



COTISATIONS

Proportionnalité et critère de calcul du nombre de salariés

Dans le contexte de litiges sur les questions de mode de calcul des cotisations des SSTI, quelques Services ont envisagé une procédure particulière appelée question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Le Conseil constitutionnel y a répondu le 23 septembre dernier.

Différents litiges sont actuellement en cours entre des Services et certains de leurs adhérents, en matière de cotisations.

Pour mémoire, on rappellera que, dans les suites d'un contentieux portant sur une somme modeste, la Cour de Cassation avait eu à statuer en premier et dernier ressort. Elle avait, dans ce cadre, décidé que la masse salariale ne pouvait pas être le critère de calcul des cotisations ; critère opposé à celui du *per capita* dans cette affaire, ajoutant que seul le risque d'exposition pouvait permettre une pondération.

Mais, aux termes de la motivation de son arrêt (en date du 19 septembre 2018), la Haute Juridiction avait appliqué un calcul assis sur l'ETP au cas d'espèce, alors que ce critère n'était pourtant pas dans la discussion juridique. Dès lors, des entreprises, ayant recours à des contrats courts majoritairement, ont cherché à obtenir un calcul plus favorable de leur cotisation, en alléguant que la Cour imposait le critère de l'ETP (équivalent temps plein).

Saisis par ces entreprises, des Tribunaux ont depuis rendu leur décision. Ces dernières peuvent se résumer en deux catégories :

► des juges de premières instances ont rendu des décisions défavorables aux SSTI, lorsque ces derniers pratiquaient

la masse salariale (sans pour autant faire droit aux demandes des entreprises, incapables de chiffrer leurs prétentions recalculées à l'ETP),

► et des juges ont rendu des décisions favorables aux SSTI recourant au critère du *per capita*, en rejetant expressément la mise en œuvre d'un critère à l'ETP.

C'est dans ce contexte que quelques Services, ainsi attaqués, ont envisagé une procédure particulière appelée Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC).

Celle-ci permet à tout justiciable, dans le cadre d'un procès en cours, de le suspendre, en actionnant le Conseil Constitutionnel, dès lors que la disposition

juridique en débat pourrait être contraire à une norme supérieure. Une telle voie n'est possible qu'à plusieurs conditions, la plus importante étant que la disposition litigieuse, comme un article de loi, n'ait pas déjà fait l'objet d'un examen par le Conseil Constitutionnel. En

pratique, une QPC est possible lorsqu'une disposition légale est remise en question par l'une des deux parties d'un procès, alors que la loi dont elle est issue n'a pas fait l'objet d'un examen par ledit Conseil, avant sa promulgation.

En l'espèce, c'est l'interprétation de l'article L. 4622-6 du Code du travail qui était débattue, puisque, si cet article impose une répartition proportionnelle

“ **L'article L. 4622-6 actuel du Code du travail, posant le principe de proportionnalité par rapport au nombre de salariés, ne méconnaît pas de principe supérieur et n'a pas à faire l'objet d'une censure ou d'une abrogation en conséquence.** ”

des dépenses, le calcul afférent par nombre de salariés fait discussion. Une QPC initiée dans le cadre d'une affaire en cours a prospéré (on soulignera ici que la QPC, dont s'agit, ne porte que sur les dispositions en vigueur, c'est-à-dire celles du Code du travail aujourd'hui, et non celles qui entreront en vigueur en suite de la loi du 2 août dernier).

Le 23 septembre dernier, le Conseil Constitutionnel a rendu sa décision (voir ci-dessous) et considère que :

« les mots « proportionnellement au nombre de salariés » figurant au deuxième alinéa de l'article L.4622-6 du code du travail, sans sa rédaction résultant de la loi n°2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, sont conformes à la Constitution ».

En d'autres termes, l'article L. 4622-6 actuel du Code du travail, posant le principe de proportionnalité par rapport au nombre de salariés, ne méconnaît pas de principe supérieur et n'a pas à faire l'objet d'une censure ou d'une abrogation en conséquence. Cette conclusion est claire.

Ceci posé, dans la motivation de sa décision, le Conseil Constitutionnel explique pourquoi il conclut en ce sens et évoque notamment, pour ce faire, en son point 7, qu'il serait de *« jurisprudence constante de la Cour de Cassation que ce nombre doit s'apprécier en équivalent temps plein ».*

Cette assertion, en revanche, risque d'alimenter à nouveau les discussions, non sur le principe de proportionnalité, mais sur le critère des modalités de calcul du nombre de salariés, au lieu de le clarifier. L'article actuel du Code du travail ne dit en effet pas que ce nombre est équivalent à l'ETP, la Cour de Cassation a, elle, – dans un unique arrêt et non selon une jurisprudence constante – rejeté le critère de la

masse salariale, mais évoqué, *ultra petita*, celui de l'ETP, et les tribunaux saisis rejettent, eux, le critère de l'ETP au profit du *per capita*...

Nous verrons donc quelles solutions seront retenues par les juges ayant encore à se prononcer sur le critère qui doit définir le nombre de salariés et il est permis de penser que les deux catégories de situations citées à titre liminaire pourraient être maintenues, si les magistrats s'en tiennent à la confirmation seule du principe de répartition proportionnelle au nombre de salariés.

A ce titre, ou soulignera que Présanse reste naturellement à la disposition des Services assignés, ou mis en cause par des adhérents, ainsi qu'à celle de leur Conseil habituel, afin de les aider au mieux dans la mobilisation des arguments en soutien de leurs intérêts.

On pourra, enfin et en tout état de cause, relever que la loi du 2 août écoulé, sur ce sujet, ne revient évidemment pas sur le principe de la répartition proportionnelle au nombre de salariés, mais en pose expressément le critère du calcul, indiquant qu'il doit être fait par unité (c'est-à-dire par personne physique, soit par tête).

La loi nouvelle devrait donc, tout à la fois, tarir la discussion relative au principe de proportionnalité, conforté, et substituer aux incertitudes de la jurisprudence, un critère légal non équivoque pour le calcul du nombre de salariés. ■