

// le dossier
jurisprudence thèmeCotisations et contributions
sociales – Contrôle Urssaf

En 2018, alors que les contentieux Urssaf se multiplient sur le sujet, des arrêts rendus en droit du travail illustrent les critères du lien de subordination avec pour enjeu la question du statut social salarié ou non-salarié, notamment pour les travailleurs des plateformes. La Cour de cassation a également donné un nouvel éclairage sur les conditions d'exclusion de l'assiette des cotisations des indemnités de rupture. À noter encore, différents arrêts ayant précisé la validité de la procédure lors de contrôles Urssaf.

*Rédigé par Lisiane Fricotté
juriste en protection sociale*

// Ce qu'il faut retenir

Requalification d'une relation « indépendante ». Caractérise un lien de subordination l'existence d'un pouvoir de direction et de contrôle de l'exécution de la prestation réalisée par un livreur à vélo *via* une plateforme web et une application, dès lors qu'un système de géolocalisation permet le suivi en temps réel de la position du coursier et la comptabilisation du nombre de kilomètres parcourus et qu'en outre, la société dispose d'un pouvoir de sanction à l'égard de ce coursier.

Cass. soc., 28 novembre 2018, n° 17-20.079 FP-PBRI

Indemnités de rupture du contrat : précisions.

Les sommes versées au salarié lors de la rupture du contrat de travail, autres que les indemnités expressément exclues de l'assiette, sont soumises à cotisations de sécurité sociale, à moins que l'employeur rapporte la preuve qu'elles concourent, pour tout ou partie de leur montant, à l'indemnisation d'un préjudice.

Cass. 2^e civ., 15 mars 2018, n° 17-11.336 F-PB, n° 17-10.325 F-PB

Cass. 2^e civ., 21 juin 2018, n° 17-19.432 F-PB, n° 17-19.773 F-PB, n° 17-19.671 F-D

Cass. 2^e civ., 12 juillet 2018, n° 17-23.345 F-D

Procédure de contrôle : de l'avis de passage à la lettre d'observations. Une série d'arrêts revient sur le formalisme applicable en cas de contrôle Urssaf notamment si le contrôleur reporte la première visite ou s'il chiffre le redressement en recourant à une vérification par échantillonnage et extrapolation. Sont également précisés les effets de l'audition irrégulière d'un salarié.

Cass. 2^e civ., 15 mars 2018, n° 17-13.409 F-PB, n° 17-11.891 F-PB, n° 17-14.748 F-D

Cass. 2^e civ., 20 septembre 2018, n° 17-24.359 F-PB

Preuve non rapportée de l'existence d'un accord tacite de l'Urssaf. L'existence d'un accord tacite de l'Urssaf, lors d'un précédent contrôle, sur des pratiques litigieuses n'est pas caractérisée dès lors que la preuve de l'identité des pratiques n'est pas rapportée par l'employeur.

Cass. 2^e civ., 9 mai 2018, n° 17-16.546 F-D

Avantage en nature. L'intervention d'un tiers dans la mise à disposition d'un véhicule au profit d'un salarié n'exclut pas en soi l'existence d'un avantage en nature. Mais selon certaines conditions, les salariés, y compris ceux utilisant le véhicule de façon permanente, ne bénéficient pas d'un avantage justifiant un redressement.

Cass. 2^e civ., 21 juin 2018, n° 17-21.652 F-D



Retrouvez le texte intégral des arrêts commentés sur
www.liaisons-sociales.fr

À CLASSER SOUS

SÉCURITÉ SOCIALE

COTISATIONS

02 / 19

Requalification d'une relation « indépendante » : conditions et effets

Les solutions

Caractérise un lien de subordination l'existence d'un pouvoir de direction et de contrôle de l'exécution de la prestation réalisée par un livreur à vélo *via* une plateforme web et une application, dès lors qu'un système de géolocalisation permet le suivi en temps réel de la position du coursier et la comptabilisation du nombre de kilomètres parcourus et qu'en outre la société dispose d'un pouvoir de sanction à l'égard de ce coursier.

Cass. soc., 28 novembre 2018, n° 17-20.079 FP-PBRI

Caractérise un lien de subordination le fait qu'une personne ait poursuivi sous le statut d'auto-entrepreneur, après avoir démissionné, son activité pour la même entreprise, dans les locaux de celle-ci, sur sa chaîne d'abattage, en utilisant la pointeuse de cette dernière. Il se déduisait de ces constatations qu'il travaillait sous la direction et le contrôle de l'entreprise.

Cass. soc., 22 mars 2018, n° 16-28.641 FD

Si le statut social d'une personne est d'ordre public et s'impose de plein droit dès lors que sont réunies les conditions de son application, la décision administrative individuelle d'affiliation qui résulte de l'adhésion du salarié au régime des travailleurs indépendants s'oppose, qu'elle fut ou non fondée, à son affiliation rétroactive au régime général de la sécurité sociale pour la période en litige et à la perception des cotisations correspondantes.

Cass. soc., 24 mai 2018, n° 16-19.896 F-D

L'assujettissement au régime général de la mère d'un gérant, postérieurement à un contrôle, ne peut avoir d'effet rétroactif, dès lors que le lien de subordination n'a pas été caractérisé et que l'activité de l'intéressée pouvait relever de l'entraide familiale. La déclaration préalable à l'embauche ne vaut pas reconnaissance de son statut au cours de la période litigieuse.

Cass. 2^e civ., 20 septembre 2018, n° 17-23.275 FD

Le commentaire

Plusieurs décisions rendues en 2018 illustrent la grande diversité des contextes pouvant conduire à la **requalification** d'une relation. Il peut s'agir de **contentieux prud'homaux**, comme le montrent certains des arrêts commentés. Mais il peut aussi s'agir de contentieux en droit de la **sécurité sociale** lorsque la requalification a lieu suite à un contrôle Urssaf.

Cette question n'est pas nouvelle mais prend une dimension particulière avec le développement des **plateformes collaboratives**. L'un des arrêts rendus en droit du travail vise d'ailleurs des livreurs à vélo ayant recours à une telle plateforme servant à la mise en relation entre restaurateurs et clients (Cass. soc., 28 novembre 2018, n° 17-20.079 FP-PBRI). Nul doute que cet arrêt, rendu en droit du travail, inspirera également les juges qui auront à statuer en droit de la sécurité sociale, sur le statut des « indépendants », les critères étant similaires pour caractériser le lien de subordination.

Ainsi, des **règles jurisprudentielles communes** se dégagent que ce soit sur les **critères** ou sur les **effets** d'une décision d'affiliation.

UN FAISCEAU D'INDICES APPLIQUÉS AUX « FAUX INDÉPENDANTS »

Dans l'**arrêt du 28 novembre 2018** (n° 17-20.079 FP-PBRI), une personne exerçant sous le statut d'« **auto-entrepreneur** » demande la **requalification** de la relation

qui le liait à la société utilisant une **plateforme** en ligne et une application de mise en relation entre restaurateurs et clients.

Le fait qu'une liquidation de la société ait été engagée ne sera pas développé dans le commentaire qui suit : seuls les éléments relatifs à la qualification de la relation retiendront principalement notre attention. On notera toutefois que le fait que la personne n'ait pas un statut de salarié avait conduit à un refus par le liquidateur d'inscrire au passif de la société les créances dues au coursier (paiement des courses effectuées). D'où un enjeu renforcé.

Dans cette affaire, les **juges prud'homaux** puis les **juges d'appel** retiennent de **nombreux éléments** qui semblent caractériser un **pouvoir de contrôle et de sanction**. Mais ils concluent à l'incompétence du conseil de prud'hommes. Ils relèvent à travers certains documents non contractuels la présence d'un **système de géolocalisation** permettant de contrôler la position géographique du livreur, le nombre de kilomètres parcourus ainsi que l'instauration d'un mécanisme de **bonus-malus**. Ainsi, il existe :

- un bonus « Time Bank » en fonction du temps d'attente au restaurant et le bonus « KM » lié au dépassement de la moyenne kilométrique des coursiers ;
- et des pénalités (« strikes ») pour des motifs très divers et qui vont de l'incapacité de réparer une crevaison, au refus de faire une livraison. Le cumul de pénalités conduit à la désactivation du compte du livreur.

Mais les juges prud'hommes puis les juges d'appel estiment que ces éléments ne suffisent **pas**, dans les faits, à **caractériser le lien de subordination** allégué. Ils s'attachent avant tout à la **liberté** du livreur de **choisir** ses **horaires** de travail ou de choisir de ne **pas travailler** pendant une période dont la durée reste à sa seule discrétion. Selon eux, « la liberté totale de travailler ou non, sans avoir à en justifier, de choisir chaque semaine ses jours de travail et leur nombre sans être soumis à une quelconque durée du travail ni à un quelconque forfait horaire ou journalier mais aussi par voie de conséquence de fixer seul ses périodes d'inactivité ou de congés et leur durée, est exclusive d'une relation salariale ».

Dans son arrêt du 28 novembre 2018, la **Cour de cassation**, tout en affirmant le pouvoir souverain des juges du fond, quant à l'appréciation des éléments de fait et de preuve, exerce son **contrôle** sur la **motivation** et elle considère que les juges n'ont pas tiré les conséquences légales de leurs constatations. Par conséquent, elle **casse** l'arrêt. Sa décision, appelée à une large publication, est une **étape marquante** vers l'affirmation du caractère salarial de ce type de relation. Force est de constater aussi qu'il y avait dans cette affaire de nombreux indices permettant de caractériser la requalifier la relation (sur la portée de cette décision, v. le commentaire de Jean-Emmanuel Ray dans l'*actualité* n° 17708 du 6 décembre 2018).

Des contentieux sont également en cours concernant des chauffeurs VTC (*notamment Cons. prud'h. Paris, 20 décembre 2016, n° 14/16389*). L'Urssaf s'est vue, quant à elle, retoquée sur des contentieux pour des raisons procédurales. Compte tenu du développement de ces formes d'organisation du travail, nul doute que d'autres décisions viendront dans les prochains mois compléter l'analyse, tant en droit du travail, qu'en droit de la sécurité sociale.

Soulignons également que le **législateur tente de réguler** ce nouveau mode économique et organisationnel des relations professionnelles. Ainsi, selon les dispositions de la **loi El Khomri** (*L. n° 2016-1088 du 8 août 2016; C. trav., art. L. 7341-1, L. 7342-1 et s.; v. l'actualité n° 17325 du 12 mai 2017 et le dossier juridique-Droit trav.- n° 181/2016 du 7 octobre 2016*), les plateformes de mise en relation entre usagers et travailleurs (type Uber, Foodora, etc.) ont une **responsabilité sociale**, lorsqu'elles déterminent les caractéristiques de la prestation de service fournie ou du bien vendu et fixent leurs prix. Le **projet de loi Avenir professionnel** prévoyait la possibilité pour ces plateformes d'établir une **charte** déterminant les conditions et modalités de leur responsabilité sociale. Il était notamment prévu que l'établissement d'une telle charte ne caractérise pas l'existence d'un lien de subordination entre la plateforme et les travailleurs, le but étant d'éviter une requalification en salariés. L'article en question a été invalidé par le Conseil constitutionnel au motif qu'il ne présentait pas de lien avec les dispositions du projet de loi (*Cons. const., 4 septembre 2018, n° 2018-769; v. l'actualité n° 17645 du 6 septembre 2018*). La mesure a été depuis réintroduite dans le **projet de loi d'orientation des mobilités**, qui a été présenté en Conseil des ministres le 26 novembre 2018 (*v. l'actualité n° 17705 du 3 décembre 2018*). Enfin la **loi** n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la **fraude** fait **obligation** à l'**administration fiscale** d'**adresser** à l'**Acos** les données qu'elle recueillera de la part de l'opérateur de plateforme. Ce dernier sera tenu d'adresser un document à l'administration fiscale avant le 31 janvier, à charge pour celle-ci de le retransmettre à l'Acos (*CGI, art. 242 bis modifié; CSS, art. L. 114-19-1 modifié*). La date d'entrée en vigueur

sera précisée par l'arrêt qui détaillera les obligations (entrée en vigueur au plus tard le 1^{er} juillet 2019).

Dans l'**arrêt du 22 mars 2018** (*n° 16-28.641*), les circonstances sont différentes. Il s'agit d'une personne qui, après avoir exercé pendant quelques mois une activité professionnelle au sein d'une entreprise puis démissionné, a créé un statut d'**auto-entrepreneur** (dénommé depuis janvier 2016 « micro-entrepreneur ») et a repris l'exercice de cette même activité.

Consécutivement à la rupture de cette nouvelle relation, il saisit le conseil de prud'hommes d'une demande de requalification en contrat de travail et des indemnités afférentes à la rupture abusive de ce contrat. La Cour de cassation lui donne raison. La décision n'est pas surprenante et est en cohérence avec une jurisprudence rendue en droit de la sécurité sociale (*pour des formateurs: Cass. 2^e civ., 7 juillet 2016, n° 15-16.110; v. le dossier jurisprudence thème-Sécu., cotis.- n° 07/2017 du 10 janvier 2017*).

Le fait qu'il s'agisse d'un **ancien salarié** est un **élément** parmi de nombreux autres pour **requalifier** la relation de personnes, exerçant comme « auto-entrepreneur » ou « micro-entrepreneur », en **relation salariale**.

Rappelons qu'aux termes de l'article L. 8221-6 du Code du travail, une présomption de non-salariat est instaurée pour certaines catégories de personnes. Sont notamment visées et « présumées ne pas être liées avec le donneur d'ordre par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à immatriculation ou inscription : les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales pour le recouvrement des cotisations d'allocations familiales »...

Mais dès lors qu'il existe d'autres éléments montrant que la personne exerce dans des conditions qui la place dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard du donneur d'ordre, la **présomption de non-salariat** peut être **détruite** (*C. trav., art. L. 8221-6*). C'est le cas dans l'affaire commentée.

Le lien de subordination juridique est déduit par les juges d'un **faisceau d'indices** très variés. En l'espèce, la Cour de cassation souligne que :

- le travailleur a repris une **activité identique** à celle qu'il exerçait lorsqu'il était **salarié** de l'entreprise ;
- dans les **locaux** de celle-ci, sur sa chaîne d'abattage ;
- en utilisant la **pointeuse** de cette dernière.

Peut également constituer un indice de l'existence d'un lien de subordination le fait que le prestataire n'ait **aucun autre donneur d'ordre** que celui qui est visé par un litige. Ce qui démontre un lien de dépendance économique.

QUELS EFFETS EN CAS DE REQUALIFICATION ?

Les principes qui se dégagent d'une jurisprudence très ancienne et constante rendue en droit de la sécurité sociale (*Cass. soc., 6 décembre 1973, n° 72-13.118 P; Cass. soc., 16 novembre 1988, n° 86-12.345 P; Cass. soc., 30 janvier 1992, n° 89-14.528; Cass. soc., 9 avril 1998, n° 96-18.706 P*) guident également les juges dans des contentieux de nature prud'homale où il y a lieu de se prononcer sur le caractère rétroactif ou non d'une décision.

Les circonstances peuvent varier mais la règle demeure : « Si le statut social d'une personne est d'ordre public et s'impose de plein droit dès lors que sont réunies les conditions de son application, la **décision administrative**

individuelle d'affiliation qui résulte de l'adhésion du salarié au **régime** des travailleurs **indépendants s'oppose**, qu'elle fut ou non fondée, à son **affiliation rétroactive** au **régime général** de la sécurité sociale pour la période en litige et à la perception des cotisations correspondantes » (Cass. soc., 24 mai 2018, n° 16-19.896 FD).

En l'espèce, la requalification portait sur un **contrat de « collaboration libérale »**. Une personne avait été embauchée au sein d'un cabinet d'avocat en tant que consultant conseil libéral. Ce dernier prend acte de la rupture de son contrat et saisit la **juridiction prud'homale** aux fins de demander la **requalification** de son contrat en contrat de travail et les indemnités qui en découlent. Il obtient gain de cause. Les juges condamnent également la **société d'avocats à rembourser les charges sociales** que le « collaborateur » a dû verser en tant que travailleur indépendant.

Au visa de l'article L. 311-2 du Code de la sécurité sociale, la chambre sociale de la **Cour de cassation casse** l'arrêt rendu par la cour d'appel : le remboursement des charges ne pouvait lui être imposé.

Selon cet article du Code de la sécurité sociale : « Sont **affiliées obligatoirement** aux assurances sociales du régime général, quel que soit leur âge et même si elles sont titulaires d'une pension, toutes les **personnes** quelle que soit leur nationalité, de l'un ou de l'autre sexe, **salariées** ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs et quels que soient le montant et la nature de leur rémunération, la forme, la nature ou la validité de leur contrat ». Il en découle un **statut qualifié d'ordre public** régulièrement rappelé et figurant dans la notice explicative jointe à l'arrêt du 28 novembre 2018 (commenté ci-dessus) : la seule volonté des parties est impuissante à soustraire un salarié au statut social impératif découlant des conditions d'accomplissement de son travail (Cass. ass. plén., 4 mars 1983, n° 81-15.290).

Mais une **limite** est posée : lorsqu'une **personne** a été **affiliée** aux organismes de travailleur **indépendant**, la **requalification ne peut être rétroactive** (Cass. soc., 9 avril 1998, n° 96-18.706 P). Cette règle permet de sécuriser les situations, des prestations ayant pu être versées. En revanche, lorsque la personne n'a jamais versé de cotisations (Cass. 2^e civ., 20 mai 2010, n° 08-21.817) ou en cas de fraude (Cass. soc., 6 décembre 1973, n° 72-13.118 P), l'affiliation peut être rétroactive.

Une même règle de non-rétroactivité a été appliquée dans un contexte très différent où se posait le problème de la frontière entre entraide familiale et travail salarié. « L'**assujettissement** au régime général de la **mère d'un gérant, postérieurement à un contrôle, ne peut avoir d'effet rétroactif**, dès lors que le lien de subordination

n'a pas été caractérisé et que l'activité de l'intéressée pouvait relever de l'**entraide familiale**. La déclaration préalable à l'embauche ne vaut pas reconnaissance de son statut au cours de la période litigieuse » (Cass. 2^e civ., 20 septembre 2018, n° 17-23.275).

Cette décision n'est pas sans rappeler un précédent arrêt (Cass. 2^e civ., 3 février 2011, n° 10-12.219) qui avait lui aussi écarté le salariat. Selon la Cour de cassation, relève de l'entraide familiale et non du salariat la participation régulière de parents, retraités, à l'activité de la société commerciale qu'ils ont constituée avec leurs enfants et dont ils sont associés minoritaires. Les intéressés avaient maintenu leurs activités dans les mêmes conditions mais ni l'existence d'une véritable rémunération, ni celle d'ordres et de directives sur l'organisation et l'exécution de leur travail n'avaient pu être établies.

Des éléments, comme l'**absence de rémunération**, sont également retenus également dans l'arrêt du 20 septembre 2018 précité, pour exclure l'existence d'un contrat de travail. Et bien que la personne, mère du gérant, ait ensuite fait l'objet d'une déclaration d'embauche, le caractère rétroactif de cette affiliation n'était pas possible.

RISQUE PÉNAL

Aux risques prud'homaux et Urssaf évoqués ci-dessus s'ajoutent des risques en droit pénal. En cas de requalification en contrat de travail d'une relation entre travailleur indépendant et donneur d'ordre, des **poursuites pour travail dissimulé** par dissimulation d'emploi salarié peuvent, selon les circonstances, être engagées. A ainsi été condamnée une société de prospection téléphonique qui employait d'anciens salariés et les faisait travailler dans les mêmes conditions, sous le statut d'auto-entrepreneurs (Cass. crim., 15 décembre 2015, n° 14-85.638). Des condamnations pénales peuvent alors être prononcées (Cass. crim., 25 octobre 2016, n° 15-83.680 : v. aussi C. trav., art. L. 8224-1 et s.).

En outre, la société qui fait l'objet d'une condamnation pénale pour travail dissimulé en lien avec une requalification d'une relation indépendante en relation salariale est tenue au **paiement des cotisations** et contributions sociales à la charge des employeurs, calculées sur les sommes versées aux travailleurs au titre de la **période** pour laquelle la **dissimulation d'emploi** salarié a été établie (C. trav., art. L. 8221-6).

 **CONSULTER LE DOCUMENT SUR :**
liaisons-sociales.fr

Indemnités de rupture du contrat

La solution

Les sommes versées au salarié lors de la rupture du contrat de travail, autres que les indemnités expressément exclues de l'assiette, sont soumises à cotisations de sécurité sociale, à moins que l'employeur rapporte la preuve qu'elles concourent, pour tout ou partie de leur montant, à l'indemnisation d'un préjudice.

Cass. 2^e civ., 15 mars 2018, n° 17-11.336 F-PB, n° 17-10.325 F-PB

Cass. 2^e civ., 21 juin 2018, n° 17-19.432 F-PB, n° 17-19.773 F-PB, n° 17-19.671 F-D

Cass. 2^e civ., 12 juillet 2018, n° 17-23.345 F-D

Par cette série d'arrêts, la Cour de cassation apporte des éléments de clarification sur le régime social des **indemnités de rupture**. En effet, un contentieux récurrent concerne les indemnités **non visées** à l'article **L. 242-1** du Code de la sécurité sociale, lequel renvoie à l'article **80 duodecies** du Code général des impôts.

La Cour de cassation pose ici un **principe** : ces indemnités (non visées par le Code de la sécurité sociale et par le Code général des impôts) sont **soumises à cotisations**. La Cour de cassation laisse cependant ouverte une **brèche** à ce principe en admettant la possibilité, pour l'employeur, d'apporter la **preuve** qu'elles **concourent**, pour tout ou partie, à l'**indemnisation** d'un **préjudice**.

Dans quelle mesure cette jurisprudence vient éclairer le débat et sécuriser les situations ?

Rappelons que les **règles** applicables aux indemnités de rupture ont été depuis plusieurs années **très fluctuantes**. Ces évolutions portent sur :

- sur la **nature** même des **sommes** et leur qualification ;
- et sur les **limites** applicables pour déterminer le **seuil d'exonération**. Le seuil maximal d'exonération en droit fiscal et en droit de la sécurité sociale n'est pas le même. En droit de la sécurité sociale, l'exonération est limitée à deux fois le plafond annuel de la sécurité sociale.

L'alignement des règles fiscales et sociales n'est pas total. Il concerne seulement la nature des sommes. Seules les sommes non imposables peuvent être exonérées. Avec l'évolution de la jurisprudence en droit de la sécurité sociale, le non-alignement des règles va concerner aussi la nature de certaines sommes.

Illustrations avec les arrêts commentés ci-dessous.

Les **enjeux** sont **importants** car ces indemnités peuvent représenter un montant conséquent et viser plusieurs salariés. Par exemple, dans un des litiges soumis à la Cour de cassation, 18 salariés partis à la retraite étaient concernés (*Cass. 2^e civ., 15 mars 2018, n° 17-11.336 F-PB*), dans un autre dix licenciements pour faute grave avaient été prononcés (*Cass. 2^e civ., 15 mars 2018, n° 17-10.325 F-PB*).

Dans le cadre du contentieux Urssaf, la question soulevée portait sur la nature et le contenu des indemnités transactionnelles versées. Leur versement avait-il pour objectif de faire échapper à l'assiette des cotisations des sommes qui y sont, en principe, soumises ?

PRINCIPE : ASSUJETTISSEMENT À COTISATIONS SAUF EXCEPTIONS PRÉVUES PAR LE CGI

Les arrêts du 15 mars 2018, 21 juin 2018 et 12 juillet 2018 posent le principe selon lequel sont **soumises à cotisations** les **indemnités de rupture autres que celles visées** à l'article **L. 242-1** du Code de la sécurité sociale renvoyant au Code général des impôts.

Rappelons qu'en matière de cotisations, les indemnités de rupture de contrat de travail ou de cessation de mandat répondent à un régime particulier qui peut se résumer succinctement ainsi :

- si elles sont visées à l'article 80 duodecies du CGI et non imposables, elles peuvent être exonérées de cotisations jusqu'à deux fois le plafond de sécurité sociale (*CSS, art. L. 242-1*) ; il s'agit par exemple des indemnités visées à l'article L. 1235-1 du Code du travail (indemnité forfaitaire de conciliation), L. 1235-3, L. 1235-1 (indem-

nité en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ou de licenciement nul) etc. ;

- si elles ne sont pas visées par l'article L. 242-1 renvoyant à l'article 80 duodecies du Code général des impôts, elles sont soumises à cotisations.

Cette solution est logique : les exonérations étant une exception, les textes doivent être appliqués strictement. **Ainsi** n'étant pas au nombre de celles qui sont énumérées à l'article 80 duodecies du CGI, auquel renvoie l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, la **Cour de cassation a rejeté des recours contre des redressements de cotisations portant sur :**

- des **sommes** accordées, même à titre **transactionnel**, en cas de **rupture anticipée** d'un **CDD** (*Cass. 2^e civ., 6 juillet 2017, n° 16-17.959*; *Cass. 2^e civ., 7 octobre 2010, n° 09-12.404*) ;
- l'**indemnité** versée au salarié licencié en **violation** de son **statut protecteur** (*Cass. 2^e civ., 11 février 2016, n° 15-13.398*; *Cass. 2^e civ., 12 février 2015, n° 14-10.886*) ;
- des indemnités versées en **exécution** d'une **clause de garantie d'emploi** (*Cass. 2^e civ., 13 mars 2014, n° 13-12.381*) ;
- des indemnités versées à l'occasion d'une **démission** ou d'un **départ** à la **retraite**, sauf à prouver que c'est l'employeur qui a provoqué la rupture (*Cass. 2^e civ., 8 juillet 2010, n° 09-15.801*).

Selon cette jurisprudence, dès lors que les indemnités n'étaient pas visées par le CGI, elles étaient soumises à cotisations, sans exception possible.

UNE BRÈCHE : LA PREUVE DU PRÉJUDICE POUR DES INDEMNITÉS DE RUPTURE NON VISÉES PAR LE CODE GÉNÉRAL DES IMPÔTS

Contrairement à la jurisprudence antérieure, la **Cour de cassation ouvre une brèche** pour l'employeur : le fait que ces indemnités ne soient pas expressément visées à l'article 80 duodecies du CGI n'entraîne pas systématiquement leur assujettissement à cotisations.

Si l'**employeur démontre** qu'elles ont pour **objet d'indemniser un préjudice**, elles peuvent être **exclues** de l'**assiette**, dans certaines limites. Ainsi :

- une **indemnité transactionnelle versée suite à un licenciement pour faute grave** peut échapper à un redressement si l'employeur prouve le caractère indemnitaire de cette somme (*Cass. 2^e civ., 21 juin 2018, n° 17-19.773 F-PB*; *Cass. 2^e civ., 15 mars 2018, n° 17-10.325 F-PB*).

Dans l'arrêt du 15 mars 2018, des licenciements pour faute grave sont intervenus (dix sur la période contrôlée de trois ans). L'Urssaf a opéré un redressement sur une partie des indemnités transactionnelles. Le redressement est annulé (*CA Aix-en-Provence, 2 novembre 2016, n° 15-12396*). Les juges du fond ont retenu que :

- les **protocoles litigieux** étaient **rédigés en termes clairs**, précis et sans ambiguïté et que la **volonté des parties** y était clairement exprimée ;

- que la rupture du contrat de travail restait un licenciement pour faute grave et l'indemnité transactionnelle ne comportait aucune indemnité de préavis et de licenciement ;

- que le salarié n'avait pas exécuté de préavis et s'engageait à ne demander aucune indemnité et à n'engager ou poursuivre aucun contentieux.

L'Urssaf ne pouvait pas se prévaloir de l'absence de renonciation expresse à l'indemnité de préavis pour justifier le redressement.

L'**annulation** du **redressement** est approuvée par la Cour de cassation (*Cass. 2^e civ., 15 mars 2018, n° 17-10.325 F-PB*), qui considère que les juges d'appel avaient à juste titre estimé que l'indemnité transactionnelle litigieuse avait un fondement exclusivement indemnitaire.

Même solution et motivation similaire dans une autre affaire (*Cass. 2^e civ., 21 juin 2018, n° 17-19.773 F-PB*). L'Urssaf a opéré un redressement sur une partie des indemnités transactionnelles versées à la suite de 11 licenciements étalés sur plusieurs années. Ce redressement est annulé. La Cour de cassation considère, là aussi, que les juges de la cour d'appel pouvaient déduire que les indemnités compensaient bien un préjudice (*dans le même sens, Cass. 2^e civ., 12 juillet 2018, n° 17-23.345 F-D*).

En revanche, la **preuve** de ce **caractère indemnitaire** n'est **pas rapportée** :

- pour une **indemnité transactionnelle versée** à la suite d'un **plan de sauvegarde pour l'emploi** pour éviter que des salariés demandent l'annulation du plan. Elle ne peut être assimilée à une indemnité allouée dans le cadre du PSE (qui est, quant à elle, visée par les textes et exclue de l'assiette dans une certaine limite). L'indemnité transactionnelle ainsi attribuée est en principe soumise à cotisations sauf si l'employeur démontre qu'elle a pour objet de réparer un préjudice. En l'espèce, selon la Cour de cassation, cette preuve n'a pas été rapportée. Les sommes ont été versées à des salariés suite à leur licenciement pour motif économique, en complément de celles dues au titre du plan de sauvegarde pour l'emploi, en contrepartie de leur renonciation à poursuivre l'annulation du plan. Ces motifs ne suffisent pas, selon la Cour de cassation, à caractériser le caractère exclusivement indemnitaire des sommes versées en exécution des transactions ; l'arrêt rendu par la cour d'appel annulant le redressement est cassé (*Cass. 2^e civ., 21 juin 2018, n° 17-19.432 F-PB*);

- pour une **indemnité transactionnelle versée** dans le cadre d'un **licenciement pour faute grave** (*Cass. 2^e civ., 21 juin 2018, n° 17-19.671 F-PB*). En l'espèce, l'employeur, tout en maintenant la faute grave dans la lettre de licenciement, a accepté le versement d'une indemnité forfaitaire de 40 000 €, Mais la transaction ne stipulait pas la nature des préjudices ainsi compensés et les juges n'ont pas manqué de souligner que ce montant leur paraissait peu compatible, nonobstant l'ancienneté importante du salarié, avec la réparation du seul préjudice moral résultant de circonstances prétendument brutales et vexatoires de la rupture ;

- pour des indemnités versées à 18 salariés lors de leur départ de leur entreprise pour prendre leur retraite (*Cass. 2^e civ., 15 mars 2018, n° 17-11.336 F-PB*). Un redressement a été opéré par l'Urssaf qui a réintégré dans l'assiette des cotisations les sommes versées. L'employeur conteste la mise en demeure en soulignant un différent sur l'imputabilité de la rupture. L'employeur considère que les indemnités ont été versées à titre transactionnel. Chacun des salariés concernés lui ayant indiqué saisir l'occasion pour contester le caractère volontaire du

départ à la retraite, l'employeur a voulu éviter des litiges. Les juges ne suivent pas cette argumentation et confirment le redressement. Ils relèvent que les courriers adressés par les salariés prenant acte de leur départ commençaient par : « Dans les conditions actuelles d'exercice de ma collaboration, je vous informe par la présente de ma décision de faire valoir mes droits à retraite ». Chaque salarié précise qu'il fera valoir ses droits au terme du préavis. Une telle demande caractérise un **départ volontaire** à la **retraite** (et non une mise à la retraite). Par la suite, certains salariés demandent à ne pas effectuer l'intégralité de leur préavis. La société se déclare surprise à chaque fois. Mais elle ne revient pas sur les termes et sur l'initiative de la rupture. Les **protocoles transactionnels** prévoient d'ailleurs que les **indemnités** seraient **soumises à cotisations**. Il est donc impossible de considérer qu'elles ont le caractère de dommages-intérêts.

ÉVALUATION DU PRÉJUDICE ET MONTANT DES INDEMNITÉS

Comme rappelé plus haut, en principe, une limite s'applique en matière d'exonération de cotisations (deux fois le plafond annuel de sécurité sociale). Les sommes peuvent même être assujetties dès le premier euro si les indemnités dépassent dix fois ce plafond.

La question de l'application des limites d'exonération se pose-t-elle ? Est-ce que le seuil pourra être dépassé, sans réintégration dans l'assiette des cotisations. Il ne semble pas, à la lecture des arrêts, que les juges soient allés aussi loin. Un des arrêts a d'ailleurs validé le redressement en soulignant par ailleurs le montant de l'indemnité forfaitaire versée (*v. ci-dessus – Cass. 2^e civ., 21 juin 2018, n° 17-19.671*).

Au vu de ces différents éléments, il est légitime de se demander si cette évolution de la jurisprudence aura un effet positif pour sécuriser les situations. En effet, les questionnements et interprétations risquent de se déplacer sur le terrain de la preuve du préjudice et sur l'évaluation du préjudice. Autant dire qu'il faudra que les **protocoles** soient, comme le mentionnent d'ailleurs les arrêts commentés et ayant admis le non-assujettissement à cotisations, être **clairs et très précis**. Par ailleurs, les règles fiscales et sociales sont maintenant non alignées, non seulement sur les limites d'exonération, mais aussi sur la nature des sommes. Jusqu'à présent, des indemnités imposables étaient nécessairement soumises à cotisations. Des **règles différentes** pourront désormais s'appliquer **en fiscal et en social**.

Face à ces positionnements nouveaux, il reste possible de **sécuriser** les situations par le biais de **rescrit social** en interrogeant l'Urssaf (*CSS, art. L. 243-6-3 et R. 243-43-2*). Cette demande doit être formulée avant qu'un contrôle ne soit engagé.



CONSULTER LE DOCUMENT SUR :
liaisons-sociales.fr

Précisions sur la procédure de contrôle : de l'avis de passage à la lettre d'observations

La solution

Au cas où l'Urssaf entend reporter la première visite de contrôle, il lui incombe d'en informer en temps utile et par tout moyen approprié l'employeur et de rapporter la preuve de la réception de l'information en cas de recours contentieux.

Cass. 2^e civ., 15 mars 2018, n° 17-13.409 F-PB

Lorsque le redressement litigieux procède d'opérations de constatation d'infractions constitutives de travail illégal, l'avis de passage n'est pas obligatoire.

Cass. 2^e civ., 31 mai 2018, n° 17-18.584 F-D

Les éléments recueillis dans le cadre d'une vérification irrégulière par échantillonnage ou extrapolation ne peuvent fonder, même dans la limite des bases effectivement vérifiées, un redressement.

Cass. 2^e civ., 15 mars 2018, n° 17-11.891 F-PB

La lettre d'observation communiquée au cotisant à l'issue du contrôle et devant comporter l'information sur le délai de 30 jours pour y répondre constitue une formalité substantielle. Mais cette obligation ne s'étend pas à l'indication du point de départ de ce délai.

Cass. 2^e civ., 15 mars 2018, n° 17-14.748 F-D

L'irrégularité affectant l'audition d'un salarié rend le contrôle irrégulier et le redressement doit être annulé.

Cass. 2^e civ., 20 septembre 2018, n° 17-24.359 F-PB

Le commentaire

Plusieurs arrêts apportent des **précisions** intéressantes sur la **procédure de contrôle**. Qu'il s'agisse du formalisme préalable (avec l'avis de passage), des méthodes de chiffrage (sondage), des suites du contrôle avec la lettre d'observations, tous ces éléments font l'objet de textes précis et d'une charte régulièrement mise à jour, opposable aux organismes de recouvrement (CSS, art. R. 243-59; Arr. 9 avril 2018, JO 16 mai). Ce qui n'empêche pas des **contentieux réguliers** portant sur le déroulement de la procédure de contrôle, le respect de son caractère contradictoire ainsi que sur l'étendue des pouvoirs des agents de contrôle. Les règles jurisprudentielles complètent l'arsenal juridique en veillant à faire des distinctions selon qu'il s'agit de contrôle de droit commun ou de contrôle pour recherche de travail dissimulé.

FORMALISME PRÉALABLE

► Avis de passage requis...

Rappelons que le contrôle est précédé d'un **avis de passage envoyé au moins 15 jours avant** la date de la **première visite** (CSS, art. R. 243-59). L'avis de passage comporte des mentions, dont le droit de se faire assister pendant le contrôle par un conseil de son choix. Il fait également état de l'existence d'un document intitulé « **Charte du cotisant contrôlé** » présentant à la personne contrôlée la procédure de contrôle et les droits dont elle dispose pendant son déroulement et à son issue, sur le fondement du Code de la sécurité sociale.

La charte, opposable aux organismes, précise, quant à elle, que la **date exacte** de la **première visite** doit **figurer** sur l'avis de passage.

► Pas de nouvel avis de passage en cas de report...

Dans une des affaires commentée (Cass. 2^e civ., 15 mars 2018, n° 17-13.409), l'**agent de contrôle avait reporté** la date de la **première visite**. Dans ce cas, fallait-il procéder à un nouvel envoi d'avis de passage ?

Au vu des éléments qui sont produits, la cour d'appel répond dans un premier temps par l'affirmative. Mais cet arrêt est cassé.

Les juges de la cour d'appel ont relevé que, par mail, l'inspecteur du recouvrement a confirmé le report du contrôle. Il est fait état d'un entretien téléphonique qui a précédé cet envoi. Les juges de la **cour d'appel** estiment qu'il n'est pas possible de « déduire ni de ce message ni de l'absence d'opposition de la société aux opérations de contrôle, que la modification de la date des opérations de vérification résultait d'un **accord** avec l'**employeur** ». Or, selon eux, l'accord était **nécessaire**. Sans doute, cette référence à l'accord de l'employeur doit se comprendre par un précédent arrêt de la Cour de cassation, qui avait alors annulé un redressement au motif que l'Urssaf ne prouvait pas que la modification de date avait été arrêtée avec l'accord de l'employeur (Cass. 2^e civ., 12 juillet 2012, n° 11-22.895 FS-D).

Cette exigence s'explique aussi par l'intérêt qu'a l'employeur de pouvoir s'organiser et de prévoir, s'il le sou-

haïte, de se faire assister par un conseil, comme les textes le permettent.

Mais dans l'arrêt du **15 mars 2018**, la **Cour de cassation** explicite les conditions permettant un tel report et elle considère que le redressement n'aurait pas dû être annulé. Elle constate que l'**Urssaf** avait **informé « en temps utile »** la société ayant fait l'objet du **report** de contrôle, lequel avait déjà fait l'objet d'un avis régulièrement délivré. Précisément, la Cour de cassation indique qu'en cas de report, « il incombe à l'Urssaf d'informer en temps utile et **par tout moyen approprié** l'employeur et de rapporter la **preuve** de la réception de l'information en cas de recours contentieux ».

Que faut-il entendre par « en temps utile » ? Comment prouver la réception d'un mail ? En l'espèce, le contrôle devait avoir lieu le 17 septembre. Le mail a été envoyé le 13 septembre pour aviser du report au 16 octobre. Un entretien téléphonique a également eu lieu pour arrêter la date.

Sur la notion de « par tout moyen approprié », il s'agit de moyen permettant de déterminer la date de réception. L'envoi d'un recommandé n'est pas nécessaire. En tout état de cause, la preuve incombe à l'Urssaf.

► ... et pas d'avis en cas de recherche de travail dissimulé

Dans le cas où le contrôle est effectué pour rechercher des infractions de travail dissimulé l'organisme n'est pas tenu à cet envoi (*Cass. 2^e civ., 31 mai 2018, n° 17-18.584 FD*). C'est le cas lorsque l'**Urssaf engage un contrôle après avoir reçu** communication d'un **procès-verbal de travail dissimulé** dressé par un contrôleur du travail. Il en résulte que le redressement qui s'ensuit procède d'opérations de constatations constitutives de travail illégal (*C. trav., art. L. 8271-1 et s.*). Et ce, **quand bien même** il s'est écoulé **plus d'un an** entre le **signalement** et le **contrôle**. La procédure de droit commun ne s'applique pas (*Cass. 2^e civ., 21 décembre 2017, n° 16-26.567*).

Il est important que le **fondement** sur lequel le contrôle est engagé soit bien **clair** pour l'employeur : l'Urssaf ne peut **pas changer** de fondement **en cours de contrôle** et utiliser les doubles prérogatives d'un contrôle de droit commun et d'un contrôle de travail dissimulé (*Cass. 2^e civ., 9 octobre 2014, nos 13-19.493, 10-13.699 ; Cass. 2^e civ., 7 juillet 2016, n° 15-16.110 FS-PB ; et v. ci-dessous pour les personnes interrogées*).

DÉROULEMENT DU CONTRÔLE : DROIT D'INTERROGER DES PERSONNES RÉMUNÉRÉES

Les agents de contrôle disposent de la possibilité d'interroger les personnes rémunérées. Ce **pouvoir d'audition** est **encadré**. Selon l'article R. 243-59 du Code de la sécurité sociale, « les agents peuvent interroger les personnes rémunérées, notamment pour connaître leurs nom et adresse ainsi que la nature des activités exercées et le montant des rémunérations y afférentes, y compris les avantages en nature ».

L'arrêt commenté (*Cass. 2^e civ., 20 septembre 2018, n° 17-24.359*) apporte des précisions sur la notion de « personnes rémunérées ».

Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, l'Urssaf a opéré un contrôle puis, à l'issue de celui-ci, elle a adressé une lettre d'observations faisant mention d'un travail dissimulé entraînant une annulation des réductions de cotisations. Le **constat de travail dissimulé** a été fait **lors d'opérations de contrôle** diligentées sur le fondement

de l'article L. 243-7 du Code de la sécurité sociale (règles applicables au contrôle **de droit commun**). C'est au cours de ce contrôle et lors de la consultation de la comptabilité que l'agent de contrôle a porté son attention sur un poste « prestations services irlandais ». En raison d'un possible constat de travail dissimulé, des difficultés ont surgi sur les règles applicables.

L'**employeur conteste** donc les **conditions d'audition** d'un salarié. Selon les termes de la lettre d'observations, il s'agissait d'un salarié mis à disposition par une autre société irlandaise et l'identité du salarié n'a pas été précisée. Aucun élément ne permettait d'établir que ce salarié était rémunéré par la société faisant l'objet du contrôle. Le **redressement** est **annulé**, à juste titre, confirme la Cour de cassation.

Dans le cadre de **recherches de travail dissimulé**, les **conditions** de déroulement de **contrôle** sont **adaptées**. Le contrôle peut alors se dérouler hors des locaux de l'entreprise ou des lieux de travail. Des questionnaires peuvent être envoyés et ils sont pris en compte sous réserve du consentement des personnes qui le reçoivent (*Cass. 2^e civ., 17 février 2011, n° 10-14.388*).

Mais lorsque le contrôle a été engagé sur le fondement de l'article L. 243-7 du Code de la sécurité sociale, comme c'était le cas dans notre affaire (*Cass. 2^e civ., 20 septembre 2018, n° 17-24.359*), l'Urssaf ne peut pas avoir recours à la fois aux textes encadrant ce type de contrôle et aux textes encadrant le travail dissimulé.

Dans ce dernier cas, « les agents de contrôle sont en effet habilités à **entendre**, en quelque lieu que ce soit et **avec son consentement**, tout employeur ou son représentant et **toute personne rémunérée**, ayant été rémunérée ou présumée être ou avoir été rémunérée par l'employeur ou par un travailleur indépendant, afin de connaître la nature des activités de cette personne, ses conditions d'emploi et le montant des rémunérations s'y rapportant, y compris les avantages en nature » (*C. trav., art. L. 8271-6-1*). La notion de consentement est essentielle. Après avoir été prise en compte par la jurisprudence pour l'envoi de questionnaires, elle a été intégrée également dans l'article R. 243-59 du Code de la sécurité sociale. Le **procès-verbal d'audition** doit **mentionner le consentement**. La **signature** du procès-verbal d'audition par la personne entendue vaut consentement de sa part à l'audition.

Ces règles n'étaient pas applicables à la situation qui donne lieu à l'arrêt du 20 septembre 2018 puisque ce sont les **règles de droit commun** qui ont été invoquées pour engager le contrôle. En tout état de cause, l'**agent de contrôle ne pouvait interroger**, dans les locaux, **que les personnes rémunérées par l'employeur contrôlé** (et non par un prestataire) et le fait que le salarié interrogé ne soit pas identifié ne pouvait que conduire à l'annulation du redressement. Les pouvoirs d'investigation des agents de contrôle sont d'application stricte.

MÉTHODES DE CHIFFRAGE

Autre point de contentieux : les méthodes utilisées par les Urssaf pour chiffrer un redressement.

Pour des raisons de rapidité, la vérification par échantillonnage et extrapolation (dénommé aussi par « sondage ») est admise et encadrée (*CSS, art. R. 243-59-2 ; v. le dossier pratique-Sécu., cotis.-n° 156/2017 du 1^{er} septembre 2017*). Encore faut-il que l'employeur donne son accord préalable au recours à cette méthode. Et, s'il accepte, il doit être associé à chacune des phases. L'employeur

peut présenter à l'inspecteur du recouvrement ses observations tout au long de la mise en œuvre des méthodes de vérification par échantillonnage. Rappelons que le protocole de vérification distingue quatre étapes :

- la constitution d'une base de sondage : l'agent de contrôle invite l'employeur à lui signaler les cas atypiques ;
- le tirage aléatoire d'un échantillon : l'employeur est invité à commenter l'échantillon obtenu ;
- l'examen de l'échantillon au regard du point de législation vérifié : l'agent invite l'employeur à faire part de ses remarques et rectifie, le cas échéant, les régularisations envisagées ;
- l'extrapolation à la population ayant servi de base à l'échantillon.

Comme souligné ci-dessus, le contrôle par échantillonnage et extrapolation présente une particularité : la **procédure du contradictoire doit être respectée à chaque étape** du processus de chiffrage et également à l'**issue du contrôle** avec la lettre d'observations (qui a des spécificités – *v. ci dessous*).

Ces exigences peuvent se comprendre car ce type de contrôle permet un chiffrage des cotisations sans qu'il n'ait été procédé de manière exhaustive à l'analyse de la situation dans l'entreprise. La procédure d'information préalable a évolué (*D. n° 2016-941, 8 juillet 2016*) mais les principes qui se dégagent de l'arrêt du 15 mars 2018 (*Cass. 2^e civ., 15 mars 2018, n° 17-11.891 F-PB*) restent valables : l'**accord préalable de l'employeur est requis**.

Dans cette affaire, la période de contrôle portait sur les années 2008 à 2010. Une lettre d'observations a été adressée à l'employeur le 19 mai 2011. Un **redressement** a été opéré sur des indemnités de grand déplacement. Le **contrôle** sur ces indemnités a été effectué par **échantillonnage** et extrapolation **sans** que l'**accord** de l'employeur au recours à cette méthode n'ait été préalablement recueilli.

L'inspecteur de l'Urssaf a procédé à une analyse exhaustive de 14 dossiers sur 2008, 17 sur 2009 et 8 sur 2010. L'**Urssaf** entendait **maintenir le redressement** sur la **partie** de redressement **établi** sur des **bases réelles**. La cour d'appel a confirmé le redressement sur cette partie. Mais la **Cour de cassation** casse l'arrêt rendu par la cour d'appel : en cas d'**irrégularité** entachant le recours à la méthode d'échantillonnage c'est la **totalité des opérations** de contrôle et du redresse-

ment portant sur ces éléments de rémunération (en l'espèce les indemnités de grand déplacement) qui doit être **annulée**.

LETTRE D'OBSERVATIONS

À l'issue du contrôle, les agents chargés du contrôle communiquent à l'employeur une lettre d'observations datée et signée par eux mentionnant l'objet du contrôle, le ou les documents consultés, la période vérifiée, le cas échéant, la date de la fin du contrôle et les observations faites au cours de celui-ci (*CSS, art. L. 243-7-1 A et R. 243-59*). Les **observations** sont **motivées par chef de redressement**. À ce titre, elles comprennent les considérations de droit et de fait qui constituent leur fondement et, le cas échéant, l'indication du montant des assiettes correspondant, ainsi que pour les cotisations et contributions sociales l'indication du mode de calcul et du montant des redressements et des éventuelles majorations et pénalités.

La personne contrôlée dispose d'un délai de 30 jours pour répondre. Jusqu'au 27 septembre 2018, la **lettre d'observations** devait aussi **mentionner le délai de réponse** : cette obligation n'est plus mentionnée dans l'article R. 243-59 du Code de la sécurité sociale mais elle est toujours exigée par la charte du cotisant contrôlé. Par conséquent, la solution apportée par l'arrêt du 15 mars 2018 conserve un intérêt. Selon cet arrêt, **l'obligation ne s'étend pas à l'indication du point de départ** (*Cass. 2^e civ., 15 mars 2018, n° 17-14.748 F-D*).

La lettre d'observations doit également préciser :

- la mention selon laquelle l'employeur peut se faire assister d'un conseil de son choix pour répondre aux observations de l'agent chargé du contrôle ;
- la mention éventuelle, de la constatation par l'agent chargé du contrôle de l'application de majorations de redressement dues en cas de travail dissimulé, ainsi que, contresignée par le directeur de l'organisme, de l'absence de mise en conformité suite à un précédent contrôle et de l'abus de droit.

Dans le cas de recours aux méthodes de chiffrage par extrapolation, les règles sont adaptées (*CSS, art. R. 243-59-2 ; v. le dossier jurisprudence thème n° 159/2016 du 6 septembre 2016*).

Preuve non rapportée de l'existence d'un accord tacite de l'Urssaf

La solution

L'existence d'un accord tacite de l'Urssaf, lors d'un précédent contrôle, sur des pratiques litigieuses n'est pas caractérisée dès lors que la preuve de l'identité des pratiques n'est pas rapportée par l'employeur.

Cass. 2^e civ., 9 mai 2018, n° 17-16.546 F-D

Le commentaire

Un des **moyens de contestation** d'un **redressement** est le fait, pour l'employeur, d'invoquer l'**absence d'observations** lors d'un **précédent contrôle**. Cette règle permet de sécuriser les situations jusqu'à une nouvelle décision

de l'Urssaf qui ne pourra avoir de caractère rétroactif. Ainsi, l'absence d'observations vaut accord tacite concernant les pratiques ayant donné lieu à vérification, dès lors que l'organisme de recouvrement a eu les moyens

de se prononcer en toute connaissance de cause (*v. le dossier pratique-Sécu., cotis.-n° 59/2017 du 27 mars 2017*). Le redressement ne peut porter sur des éléments qui, ayant fait l'objet d'un précédent contrôle dans la même entreprise ou le même établissement, n'ont pas donné lieu à observations de la part de cet organisme (*CSS, art. R. 243-59, dans sa rédaction applicable aux litiges*). Mais apporter la **preuve** n'est, en pratique, **pas aisée** pour l'employeur. Cette disposition donne lieu à des contentieux récurrents, les entreprises contrôlées ayant intérêt à faire valoir de telles décisions pour remettre en cause le caractère rétroactif du redressement. L'application de ce texte nécessite que **plusieurs conditions** soient remplies. Il faut :

- que l'organisme de recouvrement se soit prononcé en toute connaissance de cause ;
- qu'il y ait identité de situations. À titre d'exemple, il n'y a pas d'identité de situations lorsqu'entre deux périodes de contrôle, la formule de calcul de l'intéressement a fait l'objet d'une modification par accord collectif ; ainsi, en cas d'accords successifs, le fait que l'organisme n'ait pas émis d'observations particulières à l'égard du caractère aléatoire de l'intéressement lors d'un premier contrôle, n'empêche pas de procéder à un redressement pour les années ultérieures couvertes par un nouvel accord collectif ayant repris la formule de calcul antérieure tout en ayant modifié le critère de pondération de certains éléments entrant dans ce calcul (*Cass. 2^e civ., 20 décembre 2018, n° 17-26.952 PB*) ;
- qu'il y ait identité de réglementation. Ainsi, lorsque les circonstances de droit ont changé, l'employeur ne peut pas se fonder sur un accord tacite résultant de l'absence d'observations lors de contrôles antérieurs (*v. Cass. 2^e civ., 20 décembre 2018, n° 17-27.021 PB* à propos des conditions d'exonération des contributions des employeurs aux prestations supplémentaires de retraite). Si ces conditions ne sont pas remplies, il ne peut pas être prouvé que l'Urssaf a pris la décision en toute connaissance de cause.

Dans l'arrêt du 9 mai 2018 (*n° 17-16.546 F-D*), c'est sur la notion d'identité de pratiques que la Cour de cassation se prononce.

L'**accord tacite** avait été **admis** par les **juges du fond** mais l'Urssaf entendait contester l'annulation du redres-

sement portant sur des frais de restauration. La **Cour de cassation** casse l'arrêt rendu par la cour d'appel. Elle considère que l'existence d'un accord tacite n'est **pas établie** car la **preuve** de l'**identité des pratiques** n'est **pas rapportée** par l'employeur.

En l'espèce, un contrôle avait été opéré quatre ans plus tôt. L'examen des fiches de paie avait conduit à un **redressement** sur des **indemnités de logement** mais **pas** sur les **frais de restauration**. L'**employeur**, dont l'argumentation avait été suivie par les juges de la Cour d'appel, **en déduisait** que l'**Urssaf** avait **accepté la pratique** de la société de manière non équivoque et en toute connaissance de cause, dans des conditions caractérisant un accord tacite.

Mais, pour la **Cour de cassation**, ces motifs **sont** insuffisants pour faire ressortir que la société apportait la preuve de l'identité de pratiques. Par conséquent, l'arrêt de la cour d'appel est cassé.

Ces règles ne devraient pas être fondamentalement remises en cause suite à un décret du 8 juillet 2016 (non applicable aux faits commentés). Pour l'essentiel, il codifie les règles qui se dégagent de la jurisprudence dans un **nouvel article R. 243-59-7** du Code de la sécurité sociale.

Ainsi, le redressement ne peut porter sur des éléments qui, ayant fait l'objet d'un précédent contrôle dans la même entreprise ou le même établissement n'ont pas donné lieu à observations de la part de l'organisme effectuant le contrôle dans les conditions prévues à l'article R. 243-59 dès lors que :

1° L'organisme a eu l'occasion, au vu de l'ensemble des documents consultés, de se prononcer en toute connaissance de cause sur ces éléments ;

2° Les circonstances de droit et de fait au regard desquelles les éléments ont été examinés sont inchangées. Cette notion de circonstances de droit et de fait sera à rapprocher des considérations de droit et de fait figurant dans la précédente lettre d'observations pour comparer les situations (*v. pages précédentes*).

D'où l'intérêt d'être attentif à la rédaction et aux mentions portées dans la lettre d'observations.

 **CONSULTER LE DOCUMENT SUR :**
liaisons-sociales.fr

Avantage en nature : véhicule mis à disposition par un tiers

La solution

L'intervention d'un tiers dans la mise à disposition d'un véhicule au profit d'un salarié n'exclut pas en soi l'existence d'un avantage en nature. Mais selon certaines conditions, les salariés, y compris ceux utilisant le véhicule de façon permanente, ne bénéficient pas d'un avantage justifiant un redressement.

Cass. 2^e civ., 21 juin 2018, n° 17-21.652 F-D

Le commentaire

Les avantages en nature constituent un élément de la rémunération qui, au même titre que le salaire proprement dit, doit donner lieu à cotisation. Le régime social des avantages en nature fait l'objet d'un arrêté (*Arr.*

10 décembre 2002, JO 27 décembre), qui prévoit un système de forfaits pour évaluer certains avantages. Lors des contrôles, les Urssaf restent vigilantes sur ces points. Le rapport d'activité thématique publié en 2017 et dis-

ponible sur le site de l'Acosss soulignait toutefois : « l'érosion du motif avantages en nature se poursuit, puisqu'alors qu'il représentait en 2013 13,5 % des régularisations opérées, son poids est en 2016 passé à 7,9 % ». La stabilité de la réglementation peut, dans une certaine mesure, contribuer à ce constat. Dès lors que les entreprises ne sont pas soumises à des règles fluctuantes, l'assimilation de leurs conditions d'application se fait mieux. Une affaire soumise à la **Cour de cassation** permet d'apporter des **précisions** sur l'avantage en nature que constitue la **mise à disposition permanente d'un véhicule par l'intermédiaire d'une association tiers**.

UN RÉGIME SOCIAL ENCADRÉ

Selon la Cour de cassation, l'intervention d'un tiers dans la mise à disposition permanente d'un véhicule au profit d'un salarié n'exclut pas, par elle-même, l'existence d'un avantage en nature conféré par l'employeur à son salarié.

Cette position rejoint celle de l'administration (*Circ. DSS n° 2003-07 du 7 janvier 2003, n° 2-2; BOSS n° 4/03*). Les règles définies sont dans les grandes lignes les suivantes :

- l'**utilisation privée** d'un **véhicule mis à disposition** du salarié de façon permanente constitue un **avantage en nature** qu'il s'agisse d'un véhicule dont l'employeur est propriétaire ou locataire, ou d'un véhicule dont l'employeur acquiert la propriété dans le cadre de location avec option d'achat ;

- 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 donc en dehors du temps de travail – un véhicule professionnel. On considère donc qu'il y a mise à disposition permanente lorsque le salarié n'est pas tenu à restituer le véhicule en dehors de ses périodes de travail, notamment en fin de semaine (samedi et dimanche) ou pendant ses périodes de congés.

Pour établir la répartition entre usages professionnel et privé l'employeur peut démontrer le kilométrage parcouru à titre privé en soustrayant le **kilométrage effectué à titre professionnel** du kilométrage total effectué par le véhicule.

Les carnets de bord, de visite ou de rendez-vous peuvent constituer des éléments de preuve suffisants du kilométrage parcouru à titre professionnel.

MODALITÉS D'APPLICATION

L'apport principal de l'arrêt du 21 juin 2018 concerne les conditions dans lesquelles la mise à disposition permanente d'un véhicule par un tiers n'est pas considérée comme un avantage en nature. Cet arrêt souligne l'**importance** de la **preuve**, qui, dans notre cas, incombait à l'Urssaf, pour mesurer l'**écart** entre la **participation du salarié et l'avantage retiré** (économie réalisée).

D'autres éléments sont pris en compte par les juges qui ont statué sur cette affaire. En l'espèce, les conditions de **mise à disposition** décrites dans l'arrêt sont les suivantes :

- une **redevance versée par le salarié concerné** : plusieurs salariés de la société adhèrent à l'association des utilisateurs de véhicules de la région de Lille qui met à leur disposition des véhicules moyennant une redevance annuelle versée par le salarié ;

- une **redevance facturée à l'entreprise** : cette association facture chaque mois à la société une « redevance de **kilomètres professionnels** » ; ce montant n'était pas contesté (*v. ci-dessous*) ;

- le **lien entre travail et avantage** : l'établissement du siège de l'association dans les locaux de la société et le fait que seuls des salariés de celle-ci en soient adhérents démontrent le lien entre la mise à disposition des véhicules et la relation de travail existant entre les adhérents de l'association et la société.

Les juges constatent que :

- certains salariés disposent, en permanence, des véhicules fournis par l'association, pour leurs besoins tant professionnels que personnels ;

- le **caractère professionnel** des **kilomètres** qui sont pris en charge par la société n'est **pas contesté** et il n'est pas allégué que celle-ci prenne en charge d'autres sommes afférentes à l'utilisation des véhicules litigieux pour le compte de ses salariés (telle par exemple, une carte d'abonnement à un fournisseur de carburant ou offrant des facilités pour des menus services d'entretien) ;

- l'**Urssaf**, qui dispose des pouvoirs d'investigations pour ce faire, **n'établit pas** que le **fonctionnement** même de l'**association dispense les salariés** de certaines **dépenses** ;

- le seul fait que la société acquitte la taxe due sur les véhicules de sociétés pour le compte de l'association est indifférent dès lors que cette taxe ne serait pas due par les salariés si ceux-ci étaient propriétaires ou locataires de leur véhicule ;

- **aucun élément** versé aux débats **ne permet d'apprécier le montant** de la **cotisation** annuelle versée par chaque **salarié** par rapport à l'**avantage** qu'il retire de la mise à disposition du véhicule pour ses besoins personnels ; Par conséquent, exerçant son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a pu considérer que les **salariés ne bénéficiaient pas** d'un **avantage** résultant d'une **prise en charge de l'usage privé** des véhicules **par la société**. Le pourvoi en cassation de l'Urssaf est rejeté.

LA DÉCISION AURAIT-ELLE ÉTÉ AUTRE SI L'URSSAF AVAIT RAPPORTÉ LES PREUVES DEMANDÉES ?

Rappelons qu'en principe, lorsque l'employeur opte pour la valeur réelle de l'avantage et que la redevance est inférieure à celle-ci, l'avantage est égal à la différence entre ces deux valeurs. Si la redevance est égale ou supérieure à la valeur réelle, il n'y a pas d'avantage en nature.

Mais dans le cas présent, les documents sur lesquels l'Urssaf s'est fondée ne permettaient pas de déterminer l'écart entre le montant de la cotisation annuelle versée par le salarié à l'association et celui de l'avantage retiré de la mise à disposition du véhicule.

L'Urssaf a tenté, en vain, de soutenir qu'elle avait joint à la lettre d'observations un tableau intitulé « avantages en nature véhicule » mettant en perspective, pour chaque salarié, le type de véhicule mis à disposition et le montant de la cotisation annuelle versée à l'association et déduite du calcul opéré pour le redressement. Ce document n'a pas été jugé suffisant par les juges.



CONSULTER LE DOCUMENT SUR :
liaisons-sociales.fr

Retraite supplémentaire

Régime à prestations définies : régime social en cas de versement de rente

Si le bénéfice de la rente servie aux salariés d'une entreprise n'est pas subordonné à l'achèvement de leur carrière dans l'entreprise, les conditions d'assujettissement à la contribution spécifique ne sont pas remplies.

Cass. 2^e civ., 12 juillet 2018, nos 17-22.521 FD et 17-2018 FD

Les arrêts rendus par la Cour de cassation concernent une catégorie de régimes de retraites supplémentaires : les **régimes dits à prestations définies**, parmi lesquels on range les régimes « chapeau ». Ils sont soumis à un régime social particulier avec application d'une contribution spécifique à la charge de l'employeur et d'un **prélèvement sur les rentes**, à la **charge du salarié** (CSS, art. L. 137-11 et L. 137-11-1). C'est ce prélèvement sur la rente qui fait l'objet de la contestation. Il est entré en application en 2011.

Pour bénéficier de ce régime social dérogatoire, des **critères** doivent être respectés. Or, selon les moyens de **contestation** mis en avant par les bénéficiaires de la rente, un des critères n'avait pas été respecté. Par conséquent, l'Urssaf ne pouvait exiger le prélèvement.

En jeu : l'article L. 137-11 du Code de la sécurité sociale, selon lequel l'application de ce régime dérogatoire est soumise à des conditions, dont celle d'achever sa carrière dans l'entreprise. Or, les **salariés** avaient été licenciés et n'avaient **plus** la **qualité de salarié** de l'entreprise au **moment de leur départ en retraite**.

Les salariés **demandaient** donc à l'Urssaf de leur **rembourser la contribution** qui avait été prélevée directement sur leurs rentes, par l'institution de retraite.

Les juges de première instance et d'appel ont rejeté l'action en répétition de l'indu dirigée contre l'Urssaf. Ils ont pris en compte l'exception figurant dans le règlement de l'institution de retraites supplémentaires et prévoyant, dans l'intérêt du salarié, un maintien de droits lorsque le salarié n'a pu effectivement achever sa carrière dans l'entreprise pour une raison indépendante de sa volonté. En l'espèce, les salariés avaient été licenciés.

La **Cour de cassation** casse l'arrêt : elle **exclut** ainsi **toute exception**. Sa position est ainsi extrêmement rigoureuse. Elle s'écarte ainsi de la position administrative (*Circ. 2004-105, 3 mars 2004*) qui admet une exception : le régime peut prévoir le maintien de droits à prestations en cas de licenciement après l'âge de 55 ans sous réserve que le salarié pouvant bénéficier de la rente n'exerce ensuite aucune activité professionnelle.

Mais cette rigueur est à double tranchant puisqu'elle aboutit aussi à faire échapper ces sommes à la contribution spécifique (qui s'applique en plus de la CSG et CRDS). En pratique, les salariés continueront à **bénéficier de la rente sans** que le **prélèvement spécifique** ne puisse s'appliquer.

Quel avenir pour ces régimes ? Ces **régimes devraient disparaître progressivement** tant ils deviennent coûteux et comportent de risques juridiques, financiers. Ils sont en outre critiqués lorsque l'entreprise, en difficultés, verse des retraites importantes à ses dirigeants.

Ces régimes de retraite supplémentaires doivent faire l'objet de **modifications** afin d'être **mis en conformité** avec la réglementation européenne.

Comme nous l'avons évoqué, les régimes de retraites à prestations définies répondent à des caractéristiques particulières. Parmi ces conditions, figure le fait de conditionner l'acquisition des droits à retraite à une durée de présence dans l'entreprise à la date de son départ. Or, cette obligation entre en contradiction avec la **directive 2014/50/UE** du 16 avril 2014 (relative aux prescriptions minimales visant à accroître la mobilité des travailleurs entre les États membres en améliorant l'acquisition et la préservation des droits à pension complémentaire). Cette directive doit être **transposée** (elle devait l'être au plus tard le 21 mai 2018).

Le **projet de loi « Pacte »** (en cours d'adoption) prévoit que le gouvernement pourra prendre une **ordonnance** afin de modifier le cadre juridique. Cette ordonnance serait prise dans le délai de six mois à compter de la promulgation de la loi Pacte. Elle visera à interdire la possibilité de conditionner les droits à retraite à une durée de présence dans l'entreprise de plus de trois ans. *De facto*, le fait de conditionner le versement de la retraite à la présence du salarié au moment du départ tomberait : il s'avère que ces clauses ont été instaurées pour fidéliser les salariés et ce sont le plus souvent des salariés qui ont une certaine ancienneté qui se la voit opposer.

D'autres éléments devraient être précisés :

- les conditions auxquelles la mise en place d'un régime de retraite supplémentaire pourra être subordonnée, avec la mise en place préalable d'un régime bénéficiant à tous les salariés. Cette obligation existe déjà : lorsque de tels régimes existent, l'entreprise a l'obligation de proposer un système de retraite visant l'ensemble des salariés, tel que Perco ou régime supplémentaire de retraite à cotisations définies (*L. n° 2010-1330, 9 novembre 2010, art. 111 ; Lettre-circulaire Acoss n° 2011-37, 29 mars 2011*). Mais sa portée devrait être précisée ;
- le respect de plafonds pour l'acquisition des droits versés sous forme de rentes viagères ;
- la revalorisation des droits acquis par les anciens salariés de l'entreprise équivalente à celles des droits des salariés présents dans l'entreprise ;
- le versement d'un capital représentatif des droits acquis par le salarié quittant l'entreprise lorsque ceux-ci ont un faible montant – déjà en vigueur pour les Perp, par exemple.

La loi n'est pas encore adoptée. Elle doit être examinée par le Sénat au cours du mois de janvier.

Versement transport

Le bénéfice de l'exonération prévue en faveur des associations d'utilité publique dépend de l'activité effective dans le ressort de l'AOT

Les fondations et associations reconnues d'utilité publique à but non lucratif dont l'activité est à caractère social sont exonérées du versement transport. Le caractère social doit être apprécié au regard de l'activité effectuée par la fondation ou l'association dans le ressort de l'autorité organisatrice de transport qui a institué le versement transport.

Cass. 2^e civ., 9 mai 2018, n° 17-14.705 F-PB

Pour déterminer s'il y a lieu ou non d'**exonérer** une **fondation ou association** reconnue **d'utilité publique**, cet arrêt précise le cadre dans lequel doit être **apprécié** le **caractère social** de son activité. De manière logique,

la Cour de cassation approuve les juges d'appel qui ont **rejeté** le recours la fondation aux motifs que :

- la fondation ne faisait **pas appel** à des **bénévoles** dans les établissements situés dans le **ressort** de l'**autorité** organisatrice de transport ;
 - et que chacun des établissements avait une **activité de production industrielle**, à laquelle participaient des personnes présentant un handicap mental ;
 - cette activité constituait l'**essentiel** de ses **ressources**.
- Il découle de ces éléments (dont l'appréciation relève du pouvoir souverain des juges de la cour d'appel) que la fondation n'exerçait pas une activité sociale dans le ressort de l'autorité organisatrice des transports qui a institué le versement. Elle ne pouvait donc être exemptée.

En revanche, le caractère social a été **admis** pour une **crèche** (Cass. 2^e civ., 21 décembre 2017, n° 16-26.034 F-D) :
 – gérée par une association accueillant, en contrepartie d'une participation modique des parents, variant en fonction des ressources et de la composition familiale, des enfants dont certains étaient issus d'un milieu défavorisé ou présentant des handicaps ;
 – peu important la part prépondérante des financements publics dans ses ressources ou la nature administrative des tâches accomplies par les bénévoles, dès lors que ces derniers participent au fonctionnement.

Frais professionnels

Remboursement de frais professionnels : nature des cotisations versées à un ordre professionnel

L'obligation d'inscription auprès de l'ordre des masseurs kinésithérapeutes diplômés étant imposées à l'ensemble de ceux-ci, les cotisations ordinaires ne constituent pas des frais professionnels exposés dans l'intérêt de l'employeur.

Cass. soc., 30 mai 2018, n° 16-24.734 FS-PB

Illustrations de la notion de frais professionnels. Avec un arrêt rendu en droit du travail concernant les **cotisations** versées à un **ordre professionnel** pour pouvoir **exercer** la **profession** de **masséur kinésithérapeute**.

Selon la chambre sociale de la Cour de cassation, il ne s'agit **pas** de **frais professionnels** exposés dans l'intérêt de l'employeur puisque ces cotisations sont dues que le professionnel exerce en qualité de salarié ou de manière indépendante. Par conséquent, elles n'ont **pas** à être **remboursées** par l'employeur.

Cette solution semble s'opposer à une décision ancienne rendue en droit de la sécurité sociale pour des experts comptables. Dans un arrêt du 8 novembre 1990 (Cass. soc., 8 novembre 1990, n° 88-11.492 P), la chambre sociale, alors compétente en droit de la sécurité sociale, avait considéré que l'inscription à l'ordre et le paiement de la cotisation devait être considérée comme des frais professionnels lorsque l'employeur la prenait en charge et, à ce titre, devait être exclue de l'assiette des cotisations.

Aux termes de l'arrêt du 30 mai 2018, en droit du travail, les **cotisations** qu'un salarié doit obligatoirement verser à un ordre professionnel pour pouvoir exercer sa profession ne constituent pas des frais professionnels devant être remboursés par l'employeur car, souligne la Cour de cassation elles ne sont **pas acquittées** dans l'intérêt

de l'**employeur**. Elles sont dues quel que soit le mode d'exercice la profession.

Il serait intéressant de voir ce qui se passe, si l'employeur, non tenu au remboursement, décide de le faire. Cette prise en charge serait-elle soumise à cotisations ? Notons que le texte qui s'applique en matière de sécurité sociale pour définir les frais professionnels est formulé différemment et ne vise pas explicitement « l'intérêt de l'employeur » : il s'agit de charges de caractère spécial inhérentes à la fonction ou à l'emploi du salarié, que celui-ci supporte au titre de l'accomplissement de ses missions (Arr. 20 décembre 2002, JO 27 décembre).

Contentieux de la sécurité sociale

Recours suite à rejet de la commission de recours amiable – Contrainte

L'irrégularité de la composition de la commission de recours amiable ne peut faire obstacle à un redressement Urssaf. La juridiction du contentieux général saisie après rejet explicite ou implicite, doit se prononcer sur le fond du litige.

Cass. 2^e civ., 21 juin 2018, n° 17-27.756 FS-PBRI

L'absence de mention ou la mention erronée dans l'acte de signification d'une contrainte de la voie de recours ouverte, de son délai ou de ses modalités, a pour seul effet de ne pas faire courir le délai de recours.

Cass. 2^e civ., 4 avril 2018, n° 17-15.416 F-D

Au moment où entre en vigueur une réforme importante du contentieux de la sécurité sociale, ces arrêts viennent **préciser** des **points de procédure**, qui conservent un intérêt.

Tout d'abord, selon l'arrêt du 21 juin 2018, il appartient à la **juridiction** du **contentieux général** de se prononcer sur le **fond du litige**, les moyens soulevés devant elle et tirés d'une **irrégularité** de la **décision** de la **CRA** (commission de recours amiable) étant **inopérants**. Cette jurisprudence rendue pour un litige qui a été soumis au tribunal des affaires de sécurité sociale devrait garder un intérêt dans le cadre du transfert opéré aux tribunaux de grande instance spécialement désignés (C. org.jud., art. L. 211-16 ; CSS, art. L. 142-1). Une modification notable : la commission de recours amiable a deux mois (et non plus un mois) pour se prononcer ; passé ce délai le cotisant peut considérer sa demande comme rejeté implicitement ou attendre la décision explicite pour saisir le TGI (CSS, art. R. 142-6).

La solution apportée par le deuxième arrêt du 4 avril 2018, qui concerne un contentieux mettant en cause l'ancien régime social des indépendants (RSI), vaut aussi pour le régime général. En l'espèce, le cotisant invoquait le fait que les trois **actes de signification** des **contraintes** n'indiquaient pas dans des termes très apparents destinés à attirer l'attention du débiteur, les délais et modalités du recours pouvant être exercés pour s'opposer aux contraintes. Par conséquent, selon le cotisant, les contraintes n'étaient pas valables. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir rejeté cet argument : l'**insuffisance de mentions** n'a **pas pour effet** d'**annuler** le **redressement** mais permet seulement de ne pas se voir opposés des délais d'opposition à la contrainte.

Contributions d'assurance chômage

Statut des dirigeants : compétence des Urssaf pour statuer sur l'assujettissement à l'assurance chômage

Si l'Urssaf peut, lors d'un contrôle, se prononcer sur l'application des règles d'assujettissement au régime d'assurance chômage aux fins de redressement des bases des contributions dues par l'employeur, elle est néanmoins liée par l'appréciation portée par Pôle emploi sur la situation du travailleur.

Cass. 2^e civ., 12 juillet 2018, n° 17-16.547 F-PBR

Cet arrêt précise l'étendue des pouvoirs de l'Urssaf pour décider de l'assujettissement d'un mandataire social au régime d'assurance chômage.

En l'espèce, une société a embauché un consultant en systèmes informatiques qui, par la suite, devient gérant sans percevoir de rémunération. À l'issue d'un contrôle, l'Urssaf notifie un redressement portant sur la régularisation de cotisations au titre de contributions d'assurance chômage. Selon la Cour de cassation, le **contrôleur Urssaf** est **compétent** pour se prononcer sur l'**assujettissement** d'un **dirigeant** au régime d'**assurance chômage** sauf si Pôle emploi a déjà pris position (*Cass. 2^e civ., 12 juillet 2018, n° 17-16.547 F-PBR*).

Cette question du partage de compétence entre Urssaf et Pôle emploi se pose du fait que les Urssaf sont compétentes pour le recouvrement des contributions d'assurance chômage, tandis que Pôle emploi reste compétente en matière d'indemnisation.

L'Urssaf est-elle habilitée, dans le cadre d'un contrôle, à opérer des redressements en requalifiant la relation entre un mandataire social et l'entreprise ? La Cour de cassation répond par l'affirmative, tout en marquant une **limite** : l'**Urssaf** est **liée** par l'**appréciation** faite par les services de **Pôle emploi**, s'ils ont été saisis (*application combinée de C. trav., art. L. 5312-1 et R. 5422-5*).

Cette solution est une déclinaison de principes qui s'appliquent en cas de conflits en matière d'assujettissement au régime général, pour un salarié. Lors d'un contrôle, l'Urssaf peut être amenée à se prononcer sur la situation de personnes considérées comme « indépendantes » (*v. aussi ci-avant*). L'Urssaf est compétente, dans les limites des décisions prises par la caisse primaire d'assurance maladie (*Cass. soc., 7 novembre 1991, n° 89-15.515 P*).

La **position**, prise par la **Cour de cassation** dans l'arrêt du 12 juillet 2018, est **confortée** par des dispositions

récentes sur le **rescrit social** : une possibilité de rescrit est désormais ouverte, pour interroger **Pôle emploi**, sur la situation des **mandataires** sociaux vis-à-vis de l'assurance chômage (*C. trav., art. L. 5312-12-2; Loi n° 2018-727, 10 août 2018, JO 11 août*). Le cadre juridique fixé est le suivant :

- la décision prise ne s'applique qu'à la personne objet de la demande et elle est **opposable** pour l'avenir à son **employeur**, à **Pôle emploi** et aux **Urssaf**, tant que la situation de fait exposée dans la demande ou la législation au regard de laquelle la situation a été appréciée n'a pas été modifiée ;

- pour toute la période couverte par une décision explicite de Pôle emploi concluant au non-assujettissement à l'obligation d'assurance, il ne peut être procédé à la mise en œuvre d'une action, d'une poursuite ou d'un recouvrement ;

- lorsque Pôle emploi entend modifier pour l'avenir sa réponse, il en informe le demandeur selon des conditions et des modalités fixées par décret.

Action en répétition de l'indu : conséquences du transfert du recouvrement des contributions d'assurance chômage à l'Urssaf

L'action en répétition des contributions à l'assurance chômage et des cotisations AGS exigibles avant le 1^{er} janvier 2011 et recouvrées par Pôle emploi ne peut être engagée que contre cet organisme.

Cass. 2^e civ., 20 décembre 2018, n° 17-26.958 F-PB

Le recouvrement des cotisations chômage et AGS est assuré par les Urssaf depuis le 1^{er} janvier 2011 étant précisé, ainsi que le rappelle l'arrêt, que les cotisations **exigibles** et **contrôlées** par les unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales **avant** le 1^{er} janvier 2011 ont continué à être recouvrées, à compter de cette date, par Pôle emploi (*L. n° 2008-126, 13 février 2008, art. 5 III, al. 4, JO 14 février; D. n° 2009-1708, 30 décembre 2009, JO 31 décembre*). La Cour de cassation en tire les conséquences en matière de répétition de l'indu : pour les contributions exigibles avant le 1^{er} janvier 2011 et recouvrées par Pôle emploi, l'action en répétition de l'indu ne peut être dirigée contre l'Urssaf. Seul Pôle emploi est considéré comme redevable de cet indu. En effet, « l'action en répétition de l'indu ne peut être engagée que contre celui qui a reçu le paiement ou pour le compte duquel le paiement a été reçu » (*C. civ., art. 1302-1*).