des dépenses provoqué par le « risque social » que constitue le fait d'élever et d'entretenir des enfants.

¹³ N. Wellemans, *Alternatieve verloning 2023*, Limal, Anthemis, 2023, p. 273; E. Van Grunderbeek, K. Magerman en I. Verdonck, "Aanvullende kinderbijslag en cafetariaplannen. Een stand van zaken na het arrest van het Hof van Cassatie van 25 maart 2019", *Or.*, 2020/6, p. 206.

dépenses provoqués par la réalisation d'un des risques couverts par les diverses branches de la sécurité sociale.

L'appréciation qu'une indemnité a cet objet peut se faire en ayant égard à la sécurité sociale dans son ensemble, sans se limiter à un seul des avantages prévus par la législation de sécurité sociale.

L'indemnité peut avoir l'objet requis quand bien même le travailleur à qui elle est accordée ne bénéficie pas effectivement des avantages de la sécurité sociale. Par ailleurs, le fait pour le travailleur de bénéficier de ces avantages ne suffit pas à ce que l'indemnité qui lui est allouée ait cet objet. En résumé, le fait pour le travailleur qui se voit accorder l'indemnité en cause de bénéficier d'un ou des avantages prévus par la sécurité sociale n'est ni nécessaire ni suffisant.

Le fait que l'indemnité en cause augmente les sommes nettes perçues par le travailleur ne suffit pas à en déduire qu'elle a pour objet de compenser la perte des revenus du travail ou l'accroissement des dépenses provoqués par la réalisation d'un des risques couverts par les diverses branches de la sécurité sociale. Si l'on raisonnait autrement, toute somme accordée au travailleur remplirait cette condition.

Enfin, la qualification de complément des avantages accordés pour les diverses branches de la sécurité sociale n'est pas exclue par le seul caractère discriminatoire ou sélectif de l'octroi de l'indemnité en cause, ni par le fait que celle-ci réponde à des conditions d'attribution qui sont étrangères aux conditions d'octroi de l'avantage de sécurité sociale envisagé. On peut en revanche peut-être envisager que ce caractère discriminatoire ou ces conditions d'attribution puissent éclairer sur l'objet effectivement poursuivi par l'indemnité¹⁴.

8.

La question de savoir si une indemnité a pour objet de compenser la perte des revenus du travail ou l'accroissement des dépenses provoqués par la réalisation d'un des risques couverts par les diverses branches de la sécurité sociale et doit ainsi être considérée comme un complément aux avantages me paraît devoir relever de l'appréciation du juge du fond.

Il appartient néanmoins à la Cour de contrôler si le juge du fond n'a pas, dans son appréciation, méconnu la notion d'indemnité qui doit être considérée comme un complément aux avantages accordés pour les diverses branches de la sécurité sociale.

9.

En l'espèce, l'arrêt attaqué relève que la défenderesse a mis en place, après avoir consulté un cabinet de conseil en aménagement et stratégie des salaires, un « plan cafétaria » dans le cadre duquel elle octroie à six de ses employés un montant mensuel qualifié de « complément aux allocations familiales légales » équivalent au montant de l'allocation familiale déjà perçue par chacun des travailleurs concernés, ceux-ci ayant vu leur rémunération nette globale majorée de 3 % après la mise en œuvre de ce plan.

L'arrêt considère par ailleurs que les travailleurs concernés ont une charge de famille susceptible d'entraîner un accroissement des dépenses, que le montant alloué n'est pas déraisonnable ni excessif et que la circonstance que l'octroi des indemnités litigieuses résulte

¹⁴ Voy. N. Toussaint et M. Merveille, « La notion de rémunération en droit de la sécurité sociale », *Ors.*, 2017/7, p. 31.

d'un « plan cafétaria » qui met en œuvre une politique d'optimisation salariale n'ôte pas à ces indemnités leur caractère de complément. Il considère en outre que la circonstance que les indemnités litigieuses ne sont accordées qu'aux six employés et pas aux autres travailleurs ne modifie pas leur nature d'indemnité qui doit être considérée comme un complément aux avantages accordés pour une branche de la sécurité sociale, l'éventuelle discrimination à l'occasion d'un tel octroi restant sans incidence sur l'exclusion de la notion de rémunération.

Il me paraît que ces considérations ne permettent pas décider légalement que les indemnités en cause ont pour objet de compenser la perte des revenus du travail ou l'accroissement des dépenses provoqués par la réalisation d'un des risques couverts par les diverses branches de la sécurité sociale. Partant, l'arrêt attaqué ne justifie pas légalement sa décision que ces indemnités constituent un complément des avantages accordés pour les diverses branches de la sécurité sociale qui n'ont pas le caractère d'une rémunération.

10.

Le moyen m'apparaît fondé en sa première branche, qui doit mener à une cassation totale.

Conclusion

Cassation

Bruxelles, le 29 avril 2024

l'avocat général,
H M