



Demandes d'avis n° Q1370008 et R1370009

Séance du lundi 3 mars 2014

Juridiction : tribunal de commerce de Paris (15e chambre)

Rapporteur : Sylvie Tréard, conseiller référendaire à la chambre commerciale

**

*

INTRODUCTION

Le tribunal de commerce de Paris a saisi la Cour de cassation de deux demandes d'avis (procédures n°Q1370008 et R1370009) sur la question de droit (identique) posée par la situation des employeurs de salariés intérimaires, au regard du dispositif d'allègement de charges sur les bas salaires prévu par les dispositions de la loi n°2003-47 du 17 janvier 2003, dite loi Fillon, et sans, que cette liste soit limitative, de :

- l'article 12 de la loi de Financement de la Sécurité sociale pour 2011,
- l'article 16 de la loi de Financement de la Sécurité sociale pour 2012,
- les articles L.241-13 et L.241-15 du code de la sécurité sociale,
- les articles D.241-7 et suivants du code de la sécurité sociale..
- le décret n° 2010- 1779 du 31 décembre 2010 (JO 1^{er} janvier 2011),
- le décret n°2011-2086 du 30 décembre 2011,
- la circulaire DSS/SD5B/SG/SAFSUSDTPS no 2011-34 du 27 janvier 2011.

Estimant que le statut d'employé intérimaire emporte l'appartenance à deux employeurs (le premier, l'entreprise utilisatrice (l'EU) au sein de laquelle est effectuée la mission et le second, l'entreprise de travail temporaire (l'ETT) employeur de droit qui assure la gestion comptable, administrative et sociale du contrat de travail signé avec les employés), le tribunal a soumis à la Cour la question suivante :

Le bénéfice des allègements de charges sociales peut-il revenir indifféremment à l'EU ou à l'ETT dans le cadre de la libre négociation contractuelle, position soutenue par les ETT ou doit-il nécessairement profiter à l'EU, position défendue par ces dernières?

Plan du rapport :

I - LES ÉLÉMENTS DE PROCÉDURE

1. LE CONTEXTE DE LA DEMANDE D'AVIS

2. LA RECEVABILITÉ DE LA DEMANDE D'AVIS

2-1. Au regard des règles de forme

2-2 Au regard des règles de fond

2-2.1 Une question de droit

2-2.2 Une question nouvelle

2-2.3 Une question se posant dans de nombreux litiges

2-2.4 Une question posant une difficulté sérieuse

II- LES ÉLÉMENTS DE RÉPONSE

1. LA POLITIQUE D'ALLÈGEMENT DES CHARGES PATRONALES, RÉSULTANT NOTAMMENT DE LA LOI FILLON, ET SON APPLICATION AU SECTEUR DU TRAVAIL TEMPORAIRE

1-1 Synthèse des textes cités dans la demande d'avis ou utiles à la compréhension du débat

1-2 Analyse du dispositif

1-2.1 L'objectif du législateur

1-2.2 Les préconisations des circulaires relatives à sa mise en oeuvre

1-2.3 L'analyse des différentes administrations

1-2.4 L'éclairage de la doctrine et les éléments issus du dialogue social

2. L'INCIDENCE DU DISPOSITIF D'ALLÈGEMENT DE CHARGES DANS LE PROCESSUS CONTRACTUEL DE FORMATION DES PRIX

2-1 Le bénéfice de l'allègement de charges patronales est-il , au même titre que la charge de la contribution de l'employeur, d'ordre public et hors du champ de la négociation contractuelle?

2-1.1 La spécificité du droit de la sécurité sociale

2-1.2 La prise en compte des charges sociales dans le cadre de la facturation d'une mise à disposition de travailleurs intérimaires

2-1.3 Le caractère global de la négociation contractuelle portant sur la facturation d'une mise à disposition de travailleurs intérimaires

2-2- Le sort des allègements de charges obtenus par les ETT et non répercutés sur les tarifs appliqués aux EU

2-2.1 Au regard du principe d'intangibilité des conventions

2-2.2 Au regard de l'exécution de bonne foi des conventions

2-2.3 Au regard des règles régissant les négociations commerciales

III- ANNEXES

Les textes de référence

**

*

I - LES ÉLÉMENTS DE PROCÉDURE

1. LE CONTEXTE DE LA DEMANDE D'AVIS

Le groupe LISI, spécialisé dans la fabrication de fixations et de composants d'assemblage pour les industries aérospatiale et automobile, ainsi que dans la fabrication d'implants médicaux, fait régulièrement appel à des travailleurs intérimaires pour remplir différentes missions

C'est à ce titre que ce groupe a conclu un contrat cadre avec deux des leaders du secteur, la société Randstad en 2001, et la société Manpower France en 2002, accords périodiquement renouvelés et complétés par avenants.

A la suite d'une décision¹ du Conseil de la concurrence rendue le 2 février 2009, devenue définitive², ayant relevé que les ETT avaient opéré une "confiscation" des

¹ **Décision 09-D-05**, par laquelle le Conseil a condamné plusieurs sociétés d'intérim (les sociétés Manpower France, Adeco France, Adia et Vediorbis), leur reprochant d'avoir enfreint l'article L.420-1 du code commerce, à raison des pratiques de concertations opérées entre elles, destinées à coordonner différents éléments de leur politique commerciale et tarifaire à l'égard de leurs clients "grands comptes" afin d'atténuer significativement la concurrence entre elles.

² arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2010 confirmatif, devenu définitif après rejet, en date du 29 mars 2011, du pourvoi en cassation dont il avait été frappé (n°10-12913)

allègements Fillon au détriment de leurs clients (les EU), en s'abstenant de répercuter (intégralement) les allègements de charges obtenus sur leurs tarifs, le groupe LISI a, en 2012, adressé aux sociétés Manpower et Randstad, une demande portant sur la rétrocession intégrale des allègements Fillon et la réparation du préjudice dont il s'estimait victime du fait de l'entente anticoncurrentielle qui a été sanctionnée.

Les sociétés d'intérim n'ayant donné aucune suite à ces demandes, différentes sociétés du groupe LISI ont saisi le tribunal de commerce de Paris, par deux assignations distinctes, en vue d'obtenir, notamment, la condamnation de chacune des sociétés Manpower et Randstad à payer au titre des allègements Fillon, pour la première, une somme de 2,243 millions d'euros, et pour la seconde une somme de 1,092 millions d'euros, selon une certaine répartition entre entités demanderesse (au nombre de onze dans chacune des affaires).

Au soutien de ces demandes, les EU ont invoqué le manquement des ETT à leur obligation d'exécution de bonne foi des contrats et la violation de l'ordre public économique résultant du détournement d'un dispositif légal destiné à réduire le coût du travail par allègement des charges sociales appliquées aux bas salaires.

2. LA RECEVABILITÉ DE LA DEMANDE D'AVIS :

2-1. AU REGARD DES RÈGLES DE FORME

Selon l'article 1031-1 du code de procédure civile :

«Lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public, à peine d'irrecevabilité. Il recueille leurs observations écrites éventuelles dans le délai qu'il fixe, à moins qu'ils n'aient déjà conclu sur ce point. Dès réception des observations ou à l'expiration du délai, le juge peut, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation en formulant la question de droit qu'il lui soumet [...]».

Dans chacune des affaires, et par deux jugements rendus le 20 septembre 2013, le tribunal de commerce a fait savoir aux parties, qu'il envisageait de faire application des dispositions de l'article L 1441-1 du code de l'organisation judiciaire et d'en informer le ministère public. La date limite pour recevoir leurs observations écrites a été fixée au 25 octobre 2013. Les observations ont été recueillies à la date convenue. Les parties et le ministère public ont été d'avis que le tribunal de commerce puisse solliciter l'avis de la Cour de cassation.

Selon l'article 1031-2 du code de procédure civile :

«La décision sollicitant l'avis est adressée, avec les conclusions et les observations écrites éventuelles, par le secrétariat de la juridiction au greffe de la Cour de cassation. Elle est notifiée, ainsi que la date de transmission du dossier, aux parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le ministère public auprès de la juridiction est avisé ainsi que le premier président de la cour d'appel et le procureur général lorsque la demande d'avis n'émane pas de la cour».

L'ensemble des éléments requis a été produit dans les deux procédures. Ainsi les deux jugements du 22 novembre 2013 portant décision de saisine pour avis ont été communiqués le 5 décembre 2013 à M. le procureur général, M. le premier président de la cour d'appel, Mme le vice-procureur de la République ainsi qu'aux avocats des parties, et ont été notifiés aux parties le 10 décembre 2013.

2-2 AU REGARD DES RÈGLES DE FOND

Aux termes de l'article L.441-1 du code de l'organisation judiciaire, la demande d'avis doit porter sur une question de droit, nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges.

2-2.1 Une question de droit :

En l'occurrence, la question posée à la Cour ne porte pas sur l'examen des éléments de fait de l'espèce et présente un lien avec la solution du litige, commandant de définir:

- le bénéficiaire des allègements de cotisations sociales dans le cadre du travail temporaire,

- et si les stipulations d'un contrat cadre de mise à disposition de salariés par une ETT peuvent/doivent réserver le bénéfice des allègements de cotisations sociales prévus par la loi à l'ETT ou doivent nécessairement prévoir un mécanisme de rétrocession ou de réajustement, au bénéfice de l'EU, soit à concurrence de l'allègement obtenu soit dans une certaine proportion à négocier entre les parties.

Cette analyse doit permettre au tribunal de commerce de déterminer si les demandeurs sont fondés à obtenir la condamnation des sociétés d'intérim à leur rembourser les sommes correspondant aux allègements Fillon, en lien avec les rémunérations versées aux salariés mis à leur disposition, et qui n'ont pas été répercutés sur les tarifs.

2-2.2 Une question nouvelle :

La Cour de cassation, en l'état des recherches entreprises, n'a jamais statué sur cette question et, à ce jour, n'est saisie d'aucun pourvoi qui y soit relatif.

En effet, la chambre commerciale de la Cour, à l'occasion du pourvoi formé contre l'arrêt rendu sur appel de la décision du Conseil de la concurrence n°09-D-05 précitée, ne s'est pas prononcée sur le bien fondé des motifs relatifs à la rétrocession des allègements Fillon³.

³ L'arrêt rendu le 29 mars 2011 statue sur certains aspects de la procédure (condition d'accès au dossier, égalité des armes) et sur les conditions d'application de l'article L464-2 (concernant les critères d'individualisation de la sanction prononcée et la notion de réitération des pratiques).

On peut également signaler que les sociétés d'intérim Adia, Adecco, le groupe Vedior France et Vediorbis n'avaient pas contesté les griefs et obtenu à ce titre le bénéfice des dispositions de l'article L 464-2 III du code de commerce (emportant, sous certaines conditions, réduction de la sanction prononcée)

Seul le tribunal de commerce de Paris, par un jugement du 16 juillet 2012 (RG 2012-01.3030), actuellement frappé d'appel⁴ (RG n°12-14922), a statué sur cette question dans une instance opposant des sociétés appartenant au groupe Saint Gobain à la société Randstad. Cette juridiction a retenu que :

“(...) si ce sont bien le ETT qui emploient et calculent les salaires des personnels en mission chez les EU, les ETT interviennent comme intermédiaires entre le personnel intérimaire et la société utilisatrice qui l'emploie et qu'ainsi le législateur en votant de allègements de charges pour une catégorie de personnels dont il augmentait par ailleurs le salaire minimum s'est adressé aux entreprises qui en supportent la charge finale, peu important que les personnels en cause soient employés directement ou par l'intermédiaire d'ETT.

Attendu que si les allègements de charges sont conservés par le ETT alors que dans le même temps les EU supportent intégralement la revalorisation des minima salariaux associée à l'uniformisation du SMIC qui leur sont facturés par les ETT, les dispositions de la loi Fillon sont alors par définition détournées, l'objectif de revaloriser les salaires sans coût additionnel pour l'employeur final n'étant pas atteint

Il en a déduit que la société Randstad, en se réservant, même partiellement, le bénéfice des allègements Fillon, avait contrevenu à l'ordre public économique et a estimé que les clauses contractuelles contraires étaient réputées non écrites. Il a en conséquence condamné la société d'intérim à verser au groupe Gobain une somme correspondant au montant des allègements de charges non reversés.

2-2.3 Une question se posant dans de nombreux litiges

L'appréciation de cette condition est plus délicate en l'absence de statistiques permettant de définir le nombre d'affaires traitées ou pendantes devant les juges du fond. Comme il vient d'être dit, une seule décision a été trouvée sur le sujet qui nous occupe, rendue en première instance, opposant 102 entreprises utilisatrices à la société Randstad (jugement du 16 juillet 2012 précité)

La société Manpower indique être, à ce jour, destinataire de cinquante assignations, la société Randstad produit une trentaine d'assignations et le tribunal de commerce de Paris fait état *“de nombreuses affaires pendantes”*.

On peut signaler l'enjeu financier en relevant que le jugement précité, rendu le 16 juillet 2012, a prononcé une condamnation de l'ETT au paiement d'une somme de 9,7 millions d'euros correspondant au montant des allègements de charges non reversés aux EU. La société Manpower précise dans ses observations que les sommes qui lui sont réclamées dans le cadre des procédures en cours sont supérieures au résultat net cumulé réalisé au cours des quatre dernières années et pourraient conduire à la création d'un passif exigible de plusieurs centaines de millions d'euros, ce qui conduirait, selon elle, à une cessation des paiements immédiate. La société Randstad

⁴plaidoiries prévues le 27 février 2014 selon le calendrier de procédure de la cour d'appel de Paris, pôle 5, chambre 5

considère qu'une rétrocession intégrale, sans modification des autres conditions tarifaires appliquées, conduirait à une perte cumulée de 811 millions d'euros, et évoque une somme de l'ordre de 71,7M€⁵, en totalisant le montant des demandes formulées par les entreprises utilisatrices. Cet ordre de grandeur est confirmé par le tribunal de commerce de Paris qui signale que l'enjeu "*porte sur plus d'une centaine de millions d'euros*".

On peut enfin indiquer, pour appréhender le litige dans toute sa dimension sociale et économique⁶, que le secteur de l'intérim correspond à environ 1 500 entreprises, avec 6 900 agences d'emploi et qu'il a réalisé un chiffre d'affaires de 18,1 milliards d'euros pour l'année 2012. Concernant la même année de référence, la profession a généré 4,8 milliards d'euros de charges sociales de la part des entreprises et 3 milliards d'euros de charges sociales de la part des salariés.

PRISM'EMPLOI, anciennement dénommé le PRISME, principal syndicat professionnel des entreprises de travail temporaire, par son intervention volontaire, entend rappeler qu'au travers de la demande formulée par les entreprises du groupe Lisi, se joue la survie du secteur du travail temporaire.

2-2.4 Une question posant une difficulté sérieuse

Il s'agit ici de savoir si la question posée peut raisonnablement donner lieu à des solutions divergentes de la part des juridictions du fond.

En l'espèce, les différents textes visés par la question :

- placent la notion "d'employeur" au centre du dispositif (en ce qu'il verse la contribution de charges et procède lui même à la réduction obtenue par application d'un certain coefficient défini par décret)
- admettent l'application du dispositif aux rémunérations versées aux salariés mis à disposition dans les conditions de l'(ancien) article L124-3 du code du travail. Il s'agit ici du recours au contrat de mise à disposition d'un salarié par un entrepreneur de travail temporaire.

L'article L. 1251-1 du code du travail désigne pour sa part l'ETT comme seul employeur du salarié mis à disposition, sur le plan juridique, ce que rappelle de manière constante la Cour de cassation⁷.

Il s'agira donc de déterminer si une difficulté sérieuse peut être admise au regard :

- de la spécificité du secteur de l'intérim, semblant induire, selon les EU :

⁵ Tableau inséré dans l'analyse établie par RBB economics, le 30.01.2014

⁶ Source <http://www.prismemploi.eu> site des professionnels du recrutement et de l'intérim

⁷Soc.22 mai 1991, pourvoi no 88-40.497, Bull. n°254, Soc., 31 octobre 2012, pourvoi n° 11-21.293, Bull. n° 286.,Crim., 2 octobre 2012, pourvoi n° 11-85.032, Bull n° 206

1°) un dédoublement de la notion d'employeur, sur un plan strictement pratique (les E.T.T déléguant aux EU leur pouvoir de direction et de contrôle pendant la durée de la mission, les EU étant responsables des conditions d'exécution du travail)

2°) un transfert de la charge effective du coût de la masse salariale mise à disposition, au travers de la facturation qu'elles acquittent

- des objectifs poursuivis par la loi Fillon , visant à favoriser la création d'emplois et à compenser le coût, pour les entreprises, de l'unification progressive des minima salariaux, au moyen des allègements de cotisations

- et des motifs de la décision n°09-D-05 précitée, et de l'arrêt d'appel, qui l'a confirmé ayant estimé qu'à l'occasion des pratiques anticoncurrentielles reprochées⁸ les ETT avaient confisqué le bénéfice des allègements Fillon au détriment des EU et perturbé les effets incitatifs d'une politique de l'emploi

La cour d'appel a notamment estimé que :

- les EU supportent *in fine* la charge du coût du travail effectué par l'intérimaire

- les ETT sont des intermédiaires entre offre et demande de travail (*arrêt pages 2 et 3*)

- la rétrocession d'allègements ne relève pas de la liberté contractuelle des ETT, les négociations entre EU et ETT se limitant à la rémunération du service fourni par ces dernières, excluant la composante non négociable du paiement des ETT (salaires et charges afférentes) (*arrêt page 14*)

On observe que cette analyse a été suivie par le tribunal de commerce (jugement du 16 juillet 2012 précité) mais pourrait différer de celle de la cour administrative de Lyon, dans un arrêt du 1^{er} mars 2012 (n° 10LY01728), qui s'est prononcée, dans un cadre différent, sur le bénéfice du dispositif d'allègements sur les cotisations sociales antérieur à la loi Fillon (résultant de la loi Aubry II), en ces termes :

“ Considérant que si la société Sovitrat⁹, en application de la loi du 19 janvier 2000, a bénéficié d'allègements sur les cotisations sociales pour les salariés mis à disposition d'entreprises utilisatrices et ayant conclu des accords sur la réduction du temps de travail à 35 heures (...) il ne résulte pas de l'instruction que la société Sovitrat ait rétrocédé les réductions obtenues, inscrites en passif du bilan dans ses écritures comptables, aux entreprises utilisatrices concernées, ni même qu'elle ait informé ces entreprises d'une quelconque intention de leur reverser les réductions obtenues ; que la requérante n'invoque ni disposition légale ou réglementaire, ni stipulation contractuelle à l'appui de l'obligation de

⁸ Échanges d'informations sur le niveau des prix de vente, les remises de fin d'année ou les rétrocessions d'allègements de charges, en vue d'éviter toute compétition sur les prix

⁹ Il s'agit d'une ETT qui exerce son activité de travail temporaire dans le domaine du bâtiment et des travaux publics

reversement dont elle fait état ; que c'est donc à bon droit qu'en l'absence de toute rétrocession ou reversement, l'administration a considéré que les sommes correspondant à ces allègements avaient été inscrites à tort au passif du bilan de la société (...)"

Les parties invoquent en conséquence un risque de contradiction de jurisprudence sur cette question inédite.

II- LES ÉLÉMENTS DE RÉPONSE

Déterminer si le bénéfice du dispositif d'allègement de charges sociales peut revenir indifféremment à l'EU ou à l'ETT dans le cadre de la libre négociation contractuelle, ou s'il doit nécessairement profiter à l'EU, suppose en premier lieu de définir la portée de la politique sociale mise en oeuvre par la loi Fillon et son application au secteur du travail temporaire (1) puis d'envisager, en second lieu, l'incidence du dispositif d'allègement de charges dans le processus contractuel de formation des prix (2), dans la mesure où la relation nouée entre EU et ETT est de nature commerciale.

1. LA POLITIQUE D'ALLÈGEMENT DES CHARGES PATRONALES, RÉSULTANT NOTAMMENT DE LA LOI FILLON, ET SON APPLICATION DANS LE SECTEUR DU TRAVAIL TEMPORAIRE

1-1 Synthèse des textes cités¹⁰ dans la demande d'avis ou utiles à la compréhension du débat

Depuis le 1^{er} juillet 2003, "l'employeur" peut bénéficier d'une réduction des cotisations employeur de sécurité sociale, mise en place par la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 (la loi Fillon) et ultérieurement aménagée par plusieurs réformes successives¹¹, la dernière résultant de la loi n°2012-958 du 16 août 2012.

L'article L.241-13 du code de la sécurité sociale prévoit, en substance, que :

- les employeurs du secteur privé entrant dans le champ d'application du régime d'assurance chômage peuvent prétendre à la réduction de cotisations, tandis que certaines catégories en sont exclues.

Il s'agit de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics administratifs, scientifiques ou culturels, des chambres de commerce et de l'industrie, de métiers, d'agriculture et d'artisanat, des particuliers

¹⁰ Les textes sont reproduits en annexe. Pour une présentation plus détaillée, voir Les Liaisons sociales, seconde partie, le calcul, les exonérations et le versement, état des lieux après l'adoption de la LFSS 2013, janvier 2013,

¹¹Loi n°2008-1258 du 3 décembre 2008, Loi n°2009-1674 du 30 décembre 2009, Loi n°2010-1594 du 20 décembre 2010, Loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010, Loi n°2011-1906 du 21 décembre 2011, Loi n°2011-1977 du 28 décembre 2011, Loi n°2012-354 du 14 mars 2012, article une dernière fois modifié par Loi n°2012-958 du 16 août 2012 - art. 1 (V)

employeurs ou d'employeurs relevant de régimes spéciaux autres que les marins, les mines et les clercs et employés de notaires pour leur personnel relevant du régime spécial

- certaines cotisations à la charge de l'employeur font l'objet d'une réduction dégressive *(Il s'agit des cotisations au titre des assurances sociales, des accidents du travail et des maladies professionnelles et des allocations familiales),*
- ces cotisations doivent être assises sur des gains et rémunérations n'excédant pas un certain plafond,
(La réduction s'applique désormais aux rémunérations inférieurs à 1,6 SMIC)
- le calcul de la réduction, depuis le 1^{er} janvier 2011, s'effectue sur la base de la rémunération annuelle brute, et non plus mensuelle comme le prévoyait le dispositif initial, et intègre, depuis le 1^{er} janvier 2012, la rémunération des heures supplémentaires et complémentaires.
- le montant de la réduction est égal, pour chaque salarié, au produit de cette rémunération annuelle par un coefficient établi en fonction des effectifs de l'employeur *(La valeur maximale du coefficient étant égale à 0,281 notamment pour les gains et rémunérations versés par les employeurs de moins de vingt salariés et fixée à 0,26 pour les autres employeurs).*
- ce montant est majoré d'un taux, fixé par décret, notamment pour les salariés intérimaires (point IV de l'article)

(le texte renvoie à L. 1251-19 du code du travail¹², et correspond à une majoration de 10%)

- la réduction est en revanche diminuée de 10% lorsque l'employeur n'a pas rempli au cours d'une année civile l'obligation de négociation annuelle qui lui est imposée par l'article L. 2242-8 du code du travail, cette diminution étant portée à 100 % lorsque l'employeur ne remplit pas cette obligation pour la troisième année consécutive.

(Il s'agit d'une obligation de négociation portant sur les salaires effectifs, la durée effective et l'organisation du temps de travail, la formation...)

- Le bénéfice du dispositif ne peut être cumulé, à l'exception de certaines déductions forfaitaires prévues à l'alinéa VI, avec celui d'une autre exonération totale ou partielle de cotisations patronales.
- Le montant de la réduction est imputé sur les cotisations de sécurité sociale qui y ouvrent droit.

¹²L'article L1251-19 du code du travail concerne l'indemnité compensatrice de congé payé versée au salarié temporaire pour chaque mission qu'il effectue, quelle qu'en ait été la durée.

Les modalités de calcul de la réduction sont déterminées par décret et sont notamment fixées par les articles D.241.7 et suivants du code de la sécurité sociale.

- **l'article D.241-7**, qui a connu 12 réformes¹³, définit les règles de calcul de la réduction.

En son **point II (dans sa version actuelle)**, il précise que pour les salariés en contrat de travail temporaire mis à disposition au cours d'une année auprès de plusieurs entreprises utilisatrices, le coefficient est déterminé pour chaque mission.

On peut signaler que dans une version antérieure¹⁴ ce texte prévoyait au point II, pour cette situation, que *“le montant mensuel de la réduction est la somme des réductions appliquées à la rémunération brute versée au salarié au titre de chaque mission effectuée au cours de ce mois”* (Le coefficient étant également déterminé pour chaque mission).

On observe que ce texte se réfère également aux effectifs de l'employeur pour définir le coefficient applicable et que **l'article L1251-54 du code du travail** précise que les effectifs d'une entreprise de travail temporaire tiennent compte *“des salariés permanents de cette entreprise, (...) et des salariés temporaires qui ont été liés à cette entreprise par des contrats de mission pendant une durée totale d'au moins trois mois au cours de la dernière année civile”*

1-2 l'analyse du dispositif

On constate que le régime juridique des cotisations sociales est en constante évolution et a déjà connu de nombreuses réformes¹⁵, s'expliquant tant par la nécessité de trouver des sources de financement plus importantes que par les priorités données par l'Etat à certains éléments de la politique sociale et économique (incitation à la réduction du temps de travail, compensation de l'augmentation des minima-sociaux mise à la charge des employeurs, réduction du coût du travail des entreprises à forte main d'oeuvre, relance de l'emploi ...).

Des études ont été consacrées à l'impact des réductions de cotisations sociales sur l'emploi, sans que leurs conclusions n'aient toutefois recueilli l'adhésion de l'ensemble de la doctrine autorisée, tant sur les méthodes employées que sur les résultats.

Pour définir la place de la liberté contractuelle dans le dispositif d'allègement de référence, comme l'y invite la question formulée par le tribunal de commerce, il

¹³Entre 1996 et 2012

¹⁴ en vigueur du 8 mai 2010 au 1^{er} janvier 2011, telle que modifiée par Ordonnance n°2010-462 du 6 mai 2010

¹⁵ Pour illustrations : le dispositif d'allègement de charges dit “allègements Balladur” de 1993 concernant les salaires inférieurs à 1,2 SMIC, le dispositif dit “ristournes Juppé” introduit par une loi du 4 août 1995 et réformé en 1996, les aides incitatives “Aubry I”, puis la loi du 19 janvier 2000 conduisant à la mise en oeuvre des “allègements Aubry II” liés à la durée du temps de travail.

apparaît nécessaire de rappeler le rôle économique et social qui lui a été dévolu, le fonctionnement intrinsèque du mécanisme d'allégement et les engagements attendus en contrepartie des allégements de charges escomptés.

1-2.1 L'objectif du législateur

Le contexte économique

Comme l'ont rappelé notamment Pierre Cahuc et André Zylberberg¹⁶, les mesures d'allégement des cotisations ont pour ambition d'abaisser le coût du travail, lequel s'obtient en additionnant le salaire *net* (correspondant aux sommes réglées sur le compte du salarié) et les cotisations sociales (elles-mêmes subdivisées en une part "patronale" et une part "salariale").

Une présentation synthétique de leur étude conduit à retenir que pour offrir des biens ou services à ses clients, une entreprise utilise en règle générale de nombreux "facteurs" de production, les plus importants étant ses employés et ses équipements. Le choix opéré par l'entreprise d'accorder une part plus importante à tel ou tel facteur dépend à la fois des possibilités techniques et des coûts associés à l'utilisation de chacun des facteurs. Par suite, il peut s'opérer un "effet de substitution" lorsque l'entreprise choisit de remplacer un facteur de production coûteux par un autre facteur moins coûteux¹⁷ ou un "effet de volume" lorsqu'un facteur de production reste stable et s'associe à une baisse du coût d'un autre facteur de production, conduisant à accroître l'ensemble de ses moyens de production.¹⁸

L'étude révèle cependant :

- qu'un effet de substitution négatif peut intervenir lorsque la baisse des charges sociales sur l'emploi peu qualifié conduit à une baisse de l'emploi qualifié¹⁹,
- que la diminution de la demande de travail due à une hausse du coût de la main d'oeuvre dépend de l'élasticité de l'emploi par rapport à son coût l'emploi non qualifié

¹⁶ L'impact des réductions de cotisations sociales, Les cahiers français, n°327, 2005

¹⁷ L'étude donne en exemple le cas de la SNCF qui pourrait choisir, pour vendre une quantité donnée de billets, de recourir à plus de guichetiers si leur coût baisse par rapport à celui des distributeurs automatiques et des techniciens nécessaires à leur maintenance.

¹⁸ Sur la base du même exemple, si le coût du travail des techniciens assurant la maintenance reste constant et que celui des guichetiers baisse, le prix du billet va pouvoir baisser, augmentant le trafic ferroviaire, poussant la SNCF à embaucher des guichetiers, installer de nouveaux distributeurs et donc embaucher également des techniciens pour leur maintenance.

¹⁹ Dans le même exemple, un recours plus important au travail des guichetiers, résultant de l'abaissement du coût des charges sociales appliquées sur leur rémunération, peut opérer une baisse du recours au travail qualifié des techniciens.

étant plus sensible au coût du travail que l'emploi qualifié, le premier étant plus facilement substituable²⁰.

C'est au regard de l'efficacité limitée des programmes de formation pour les adultes que cette étude suggère, à l'instar de James Heckman, d'aider l'intégration dans l'emploi du personnel peu qualifié en subventionnant ce dernier sous forme d'abaissements de charges sociales.

Comme l'ont également observé les économistes, comme les parlementaires, la réduction de charges peut toutefois entraîner des "effets distorsifs" lorsque elle est trop concentrée autour du SMIC, en limitant toute augmentation salariale et évolution de carrière au sein de la population dont la rémunération est proche du salaire minimum, ce qui a pu être dénoncé comme une "trappe à bas salaires".

Les effets du dispositif sur l'emploi restent ainsi, en l'état des études mentionnées par ces auteurs, difficiles à évaluer.

La situation du travail temporaire

On peut rappeler que le recours au travail temporaire est strictement encadré par les articles L. 1251-5 et suivants du code du travail et que l'intérim ne doit pas pouvoir durablement à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice²¹.

Il s'agit principalement de remplacer un salarié de l'EU qui n'est pas en mesure d'occuper son poste sur une certaine période (absence, suspension du contrat de travail, prise de fonction différée...), de faire face à l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, ou encore de satisfaire des emplois à caractère saisonnier ou pour lesquels, dans certains secteurs définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois²².

²⁰ C'est donc pourquoi les allègements les plus importants se trouvent concentrés au niveau du SMIC, le but étant que les employeurs ne se reportent pas sur d'autres facteurs de production au regard du coût des personnels peu qualifiés.

²¹ La chambre sociale approuve régulièrement les requalifications des missions d'intérim en contrat à durée indéterminée (Cass. soc., 11 mars 2009, n°07-42.621 lorsque, comme dans cette espèce, le recours au travail intérimaire avait conduit à confié au même salarié 379 missions se succédant sur une période de plus de six ans, ayant pour objet de faire face, non à un accroissement temporaire d'activité mais à l'exécution régulière de chantiers liés à l'activité habituelle de la société utilisatrice, cette société ayant ainsi recours massivement aux contrats d'intérim comme mode d'organisation générale en employant en moyenne 113 salariés intérimaires pour seulement 5 contrats à durée indéterminée).

²² La liste des cas de recours au contrat de mission autorisés est donnée plus précisément à l'article **L.1251-6** du code du travail

Les EU estiment ainsi créer de l'emploi en recourant aux intérimaires et en créant l'offre de travail, lorsque les ETT considèrent être le véritable pilier de l'emploi des salariés intérimaires.

Les ETT font valoir que leur action en faveur de l'emploi s'inscrit dans la durée, par le renouvellement des missions qu'elle propose à leurs salariés intérimaires et la formation dispensée pour les adapter aux attentes du marché. Elles soulignent que loin de proposer des CDD aux demandeurs d'emploi les EU préfèrent contracter avec des entrepreneurs de travail temporaire et font état du rapport économique et social du PRISME de 2011 signalant qu'en l'absence de possibilité de passer par l'intérim, la très grande majorité des entreprises utilisatrices se seraient contentées de trouver des solutions en interne ou d'avoir recours à la sous-traitance.

Le PRISM'Emploi s'associe à ses observations.

Les travaux parlementaires²³ relatifs au dispositif de la loi Fillon révèlent la priorité donnée par le gouvernement au plein emploi et à la relance du dialogue social, la réforme s'accompagnant d'un dispositif d'allègement des cotisations de sécurité sociale, "*déconnecté de la durée du travail, visant à réduire le coût du travail salarié*".

Pour les EU, qui ne remettent pas en cause le statut juridique d'employeur des ETT mais lui reconnaissent un simple rôle d'intermédiaire, le bénéfice de l'allègement ne peut s'adresser qu'aux EU qui supportent la charge finale des cotisations sociales, puisque le législateur a entendu réduire le coût du travail afin de favoriser la création d'emplois. Elles rappellent à cette fin que le contrat de mise à disposition mentionne la rémunération du salarié intérimaire (L 1251-43 du code du travail²⁴) et que rémunération et charges sociales constituent une composante non négociable du paiement mis à la charge des EU²⁵

²³ Rapport de l'assemblée nationale n°190 du 20 septembre 2002, rapport du Sénat n°26 et annexe au procès verbal de séance du 17 octobre 2002, rapport de l'assemblée nationale n°399 du 26 novembre 2002

²⁴ **Article L1251-43** du code du travail: " Le contrat de mise à disposition établi pour chaque salarié comporte:
(...)6° Le montant de la rémunération avec ses différentes composantes, y compris, s'il en existe, les primes et accessoires de salaire que percevrait dans l'entreprise utilisatrice, après période d'essai, un salarié de qualification professionnelle équivalente occupant le même poste de travail "

²⁵ Elles invoquent également le mécanisme de garantie prévu par l'article **L 1251-52 du même code**: "En cas de défaillance de l'entreprise de travail temporaire et d'insuffisance de la caution, l'entreprise utilisatrice est substituée à l'entreprise de travail temporaire pour le paiement des sommes qui restent dues aux salariés temporaires et aux organismes de sécurité sociale ou aux institutions sociales dont relèvent ces salariés, pour la durée de la mission accomplie dans l'entreprise"

Le projet de loi Fillon a par ailleurs été présenté aux parlementaires comme recouvrant “l’ensemble des employeurs soumis à l’obligation d’assurance chômage” à l’exclusion de certaines catégories précisément énumérées.

C’est cette dimension globale qui conduit les ETT, et PRISM’EMPLOI à considérer que, comme tout employeur non exclu du champ d’application du dispositif par la loi, l’entrepreneur de travail temporaire bénéficie des allègements de charges générés par la rémunération de ses salariés intérimaires, et qu’en l’absence de disposition légale ou réglementaire lui réservant un régime différent des autres employeurs, cette réduction de charges ne peut lui être enlevé au profit de l’ EU.

On peut signaler que le Conseil constitutionnel²⁶, saisi d’une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de l’exclusion des chambres de commerce et de l’industrie (les CCI) du champ d’application des réductions Fillon, a rappelé que la première condition pour prétendre aux réductions était d’être soumis à l’obligation d’affiliation à l’assurance chômage et ainsi de contribuer au financement de l’UNEDIC²⁷ et relevé que le législateur avait entendu favoriser l’emploi en allégeant le coût des charges sociales pesant sur l’employeur, afin de « compenser les effets dangereux pour les entreprises d’une hausse du SMIC rapide »²⁸.

On observe que les parlementaires ont examiné la situation des salariés intérimaires lorsqu’ils ont introduit une disposition relative aux modalités transitoires pour les années 2003-2005. Il est ainsi précisé dans le rapport du Sénat n°26, que *“les cotisations sociales acquittées par les salariés intérimaires travaillant dans une entreprise passée à 35 heures, et dont les propres salariés ouvrent droit à l’allègement « Aubry II », bénéficient également de cet allègement”* et qu’il paraît donc nécessaire *“de maintenir, pendant la période transitoire (...), cette règle pour les salariés intérimaires travaillant dans une entreprise aux 35 heures et bénéficiant de la nouvelle réduction de cotisations sociales“*.

Sur ce point, il y a lieu de rappeler que l’article R1251-28 précise que :

“L’entreprise utilisatrice qui a payé les sommes définies à l’article L. 1251-49 qui restaient dues est subrogée, à due concurrence, dans tous les droits des salariés, des organismes de sécurité sociale ou des institutions sociales contre l’entrepreneur de travail temporaire”

²⁶ Décision 2013-300 du 5 avril 2013 ayant déclaré ce texte conforme à la Constitution

²⁷ ce qu’en tant qu’employeurs publics, les CCI, qui sont qualifiées par la jurisprudence d’établissements publics administratifs, ne font pas lorsqu’elles relèvent d’un régime d’auto-assurance des employeurs publics

²⁸ Citant le ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité

L'article 10 de la loi Fillon prévoit ainsi que :

“I. - Pour les gains et rémunérations versés jusqu'au 30 juin 2005 par les employeurs qui, au 30 juin 2003, emploient des salariés ouvrant droit à l'allégement prévu à l'article L. 241-13-1 du code de la sécurité sociale, le coefficient maximal prévu au III de l'article L. 241-13 du même code est égal à 0,26. (...)

Les dispositions du premier alinéa sont également applicables aux salariés mis à disposition de ces employeurs dans les conditions prévues à l'article L. 124-3 du code du travail”.

On ne peut que relever l'ambiguïté de cette rédaction, qui place le salarié intérimaire au centre du dispositif sans préciser, dans son libellé, l'employeur bénéficiaire.

1-2.2 Les préconisations des circulaires relatives à la mise en oeuvre du dispositif ²⁹

Le dispositif a fait l'objet de plusieurs circulaires dont il ressort que *“les ETT bénéficient de la réduction Fillon pour leurs salariés permanents et pour leurs salariés intérimaires mis à disposition d'entreprises utilisatrices”*.

On peut également signaler que la procédure d'application de la réduction est déclarative, le contrôle de son calcul étant effectué a posteriori par les organismes de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales. Si l'employeur n'est plus tenu d'établir, et de conserver, un document destiné à justifier de son calcul auprès des organismes de recouvrement³⁰, il doit être en mesure de fournir les informations relatives au calcul de la réduction effectuée³¹. Tous s'accordent pour retenir que cette obligation pèse sur l'ETT concernant les réductions en lien avec les rémunérations de ses salariés intérimaires.

Certaines circulaires rappellent les modalités dérogatoires d'application de la formule du calcul du coefficient de réduction des charges aux entreprises de travail temporaire.

→Pour la phase de transition du dispositif correspondant à la période 2003-2005 (destinée aux entreprises s'étant engagée dans une politique de réduction du temps de travail selon le dispositif de la loi Aubry II)³², il était prévu d'appliquer aux salariés intérimaires la formule de calcul applicable dans l'entreprise utilisatrice (puisque le bénéfice de l'exonération était alors en lien avec la durée du temps de travail), de sorte

²⁹ On peut notamment se référer aux circulaires n°2003-044, n° 2003-282, n°2004-155, n° 2011-34

³⁰ Comme le prévoyait le dispositif antérieur à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2011, cf la fiche n°5 de la circulaire DSS/B n°2003-282 du 12 juin 2003

³¹ Circulaire interministérielle du 27 janvier 2011 n° 2011-34

³² Circulaire n°2003-044 relative à la réduction dégressive sur les bas et moyens salaires et à l'abrogation des allégements Aubry II, page 16, circulaire n°2003-282 du 12 janvier 2003 portant application du Titre III de la loi n°2003-47 Fiche n°2, I- 4.

que pour un salarié mis à disposition de plusieurs entreprises utilisatrices, le coefficient applicable était différent selon l'entreprise au sein de laquelle il avait effectué sa mission, le montant mensuel de la réduction générée par ses rémunérations correspondant toutefois toujours à la somme des réductions obtenues pour chaque mise à disposition.

→ pour la période postérieure à la mise en oeuvre de l'annualisation de la réduction générale des cotisations sociales patronales³³, l'objectif a été d'assurer que pour un même niveau de rémunération versée, deux employeurs bénéficient du même montant d'exonération, quelle que soit la manière dont cette rémunération a été versée au cours de l'année. Cette réforme (issue d'une loi n°2010-1594 du 20 décembre 2010) a élargi le bénéfice de la majoration de réduction de 10%, initialement prévue pour un secteur spécifique³⁴, aux ETT afin qu'elles ne soient pas pénalisées par cette nouvelle méthode de calcul (annuelle et non plus mensuelle).

D'autres circulaires précisent par ailleurs les conditions dans lesquelles les règles de non cumul pourront être interprétées en faveur des ETT³⁵. Ainsi a-t-il été admis "que l'application stricte de la loi de finances 2004 aboutirait à priver l'ETT de tout allègement au titre des cotisations dues sur les rémunérations versées à leurs salariés intérimaires lorsque l'ETT opte pour l'aide incitative Aubry I, puisque ses salariés intérimaires ne peuvent ouvrir droit ni à l'aide incitative (par principe) ni à la réduction Fillon (par le jeu de la règle du non cumul des exonérations), et ce même si l'entreprise utilisatrice a opté pour l'application de la réduction Fillon". Et qu'ainsi "*dans cette situation particulière, la lettre ministérielle du 17 septembre 2004 autorise l'ETT à exercer son droit d'option entre la réduction Fillon et l'aide incitative Aubry I pour ses salariés permanents uniquement.*"

1-2.3 L'analyse des différentes administrations

Par une lettre du 2 août 2011, la Direction de la sécurité sociale relève qu'en application de l'article L 241-13 du code de la sécurité sociale, c'est l'employeur, qui verse les rémunérations au salarié, qui peut appliquer, le cas échéant, la réduction sur ces cotisations. Elle en déduit que l'ETT qui est tenue de cotiser pour ses salariés mis à disposition d'entreprises utilisatrices peut donc appliquer cette réduction, la législation de sécurité sociale ne faisant "*pas mention d'une quelconque rétrocession de cette réduction par l'ETT vers les entreprises utilisatrices*".

Par une lettre du 26 juillet 2011 la Direction générale de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes estime également que l'ETT bénéficie, en droit, de la réduction générale des cotisations créée par la loi du 17

³³ circulaire n° 2011-34 du 27 janvier 2011

³⁴ Il s'agit des professions dans lesquelles le paiement des congés des salariés et des charges sur les indemnités de congés est mutualisé entre les employeurs affiliés aux caisses de compensation

³⁵ lettre circulaire ACOSS n°2004-155 du 10 novembre 2004 portant sur l'application de l'option entre l'aide incitative Aubry I créé par la loi n° 98-461 du 13 juin 1998 et la réduction Fillon mise en place par la loi n°2003-47 pour les ETT, page 2

janvier 2003 et qu' à ce titre, c'est à elle qu'il incombe de justifier du mode de calcul de la réduction en cas de contrôle. Cette Direction ajoute *“qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'interdit à une entreprise de travail temporaire , si elle le souhaite, de verser à titre commercial à une entreprise utilisatrice, un montant équivalent à la réduction des cotisations patronales de sécurité sociale dont elle a bénéficié.”* Elle pose comme seule limite en la matière que la liberté de chacune des ETT de rétrocéder ou non cet avantage *“ne doit pas être entravée par un accord entre elles qui précisément aurait pour objectif d'imposer une action commune à l'égard de leurs clients”*.

Elle rappelle que la Décision du Conseil de la concurrence n°09-D-05 a précisément sanctionné la coordination des comportements des ETT sur différents éléments de leur politique commerciale et tarifaire, et que *“la notion de “confiscation des allègements sociaux” invoquée dans cette décision ne doit pas être détachée de la concertation illicite qui a permis cette “appropriation”*, cette concertation ayant été destinée à faire en sorte que la compétition par les prix joue le moins possible entre elles. Elle estime qu'il ne peut pas être inféré de cette décision que le reversement des réductions de cotisations patronales des ETT aux EU serait rendu obligatoire.

1-2.4 L'éclairage de la doctrine et les éléments issus du dialogue social

Les EU, demanderesse aux instances introduites devant le tribunal de commerce, **produisent** une première **consultation du Professeur Loiseau** .

Son analyse peut être résumée de la manière suivante:

- la loi n'identifie qu'implicitement le titulaire du droit de créance légal au titre des réductions de charges, en la personne de l'employeur (dont il ne conteste pas la qualité aux ETT, sur un plan juridique).
- en matière de travail temporaire la désignation du bénéficiaire reste incertaine et requiert une interprétation au regard de deux paramètres, à savoir la finalité du dispositif (abaissement du coût du travail pour soutenir l'emploi) et la charge économique réelle des cotisations sociales (le bénéfice de la réduction étant lié à la prise en charge de ces cotisations).
- la conjonction de ces deux paramètres identifie l'EU comme titulaire du droit de créance, puisque, par son activité, elle est susceptible de mettre à profit l'allègement de charges pour soutenir l'emploi (l'ETT ne fournissant que le contrat, non l'emploi, et ne correspondant qu'à un employeur intermittent) . Il considère qu'exclure les EU du bénéfice des allègements conduirait à leur faire supporter le coût additionnel de la revalorisation des salaires puisque le coût de la main d'oeuvre pèse déjà sur elles.

Il fait observer que la méconnaissance des conditions de recours au travail intérimaire s'apprécie d'ailleurs en la personne de l'EU, qui s'expose en ce cas à une requalification du contrat de mission en CDI.

Selon lui, cette solution s'impose, même si le recouvrement ne peut s'opérer juridiquement auprès du débiteur direct de la réduction de charges et intervient auprès du débiteur substitué (l'ETT), qu'il estime tenu par une obligation de rétrocession résultant des objectifs poursuivis par le législateur.

La seconde analyse produite par les EU a été réalisée par le **Professeur Cherbonnier** qui s'appuie sur l'objet unique du dispositif , qui concerne l'abaissement du coût du

travail *“au voisinage du SMIC afin d'accroître l'emploi peu qualifié, de compenser à partir de la fin de la fin des années 90 les effets associés au passage aux 35h puis à la convergence des SMIC et de soutenir la compétitivité des entreprises françaises”*.

Pour lui un tel dispositif ne peut être pleinement efficace que si les ETT rétrocèdent les allègements et il observe que les mécanismes naturels du marché ne semblent pas conduire les ETT à y procéder entièrement.

Il écarte également l'objectif complémentaire assigné au dispositif par les ETT (assurer le financement d'un Fonds professionnel) relevant notamment:

- que les engagements de branche mentionnés par les ETT ne préjugent en rien la volonté initiale du législateur (aucun objectif complémentaire ne figurant dans les rapports publics relatifs à la mise en oeuvre du dispositif).
- que le Fonds professionnel pour l'emploi dans le travail temporaire qui alimente à 94% les actions visant à améliorer la qualification des intérimaires, concerne des formations spécifiques effectuées dans l'intérêt de l'entreprise (et que l'employé peut difficilement valoriser ailleurs), que l'intervention publique n'a donc pas lieu de subventionner.

Il relève enfin que le concept économique d'incidence fiscale démontre que celui qui supporte la charge d'une taxe (ou le bénéficie d'un allègement) n'est pas nécessairement celui qui est légalement tenu d'en verser le montant à l'administration fiscale. Il estime que si les ETT conservent ces allègements, la politique publique en faveur de l'emploi et de la compétitivité sera réduite dans ce secteur à un simple "effet d'aubaine" au profit des ETT.

Les EU objectent également dans leurs dernières observations que le Fonds pour l'emploi dans le travail temporaire a été créé sept ans avant la loi Fillon du 17 janvier 2003 (résultant d'un accord de 1996) de sorte que son financement ne pouvait dépendre des allègements Fillon.

Les ETT produisent pour leur part deux **consultations du Professeur Vachet et du Professeur Fauvarque-Cosson**, écartant, sur les prémisses d'une même analyse textuelle³⁶, la qualité de bénéficiaire des EU³⁷. Invoquant l'exigence de sécurité juridique, l'égalité de traitement et les principes constitutionnels d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, ces professeurs soulignent qu'aucun texte n'impose d'obligation de rétrocession en faveur des EU et que le législateur n'a pas exclu les ETT du bénéfice du dispositif, comme il l'aurait dû s'il l'estimait nécessaire .

³⁶ Selon laquelle le débiteur des cotisations est l'ETT, employeur aux termes de l'article L 1251-1 du code du travail, et se référant à la lettre du texte pour exclure que les EU comme bénéficiaires de la mesure, l'article L241-13 du code de la sécurité sociale renvoyant à "l'employeur"

³⁷il est notamment invoqué qu'en prévoyant que le montant de la réduction correspond à la somme des réductions appliquées au titre de chaque mission (article D 241-7 CSS), le texte ne peut se comprendre comme conduisant à un allègement accordé à chaque entreprise utilisatrice De la même manière, il est relevé que si la réduction était réservée aux EU, ce serait à elles de justifier de son calcul lors des contrôles.

Sur ce point, PRISM'EMPLOI fait observer que seule la loi serait en mesure de prévoir la restitution d'une exonération ou d'une réduction de cotisations sociales au profit d'un tiers et qu'actuellement un seul cas de "restitution" de la réduction FILLON est prévu par la loi dans l'hypothèse du travail dissimulé (l'employeur et le donneur d'ordre perdant le bénéfice de la réduction de cotisations). Il souligne que dans ce cas, qui correspond en réalité à une annulation et non à une restitution, l'annulation de l'exonération opère en faveur de l'URSSAF et non pas en faveur des parties contractantes.

La consultation réalisée par RBB economics³⁸ souligne qu'en accroissant la flexibilité des entreprises, les ETT favorisent la création d'emplois et qu'elles contribuent à une réduction du chômage fractionnel en améliorant la mise en correspondance des demandes et des offres d'emploi. En contrepartie d'importants coûts de gestion et d'administration, qui les exposent à des risques importants en cas de baisse de la demande, les ETT assurent une activité productive qui ne se limite pas à un simple rôle "d'intermédiaire". Cette étude relève que l'effet d'aubaine dénoncée par la note économique produite par le groupe LISI vaut a priori pour tous les employeurs dès lors que la politique en cause n'a qu'une vocation incitative et que la répercussion des allègements, sans avoir été nécessairement "formelle", n'en est pas moins intervenue au travers des différentes composantes du prix (notamment la valeur des coefficients de facturation et le taux des remises de fin d'années).

PRISM'EMPLOI produit également une **consultation du professeur Morvan**. Son étude souligne que la principale vertu du travail temporaire est sa souplesse et qu'il ne se substitue pas au contrat à durée déterminée en ce qu'il ne remplit pas les mêmes finalités. Après avoir mis en évidence la qualité d'employeur des ETT, et le rôle joué dans la création d'emplois, ce professeur oppose principalement cinq arguments à la thèse défendue par les EU.

- il serait paradoxal que les EU profitent d'un allègement de cotisations, alors que le risque d'un redressement notifié par les URSSAF, en cas d'erreur de calcul, n'est encouru que par les ETT au sein desquelles s'exercent les contrôles, sans qu'elles puissent alors exercer aucune action contre les EU concernant l'allègement qui aurait été "rétrocédé" à ces dernières par erreur,
- une éventuelle "rétrocession" pourrait conduire à un cumul d'exonérations prohibé et grèverait les ressources de la sécurité sociale,
- le bénéfice des allègements est "conditionné" par le respect de l'obligation de négociation annuelle sur les salaires effectifs (article L.2242-8 du code du travail), l'inobservation de cette obligation conduisant à une réduction de l'allègement à hauteur du manquement. Il n'est pas prévu que cette réduction soit applicable lorsque le salarié effectue sa mission d'intérim au sein d'une EU n'ayant pas respecté cette obligation. Le mécanisme instauré serait selon lui paralysé si le bénéfice de l'allègement devait être accordé à une EU qui n'a pas la qualité d'employeur au sens juridique du terme.
- le bénéfice des allègements générés par les salaires versés aux intérimaires est en lien avec les effectifs de l'ETT, de sorte que la "rétrocession" à une EU ayant une taille différente pourrait méconnaître les modalités de calcul fixées par la loi.

³⁸ Production de la société Randstad, "considérations économiques relatives à la demande de rétrocession intégrale des allègements Fillon et réponse à l'analyse économique jointe aux observations de LISI"

- les ETT font l'objet de règles particulières pour la mise en oeuvre de "l'annualisation" du calcul de la réduction et bénéficient d'une majoration de 10% destinée à compenser le fait qu'elles sont pénalisées par le calcul de l'allègement annualisé en raison des majorations de salaires qu'elles doivent payer à leurs salariés intérimaires (indemnité de fin de contrat de 10% et indemnités de congés payés de 10%).

Il souligne enfin que la loi dite Fillon, d'ordre public, n'est pas sujette à interprétation au regard du caractère limpide de ses dispositions et peut seule désigner les bénéficiaires d'une réduction de cotisations sociales.

Au soutien de la légitimité du bénéfice des allègements Fillon en faveur des ETT, il est encore invoqué le rôle qu'elles jouent dans l'économie et le développement, et la sécurisation de l'emploi intérimaire.

Sont ainsi produits :

- l'accord du 18 juin 1996 relatif aux entreprises de travail temporaire (personnels intérimaires permanents), précisant notamment que les ETT ont décidé de se doter d'un fonds professionnel pour l'emploi dans le travail temporaire "*dans le but de conforter l'emploi des salariés permanents de la profession, d'accentuer l'effort de formation professionnelle en faveur des salariés intérimaires*" et qu'une contribution à la charge des ETT lui donnera les moyens de mettre oeuvre les objectifs qui lui ont été fixés "*en contrepartie des allègements de charges sociales*"
- l'arrêté d'extension du 22 octobre 1996 portant extension d'accords nationaux professionnels relatifs aux salariés des ETT
- l'accord du 24 novembre 2004, relatif au nouveau Fonds professionnel pour l'emploi dans le travail temporaire (FPE-TT), et son arrêté d'extension du 3 août 2005, mentionnant "*la volonté de la profession du travail temporaire de poursuivre son action en faveur de l'emploi des salariés intérimaires dans le cadre d'un maintien de la politique d'allègements*" et fixant à 0,10% de leur masse salariale la contribution des ETT à compter de l'année 2005 (avec application d'une franchise de 1500 euros par entreprise).
- l'accord du 10 juillet 2013 portant sur la sécurisation des parcours professionnels des salariés intérimaires, créant notamment au sein du FPE-TT un Fonds de sécurisation des parcours des intérimaires également financé par les ETT.

Le PRIS'EMPLOI estime que le fait de considérer les ETT comme de simples intermédiaires dans une relation d'emploi qui unirait l'EU au salarié intérimaire, conduirait à priver de cause l'ensemble des garanties sociales apportées par les ETT aux salariés intérimaires.

C'est par ailleurs au regard de ces divers engagements en faveur de l'emploi intérimaire que les ETT invoquent encore l'espérance légitime créée par cette situation, plaidant pour le maintien des allègements obtenus depuis l'entrée en vigueur de la loi Fillon.

On peut signaler que par une **décision n°2013-682 DC du 19 décembre 2013, le Conseil constitutionnel**³⁹ a rappelé qu' « *il est à tout moment loisible au législateur,*

³⁹Le Conseil constitutionnel a ici jugé que le législateur, en poursuivant l'objectif d'augmentation du rendement des prélèvements sociaux appliqués aux produits des contrats d'assurance-vie, a pu prévoir une augmentation des taux de ces prélèvements

statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions » (cons. 14), En revanche, confirmant l'évolution de sa jurisprudence relative à la garantie des droits sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration de 1789, il a reconnu une protection constitutionnelle non seulement des « situations légalement acquises », mais aussi des « effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations » (cons. 14).

Les cahiers du DRH⁴⁰ publiés au cours de l'année 2002, se sont également intéressés à la question de savoir si les EU pouvaient, après coup, obtenir la baisse des tarifs appliqués par les ETT au regard des allègements de charges patronales dont elles ont pu bénéficier. Même si elle concerne un mécanisme d'allègement de charges aujourd'hui abrogé (allègements Aubry II), l'analyse réalisée présente de larges similitudes avec la situation qui nous intéresse.

Les auteurs des articles en cause observent que le taux appliqué au salaire brut des intérimaires par l'ETT a pu rester inchangé ou peu modifié, alors même que les charges patronales supportées ont pu bénéficier d'allègements, et s'accordent pour considérer que le remboursement aux EU de l'allègement de charges obtenu par les ETT *“est difficile à étayer sur le plan juridique”*, compte tenu de la désignation des ETT comme bénéficiaire direct des allègements en leur qualité d'employeur.

L'un d'eux⁴¹ fait également état des moyens financiers dont le Fonds professionnel des ETT a été doté en contrepartie des allègements de charges obtenus par les ETT et de *“l'économie non négligeable que les ETT déclenchent sur les deniers publics lorsqu'elles délèguent du personnel inscrit aux ASSEDICS (ses allocations étant réduites “des jours non indemnifiables” correspondant aux missions d'intérim qui lui ont été confiées)*. Il estime par ailleurs que l'entrepreneur de travail temporaire devrait être considéré comme *“un véritable partenaire dans un contexte économique où l'emploi et la qualification posent problème, sans chercher à l'affaiblir financièrement, ni à*

pour la partie de ces produits acquise ou constatée au-delà de la durée légale nécessaire pour bénéficier du régime particulier d'imposition. En revanche, un tel motif, exclusivement financier, ne constitue pas un objectif d'intérêt général suffisant pour justifier que les produits des contrats d'assurance-vie acquis ou constatés pendant la durée légale nécessaire pour bénéficier du régime particulier d'imposition de ces produits fassent l'objet d'une modification des taux de prélèvements sociaux qui leur sont applicables. Ceci remettrait en cause l'attente légitime que les contribuables ayant respecté la durée de conservation peuvent avoir quant à l'application du régime d'imposition lié au respect de cette durée. Le Conseil constitutionnel a dès lors formulé une réserve d'interprétation relative à l'article 8 excluant l'application des taux de prélèvements applicables à la date de dénouement du contrat ou du décès de l'assuré pour les produits acquis ou constatés au cours des huit premières années suivant l'ouverture du contrat d'assurance-vie pour ceux des contrats souscrits entre le 1er janvier 1990 et le 25 septembre 1997.

⁴⁰ Les cahiers du DRH-2002, n°56, Les sociétés d'intérim ont-elles répercuté à leurs clients les allègements 35 heures” par S. Neil, Les cahiers du DRH-2002, n°62, La légitimité des allègements Aubry II pour les ETT par E. Touitou,

⁴¹E. Touitou

dévaloriser la prestation réalisée, en lui demandant de restituer une mesure financière que le législateur lui a destinée”.

2. L'INCIDENCE DU DISPOSITIF D'ALLÈGEMENT DE CHARGES DANS LE PROCESSUS CONTRACTUEL DE FORMATION DES PRIX

2-1 Le bénéfice de l'allègement de charges patronales est-il , au même titre que la charge de la contribution de l'employeur, d'ordre public et hors du champ de la négociation contractuelle ?

2-1.1 La spécificité du droit de la sécurité sociale

La Cour de cassation rappelle, dans le cadre d'une jurisprudence à la fois ancienne et constante⁴², que la législation sociale est d'ordre public . Il est également jugé de manière régulière que les dispositions en matière d'exonération ou de réduction de cotisations et contributions sont d'interprétation stricte⁴³. La doctrine en fait une présentation identique⁴⁴.

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a ainsi récemment rappelé⁴⁵ que les dispositions du code de la sécurité sociale qui limitent le bénéfice de l'exonération des cotisations sociales qu'elles instituent, à certaines catégories d'employeurs qu'elles énumèrent, ne peuvent être étendues à un type d'employeur qui ne figure pas au

⁴² Civ.2, 28 mai 1964, pourvoi n° 59-12.558, Bull. n° 425, Civ 2, 09 Mars 1978, n° 76-14.505, Bull n°61, Civ 2, 01 Juin 2011, n° 10-20.178, Bull n°127

⁴³ Pour illustration, Civ 2 11 Juin 2009 N° 08-14.920 , Bull n°152, refusant d'admettre que le bénéfice de l'exonération de cotisations patronales qu'il prévoit ne peut être appliqué aux rémunérations des aides à domicile salariées des centres communaux d'action sociale que si elles sont employées par contrats à durée indéterminée ou par contrats à durée déterminée pour remplacer des salariés absents ou dont le contrat est suspendu dans les conditions visées à l'article L. 121-1-1 devenu L. 1242-2 du code du travail

Pour une autre illustration plus récente, concernant l'exonération de cotisations d'heures supplémentaires et complémentaires dans le cadre de la loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 Civ 2,19 décembre 2013 , pourvoi n°12-27592 en cours de publication, retenant que le bénéfice de la réduction des cotisations salariales et de la déduction forfaitaire des cotisations employeur litigieuses ne pouvait porter que sur des heures supplémentaires dont l'employeur assure personnellement le paiement, ce qui selon les constatations du jugement n'était pas le cas des paiements effectués par une caisse de congés payés.

⁴⁴ Lamy Protection Sociale - 2013, n°20, Droit de la sécurité sociale Mémentos Dalloz, 13^{ème} édition, par X.Pretot, pages 33 et suivantes, Droit de la sécurité sociale, Précis Dalloz, 16^{ème} édition, par J.J Dupeyroux, M. Borgetto, R.Lafore pages 356 et suivantes

⁴⁵ Civ 2, 11 juillet 2013, N° 12-20.528 , Bull n°167, relatif au bénéfice de l'article L. 241-10, III du code de la sécurité sociale

nombre de celles-ci. Une catégorie d'employeur non visée par un dispositif d'allègement de charges patronales ne peut donc solliciter son bénéfice auprès de l'administration de référence.

Par ailleurs, comme l'indique l'article L241-8 du code de la sécurité sociale relatif aux charges patronales de sécurité sociale :

“La contribution de l'employeur reste exclusivement à sa charge, toute convention contraire étant nulle de plein droit “

L'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation révèle que certaines conventions tentent parfois de modifier la charge des cotisations, sans succès dès lors que la clause contractuelle est jugée nulle⁴⁶.

Le principe énoncé à l'article L.241-8 du code de la sécurité sociale ne souffre qu'une exception. On mentionnera pour l'essentiel la solution retenue, voici un quart de siècle, au sujet des cotisations assises sur les avantages et prestations servis par les institutions représentatives du personnel : si l'employeur demeure seul tenu du paiement des cotisations vis-à-vis de l'URSSAF, il ne saurait en supporter définitivement la charge dès lors que la formule pourrait conduire à augmenter la contribution patronale au financement des activités sociales et culturelles fixée selon les règles du code du travail. La solution procède ainsi de la conciliation entre les exigences contradictoires de deux règles également d'ordre public⁴⁷.

On constate que le dispositif de l'article L. 241-13 du code de la sécurité sociale ne consiste pas à allouer une somme à l'employeur, comme le ferait une allocation, mais à lui reconnaître le droit de déduire directement du versement de (certaines) cotisations auquel il est tenu un certain montant et de s'acquitter ainsi d'une contribution effective réduite.

Son bénéfice est encadré par un certain nombre de règles et conditions, et il faut conserver à l'esprit que le texte précité prévoit tout à la fois que :

- la réduction dégressive instaurée par le dispositif Fillon, qui est accordée sous conditions et qui tient compte de la situation de l'employeur (niveau de rémunération et importance des effectifs de l'employeur) est imputée sur le montant des cotisations à la charge de l'employeur,
- et que le bénéfice de cette réduction ne peut être cumulé avec celui d'une autre exonération totale ou partielle de cotisations patronales , à l'exception des déductions forfaitaires visées au point VI du texte.

Une distinction pourrait par ailleurs devoir être opérée entre :

- le bénéfice direct de l'allègement de charges, tel qu'il résulte du code de la sécurité sociale, qui s'exerce auprès de l'URSSAF (ou de l'organisme qui en tient lieu)

⁴⁶ Soc, 23 avril 2013, N° 12-12.411, Bull n°106, retenant la nullité d'une clause en ce qu'elle prévoyait la prise en charge par le salarié de la contribution dont était redevable l'employeur envers le Trésor, déjà en ce sens Soc, 15 décembre 2009, n°08-42917, Soc, 17 octobre 2000 Bull n°329

⁴⁷ Soc, 11 mai 1988, n°86-17284 et 85-18557, Bull n°287, D.1989, p.305, obs. X. Pretot; droit social 1988, p499, note J-J Dupeyroux

- et l'usage qui peut être fait par l'employeur des sommes qu'il a été autorisé à conserver au titre des allègements de charges, qui correspond à une relation employeur-tiers, distincte du mécanisme intrinsèque d'allègement des charges (le tiers n'étant pas substitué dans les droits de l'employeur auprès de l'URSSAF).

On peut en effet observer que si la question posée à la Cour⁴⁸ paraît s'inscrire dans le cadre d'une relation employeur-tiers (ETT/EU), et concerner les effets possibles d'une clause contractuelle sur l'étendue de leurs droits et engagements respectifs, son libellé ne paraît pas exclure, en l'état de sa rédaction, l'hypothèse de la substitution de l'EU dans les droits de l'ETT auprès de l'URSSAF par le jeu d'une clause contractuelle.

La demande d'avis conduira en outre à s'interroger sur la possibilité, ou non, d'imposer une rétrocession intégrale des allègements de charges obtenus par les ETT au regard d'une "nécessité d'ordre public".

Pour les ETT, le juge ne peut invoquer l'ordre public pour fonder l'obligation de rétrocession alléguée par les EU, faute d'obligation légale préexistante en ce sens.

Pour les EU le caractère d'ordre public de l'obligation de rétrocession invoquée est une conséquence de la nature du dispositif d'allègement de charges : la loi Fillon en visant la lutte contre le chômage, au moyen d'une réduction des charges sociales patronales, relève nécessairement de l'ordre public économique de direction. Elles invoquent les termes du jugement rendu par le tribunal de commerce de Paris le 16 juillet 2012, ayant retenu que toute clause visant à limiter la rétrocession des allègements au bénéfice des EU doit être réputée non écrite, les finalités du dispositif relevant de "l'ordre public économique".

2-1.2 La prise en compte des charges sociales dans le cadre de la facturation d'une mise à disposition de travailleurs intérimaires

A titre préalable, il convient de rappeler les principes de base en matière de travail intérimaire.

Le travail intérimaire repose sur une double relation contractuelle, fondée, comme le rappelle l'article L.1251-1 du code du travail :

- d'une part, sur un contrat de nature commerciale, dénommé "contrat de mise à disposition" qui lie l'EU à l'ETT, laquelle s'engage à mettre à disposition, pour une qualification contractuellement convenue, un salarié qu'elle recrute, embauche et rémunère à cette fin.
- d'autre part, un contrat de travail, dénommé "contrat de mission", liant l'ETT et le salarié intérimaire, qui confère à l'ETT la qualité d'employeur et implique qu'il en assume toutes les obligations,

⁴⁸ "Le bénéfice des allègements de charges sociales précitées peut-il revenir indifféremment à l'EU ou à l'ETT dans le cadre de la libre négociation contractuelle ou doit-il nécessairement profiter à l'EU ?"

Le fait générateur de la réduction de charges patronales du dispositif Fillon est pour sa part exclusivement en lien avec le paiement, au salarié, de la rémunération qui incombe à l'ETT en sa qualité d'employeur. Il est donc en lien avec l'exécution du contrat de travail.

L'article L1251-43 du code du travail (relatif au travail temporaire) prévoit que:

*“ Le contrat de mise à disposition établi pour chaque salarié comporte :
(...)
6° Le montant de la rémunération avec ses différentes composantes, y compris, s'il en existe, les primes et accessoires de salaire que percevrait dans l'entreprise utilisatrice, après période d'essai, un salarié de qualification professionnelle équivalente occupant le même poste de travail “*

Le salaire versé par l'ETT à son salarié intérimaire, au titre de la mise à disposition facturée à l'EU, ne peut en conséquence être moindre que celui qui aurait été servi au salarié de l'EU occupant un emploi similaire. Les deux contrats (contrat de mission et contrat de travail) ne sont donc pas autonomes.

Les contrats cadres signés par les sociétés du groupe LISI, et leurs avenants⁴⁹, révèlent que les tarifs appliqués par les ETT s'obtiennent après avoir appliqué au salaire de référence précité, un coefficient dont le taux varie en fonction de la prestation réalisée⁵⁰ (entre 1,85 et 2,10).

Ces contrats précisent tous que *“les coefficients comprennent les charges sociales, fiscales et parafiscales ayant pour assiette le salaire, l'indemnité de fin de mission et les congés payés”*. Certains seulement⁵¹ prévoient que *“toutes modifications des charges sociales, fiscales ou parafiscales ayant pour assiette le salaire pourront faire l'objet d'un réajustement entre les deux parties*.

Si le salaire de référence, qui constitue l'élément de base servant au calcul du prix de la prestation, n'est pas librement négociable, on constate que le coefficient qui lui est appliqué, qui tient compte des différentes charges financières pesant sur les ETT (qui comprennent les cotisations employeur sans se limiter à cette seule catégorie) , résulte d'une négociation que le droit de la concurrence protège⁵².

⁴⁹ Accords cadres et avenants des contrats conclus avec les sociétés Randstad et Manpower, n°02/04, 05/87, 06/111, 08/003

⁵⁰ La gestion de personnel de qualification courante et le recrutement de personnel étudiants et scolaires se voient ainsi appliquer un coefficient plus faible que le recrutement de personnel “ingénieurs et cadres”.

⁵¹ Il s'agit exclusivement des accords signés avec la société Manpower

⁵² Cf la décision n°09-D-05, ayant sanctionné les ETT en raison de concertations et échanges d'informations sur leurs conditions tarifaires, portant notamment sur les coefficients de facturation appliqués, comportements intervenus en vue de réduire la compétition par les prix.

Certains auteurs⁵³ estiment que le *“prix de vente” d’une ETT ne peut être conçu comme un simple salaire de référence multiplié par un coefficient de facturation “dans la mesure où “au-delà du salaire versé à l’intérimaire, l’ETT assume un niveau de réactivité optimale au regard de la qualification exigée et du délai de mise à disposition”.*

2-1.3 Le caractère global de la négociation contractuelle portant sur la facturation d’une mise à disposition de travailleurs intérimaires

La pratique du secteur révèle qu’au sein d’un instrumentum unique (le contrat cadre de mise à disposition), les parties articulent un certain nombre d’éléments définissant, à terme, le coût de la prestation.

Ainsi, est-il prévu de manière usuelle, pour les clients “grands comptes” et afin de développer une collaboration privilégiée entre l’ETT et l’EU, une remise de fin d’année consentie sur le chiffre d’affaires consolidé généré sur les douze derniers mois, tenant compte du volume d’affaires réalisé entre elles.

Les différents contrats en production (Randstad, Manpower, Vediorbis) prévoient ainsi un certain pourcentage de remise (situé entre 0,15% et 2,50%) en fonction du niveau du chiffre d’affaires atteint, variable selon les contrats.

La doctrine semble avoir peu débattu sur le sujet. Néanmoins, un auteur⁵⁴ a considéré que la “rétrocession” du bénéfice des allègements ne semble envisageable que dans le cadre d’une négociation commerciale dont le succès dépendra *“du savoir-faire du négociateur et du rapport de force économique qu’il représente”* (par réduction du coefficient, remise sur le chiffre d’affaires annuel ou ristourne sur facture). Selon lui, *“exiger de l’ETT une ristourne sur allègement, c’est exiger un contrôle inacceptable sur la marge brute réalisée par un partenaire commercial”.*

2-2 Le sort des allègements de charges obtenus par les ETT et non répercutés sur les tarifs appliqués aux EU

Il s’agit ici d’examiner la question, sous l’angle du droit commercial.

L’article L.441-6 du code de commerce rappelle que les barèmes et réductions de prix constituent *“le socle de la négociation commerciale”*. L’article 1134 du code civil reconnaît pour sa part aux conventions légalement formées force de loi et impose aux parties de les exécuter de bonne foi.

Il est constant que les coefficients appliqués par les ETT pour déterminer leurs prix tiennent compte, notamment, des charges sociales qu’elles ont à régler (ayant pour assiette le salaire, l’indemnité de fin de mission et les congés payés).

L’existence, ou la création, d’une obligation de rétrocession, doit donc être envisagée

⁵³Les cahiers du DRH-2002, n°62, article précité

⁵⁴Les cahiers du DRH-2002, n°62, article précité

en tenant compte des différents enjeux en présence, tenant à la sécurité juridique mais également à la pérennité de l'équilibre contractuel souhaité par les parties.

2-2.1 Au regard du principe d'intangibilité des conventions

En vertu de l'article 1134, alinéa 1, du code civil, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. La force obligatoire du contrat s'impose aux parties comme au juge.

En présence de contrats à exécution successives il est fréquent que les circonstances ayant présidé à leur conclusion aient évolué. Se pose alors la question de la modification des conditions d'exécution du contrat.

Depuis le célèbre arrêt Canal de Craponne du 8 mars 1876, la Cour de cassation refuse au juge, en raison de la force obligatoire du contrat et du respect de la volonté des parties, d'en modifier les éléments⁵⁵. Il ne peut ainsi prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants. Le juge ne peut donc augmenter les tarifs d'un contrat en raison de circonstances économiques nouvelles⁵⁶, ni les réduire rétroactivement au regard des mêmes considérations.

La doctrine⁵⁷ s'accorde également à reconnaître, qu'en l'état du droit civil français, le juge n'a pas le pouvoir de réviser le contrat pour l'adapter aux nouvelles circonstances et précise que la révision du contrat ne peut ainsi intervenir, pour l'essentiel, que :

- lorsque le contrat comporte une clause de révision ou une clause de sauvegarde (dite de hardship : obligation de renégociation en cas de changement de circonstances entraînant un déséquilibre du contrat)
- ou encore lorsque la loi prévoit la possibilité d'opérer cette révision, sous certaines conditions (ainsi, à titre d'exemples, à l'égard des loyers des baux commerciaux (article L 145-33 code de commerce), des clauses pénales (article 1152 code civil) ou encore du prix de la cession de droits d'exploitation d'un auteur (article L131-5 du code de la propriété Intellectuelle...)

Il n'en demeure pas moins que le refus injustifié de renégocier face à des circonstances nouvelles demeure susceptible de mettre en jeu la responsabilité contractuelle de son

⁵⁵ Jurisprudence réaffirmée à de nombreuses reprises, Civ 1, 11 juin 2002, Bull n°162, Civ 3, 18 mars 2009 Bull n°64, Com 15 mars 2011 n°09-13299, Civ 3, 25 juin 2013 n°11-27904

⁵⁶ Pour illustrations Com. 18 décembre 1979, Bull. n°339, Com 03 novembre 1992, Bull n°338

⁵⁷ P. Malaurie, L. Aynes et P. Stoffel-Munck "Droit civil, les obligations", Defrénois 2004, §757; A. Bénabent, "Droit civil, les obligations", Montchrestien, 2007, §292; B. Fauvarque-Cosson "la réforme du droit français des contrats", RDC 2006 p.147, et "le changement de circonstances", RDC 2004 p.67; J et Y Flour, J-L Aubert et E. Savaux, "Les obligations. Tome 1, l'acte juridique", Sirey, 2006, § 404 et s.

auteur⁵⁸, sans que la modification des circonstances économiques n'impose toutefois, en elles mêmes, à l'une des parties de renégocier le contrat⁵⁹.

La première chambre civile de la Cour de cassation a par ailleurs rappelé qu'une partie ne pouvait se prévaloir d'une situation qu'elle n'avait pas su apprécier lors de la conclusion du contrat, par négligence ou imprudence⁶⁰.

Ici, il peut être observé que la variation du coût des charges patronales, résultant du dispositif de la loi Fillon, ne relève pas d'une circonstance imprévisible à la date à laquelle les conditions commerciales ont été négociées. Succédant à d'autres mesures, telles que celles mises en oeuvre dans le cadre de la loi Aubry II, le dispositif d'allègement des cotisations employeur sur les bas salaires est connu des EU qui l'appliquent à leurs propres salariés (dès lors que le niveau de leur rémunération le justifie).

Il s'agira donc de déterminer, dans ce contexte spécifique, dans quelle mesure l'obligation de rétrocession invoquée peut être reconnue sans conduire à une révision (judiciaire) du contrat, faculté jusque là rejetée par la jurisprudence en dehors des cas prévus par la loi⁶¹.

2-2.2 Au regard de l'exécution de bonne foi des conventions⁶²

La demande d'avis, en s'interrogeant sur le point de savoir si les EU doivent nécessairement profiter du bénéfice des allègements de charges sociales, invite la Cour, de manière indirecte, à examiner les éléments en présence sous l'éclairage du principe d'exécution de bonne foi prévu à l'article 1134 du code civil.

S'il ne paraît pas nécessaire, au regard du libellé précis de cette demande d'avis, de reprendre le détail des solutions jurisprudentielles et doctrinales relatives à la place de la bonne foi dans l'exécution du contrat, les éléments qui ont été exposés à cette occasion pourraient néanmoins servir la réflexion actuellement engagée.

On peut rappeler que certains auteurs⁶³ ont estimé qu'il fallait se garder de conférer au juge, sous prétexte de bonne foi, un pouvoir de révision contraire au principe de la force obligatoire du contrat, l'article 1134, alinéa 1^{er} du code civil, ne devant pas être emporté par son alinéa 3. Ils ont ainsi exprimé le souhait de "*limiter l'application de cette notion aux prérogatives du créancier accessoires au droit de créance lui-même (tels la*

⁵⁸ Com 3 novembre 1992, Bull n° 338.

⁵⁹ Civ 3, 10 décembre 2003 n°02-14990,

⁶⁰ Civ 1, 16 mars 2004, Bull n° 86

⁶¹ Pour illustration, l'article 1152 du code civil autorisant le juge à modifier le montant d'une clause pénale manifestement excessive ou dérisoire

⁶² Pour une analyse plus développée, note du SDE du 10 septembre 2009 : Les prérogatives contractuelles et la substance des droits et obligations, par Mlle Brun

⁶³ MM. Mauraie, Aynès et Stoffel-Munck, Les obligations, Defrénois 2003, no 764

résolution, la résiliation, le non-renouvellement, l'agrément ...) lequel ne devrait jamais être affecté par elle”.

D'autres auteurs⁶⁴ ont également considéré que le recours à l'idée de bonne foi pour paralyser l'exécution d'une stipulation contractuelle pouvait conduire à un résultat contraire à l'équité.

C'est dans ce sillage que la Cour de cassation a retenu que si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties⁶⁵.

La Cour de cassation oppose ainsi les prérogatives contractuelles, dont le juge peut sanctionner l'usage déloyal, à la substance des droits et obligations convenus entre les parties qui constitue le « cœur » du contrat, intangible.

Les « prérogatives contractuelles » s'apparentent, selon la majorité des auteurs, à des clauses qui ne définissent pas les créances et les dettes que le contrat arrête initialement. Un auteur⁶⁶ définit en particulier les prérogatives contractuelles comme des accessoires de la créance, contribuant à définir les conditions de sa mise en oeuvre ou de sa sanction, prérogatives entièrement tournées vers les intérêts d'une seule des deux parties, présentant ainsi un caractère unilatéral.

La doctrine classe dans la catégorie des clauses dont l'usage de mauvaise foi peut être sanctionné par le juge, au titre des prérogatives contractuelles (notamment) : la clause de révision unilatérale de prix⁶⁷, les clauses de hardship⁶⁸, les clauses qui allègent les obligations du débiteur, les clauses de garantie de passif, les clauses limitatives de réparation, les clauses résolutoires, les clauses d'agrément ou encore les clauses d'essai.

Il pourrait être tenu compte de cette distinction pour apprécier les conditions de mise en oeuvre d'une clause qui imposerait, ou exclurait, toute renégociation des tarifs en

⁶⁴M. Bénabent, Les obligations, Domat Montchrestien 2005, no 382

⁶⁵ Com 10 juillet 2007, n° 06-14.768, Bull n°188. Cette analyse a été reprise par la deuxième chambre civile dans trois arrêts du 7 mai 2009, n° 08-17.325 -n° 08-16.500 et n°08-16.501, et la troisième chambre civile par arrêt du 09 décembre 2009, Bull, n° 275

⁶⁶ D. Houtcieff, JCP G, n°38, 19 sept.2007, II 10154

⁶⁷P. Stoffel Munck, Dalloz 2007, p.2839, L. Aynès, RDCO 1er oct. 2007n°4, p.1107

⁶⁸D. Houtcieff, JCP G, n°38, 19 sept.2007, II 10154

considération des modifications affectant le montant des charges sociales sur la base desquelles les prix ont été négociés.

2-2.3 Au regard des règles régissant les relations commerciales

S'interroger sur l'étendue du pouvoir de négociation conduit à rappeler l'évolution de la réglementation sur les prix. La France a en effet connu un régime de contrôle des prix de 1945 à 1986, sous l'empire de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945. L'ordonnance du 1er décembre 1986, en abrogeant cette ordonnance de 1945, a consacré en son article 1er le principe de la liberté des prix.

L'article L. 441-6 du code de commerce rappelle à quelles conditions s'exerce cette liberté en prévoyant, notamment, que tout fournisseur ou prestataire de services est tenu de communiquer ses conditions générales de vente, lesquelles constituent "le socle de la négociation commerciale" et comprennent, entre autres, le barème des prix unitaires et les réductions de prix. L'article L. 441-7 du même code précise que les conditions de la vente (tels les tarifs) et les obligations destinées à favoriser la relation commerciale (telles les remises de fin d'année sur chiffre d'affaires) concourent à la détermination du prix convenu.

Si les modalités de fixation des prix sont, en principe, libres en matière de prestations de services⁶⁹ et tiennent compte des coûts supportés par le prestataire, on observe que les prix sont en réalité arrêtés au terme d'une négociation commerciale plus ou moins active selon l'importance du client, la nature du marché (monopolistique, oligopolistique, en fonction de la densité de la concurrence) et l'élasticité de la demande aux prix⁷⁰.

Le secteur du travail temporaire semble pouvoir être qualifié d'oligopole au regard des éléments relevés par le Conseil de la concurrence. Ainsi, en 2005 les trois leaders mondiaux (Adecco/Manpower/Vedior) couvraient à eux seuls 70% de l'activité en France et leur chiffre d'affaires se composait entre 50 et 60% de "grands comptes", ce qui correspond aux entreprises d'envergure ayant recours de manière habituelle à l'intérim. Par ailleurs, il a été rappelé que l'élasticité de la demande à l'égard des bas

⁶⁹ La prohibition de la vente à perte ne leur étant pas applicable mais l'abus demeurant sanctionnable

⁷⁰ **Lorsque la demande est dite "inélastique"** l'entreprise aura tendance à répercuter toutes ses charges sur ses prix sans restreindre sa marge (ex: l'augmentation d'une taxe sera intégralement transférée sur l'utilisateur qui ne peut se reporter sur un autre bien ou service substituable), à l'inverse **lorsque la demande est dite "élastique"**, l'entreprise aura tendance à supporter tout ou partie de l'augmentation d'une taxe et à réduire sa marge (l'utilisateur disposant dans cette hypothèse de la possibilité de substituer le produit ou service taxé par un autre moins onéreux pour lui). La question s'est notamment posée en matière de TVA, tantôt lorsque son taux a été réduit (comme en matière de restauration) sans que cette baisse ne soit répercutée sur le consommateur final (les cartes des restaurants restant à des tarifs inchangés), tantôt lorsque son taux a été augmenté mais que le vendeur a choisi de ne pas répercuter cette hausse sur les prix annoncés aux clients.

salaires était plus importante que celle applicable aux emplois qualifiés⁷¹, ce qui justifiait la concentration des politiques d'allègements au niveau du SMIC.

C'est ce processus global de formation des prix qui conduit les ETT⁷² à refuser toute rétrocession rétroactive du bénéfice des allègements de charges, tandis que les EU considèrent que la structure du marché conduit en réalité les ETT à conserver le bénéfice des allègements.

On peut également rappeler l'évolution de la jurisprudence⁷³ concernant la détermination du prix, en particulier dans les contrats de distribution. En effet, aux termes de l'article 1591 du code civil, le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties.

L'évolution de la jurisprudence concernant l'interprétation de ce texte a connu le même processus de libéralisation des échanges commerciaux.

Depuis 1995⁷⁴, la Cour de cassation admet que le prix puisse résulter d'une clause faisant référence au tarif en vigueur au jour des commandes à intervenir. Elle a également retenu que ce texte imposait un prix déterminable⁷⁵, sans nécessairement devoir être déterminé. Ainsi a-t-il été jugé que le prix puisse être lié à la survenance d'un événement futur ne dépendant pas de la seule volonté de l'une des parties, ni d'accords ultérieurs entre eux⁷⁶. En revanche, on observe que la Cour accorde au juge le pouvoir de sanctionner "*l'abus dans la fixation du prix*", soit par l'attribution de dommages-intérêts (ce qui pourrait produire les effets d'une réduction du prix), soit par la résiliation du contrat.

⁷¹ Plus de possibilités s'offrant aux entreprises pour substituer le capital (équipement) au travail peu qualifié.

⁷² La société Manpower, analysant les enjeux économiques de la question posée, estime qu'une telle solution bouleverserait l'équilibre économique des contrats conclus. Elle observe que la marge des ETT est l'une des plus faibles dans le domaine des services aux entreprises, selon les données fournies par l'INSEE, et n'a pas dépassé 1% en 2011 et 2012. La société Randstad a également la même analyse (note RBB economics précitée)

⁷³ Note de Mme Torre, SDER, bureau des contentieux, chambre commerciale, du 27 janvier 2014, "la révision judiciaire du contrat pour imprévision ou l'admission de la théorie de l'imprévision: bilan de la jurisprudence" pages 18 et suivantes

⁷⁴ Ass. plén., 1^{er} décembre 1995, pourvoi n° 91-15.578 et n° 91-15.999, Bull. 1995, Ass. plén., n° 7 (rejet) (2 arrêts) ; Ass. plén., 1^{er} décembre 1995, pourvoi n° 91-19.653, Bull. 1995, Ass. plén. n° 8 (cassation) ; Ass. plén., 1^{er} décembre 1995, pourvoi n° 93-13.688, Bull. 1995, Ass. plén. n° 9 (rejet))

⁷⁵Civ 3, 26 septembre 2007, Bull159

⁷⁶ Com 7 avril 2009 n° 07-18.907

On remarquera que cette solution jurisprudentielle devrait être prochainement insérée par la loi dans le code civil (article 71, p. 18⁷⁷, de l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013 publié sur le [site internet des Echos](#) le 15 janvier 2014).

Le deuxième paramètre dont il doit être tenu compte pour appréhender le plein enjeu du litige, après la liberté des prix, concerne le principe de la libre négociation, lequel est protégé contre les entraves qui y seraient apportées.

Au travers d'une mesure de protection du marché, telle que celle fixée à l'article L420-1 du code de commerce, il est ainsi défendu aux ETT de s'entendre entre elles pour déterminer les éléments de fixation du prix qui devraient être librement négociés avec les EU.

Ainsi, l'article L420-1 du code de commerce rappelle que :

“Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

(...)

2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;

Le droit des pratiques restrictives de concurrence, qui est né de la volonté d'instaurer des relations commerciales transparentes et loyales entre professionnels et de réprimer les pratiques révélatrices d'un rapport de force déséquilibré entre les partenaires commerciaux, s'inscrit également dans la problématique de la libre négociation .

Comme le relevait toutefois Mme le Professeur Chagny à l'occasion des Observations, en date du 4 avril 2008, de la Commission d'examen des pratiques commerciales, développées à la suite du rapport sur la négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente remis le 12 février 2008 par le groupe de travail présidé par Mme la présidente HAGELSTEEN :

“Le rapport sur la négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente (remis) préconise la levée ciblée des obstacles à une négociabilité accrue des conditions commerciales”

⁷⁷ Article 71, p. 18 : “Dans les contrats-cadre ou les contrats à exécution successive, il peut être convenu que le prix de la prestation sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en justifier le montant en cas de contestation. **En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à voir réviser le prix**, en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties ou a obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat.”

La limitation du pouvoir de négociation reste ainsi une exception⁷⁸, les restrictions apportées à la négociation contractuelle apparaissant davantage a posteriori, en présence d'abus⁷⁹ ou en l'absence de liberté contractuelle effective.

Ainsi, l'article L. 442-5 du code de commerce sanctionne-t-il " *le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale*", (amende de 15.000 euros)⁸⁰.

L'article L.442-6⁸¹ du même code interdit également à tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

(...)

2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;

(...)

4° D'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ;

Ce même texte précise par ailleurs que :

"II.-Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité :

⁷⁸ Ainsi la prohibition de la revente à perte (prévue à l'article L442-2 du code de commerce) ne s'applique pas aux prestations de services

⁷⁹ Abus de position dominante, prévu à l'article L420-2 du code de commerce notamment pour soumettre un partenaire à des conditions commerciales injustifiées

⁸⁰ Des dérogations ont pu être apportées à cette interdiction pour soutenir certains secteurs d'activité, comme celui du livre (loi n°81-766 du 10 août 1981) mais elles restent exceptionnelles

⁸¹ La jurisprudence a encore peu appliqué le texte (qui n'est applicable que depuis le 06/08/2008), on peut néanmoins citer quelques exemples de décision rendues par les juges du fond

- le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties doit s'apprécier dans la formation et l'exécution des relations contractuelles entre les parties au contrat, et non (...) dans la comparaison des conditions commerciales et tarifaires consenties par le cocontractant mis en cause à des tiers concurrents de celui qui invoque à son profit le bénéfice de l'article L. 442-6-I-2° du code de commerce (Versailles, 27 octobre 2011, n° 10-05259).

- la clause contractuelle qui crée une distorsion dans les conditions de révision du tarif, comme celle qui impose uniformément un taux de service élevé, violent les dispositions de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce (TC Lille, 07/09/2011, RG n° 2009-05105, ce jugement a été frappé d'appel)

a) *De bénéficiaire rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale* “

L'article L 441-3 du même code précise par ailleurs que les factures doivent notamment mentionner toute réduction de prix acquise⁸² à la date de la prestation de services et directement liée à cette opération de prestation de services

Le rappel de ces différentes données permet d'appréhender les éventuelles interférences entre les réponses préconisées par les différents intervenants et les règles et principes, d'ordre plus général, actuellement en vigueur.

**

*

C'est ainsi à la lumière de l'ensemble de ces éléments, et sans méconnaître les enjeux économiques qu'impliquent les demandes d'avis qui lui ont été adressées, que la Cour de cassation devra se prononcer, afin de définir qui, de l'EU ou de l'ETT, peut prétendre au bénéfice final des allègements de charges sociales.

III- ANNEXES

L'article L241-13 du code de la sécurité sociale :

Dans sa version en vigueur du 24 décembre 2000 au 18 janvier 2003, période correspondant aux débuts des relations commerciales entre les parties en litige:

“Les cotisations à la charge de l'employeur au titre des assurances sociales, des accidents du travail et des maladies professionnelles et des allocations familiales, qui sont assises sur des gains et rémunérations tels que définis à l'article L. 242-1, versés au cours d'un mois civil et inférieurs à un plafond fixé à 169 fois le salaire minimum de croissance majoré de 30 p. 100, font l'objet d'une réduction.

Le montant de la réduction, qui ne peut excéder une limite fixée par décret, est égal à la différence entre le plafond défini ci-dessus et le montant des gains et rémunérations effectivement versés au salarié, multipliée par un coefficient fixé par décret. Lorsque le nombre d'heures rémunérées est inférieur à la durée légale ou conventionnelle du travail applicable sur un mois civil, le montant de la réduction est calculé au prorata du nombre d'heures rémunérées au cours du mois considéré.

Le plafond et le coefficient afférents aux gains et rémunérations égaux ou supérieurs à 169 fois le salaire minimum de croissance peuvent être adaptés pour certaines

⁸² Les ristournes de fin d'année dont le bénéfice n'est acquis qu'après réalisation de certains seuils de chiffre d'affaires ne relèvent pas de cette catégorie (Crim 12 juin 1997 Bull n°235)

catégories de salariés relevant de professions soumises à des dispositions spécifiques en matière de durée maximale du travail, sous réserve du respect de ces dispositions, dans des conditions et selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.

Dans les professions dans lesquelles le paiement des congés des salariés et des charges sur les indemnités de congés est mutualisé entre les employeurs affiliés aux caisses de compensation prévues à l'article L. 223-16 du code du travail, les modalités selon lesquelles les employeurs régulièrement affiliés à ces caisses peuvent bénéficier de la réduction visée au premier alinéa au titre de ces indemnités sont déterminées, compte tenu des adaptations nécessaires, par décret en Conseil d'Etat. La réduction prévue au présent article doit s'entendre comme n'étant pas applicable aux cotisations dues au titre de ces indemnités par lesdites caisses de compensation."

Dans sa version actuelle, le texte prévoit que :

"I.-Les cotisations à la charge de l'employeur au titre des assurances sociales et des allocations familiales qui sont assises sur les gains et rémunérations inférieurs au salaire minimum de croissance majoré de 60 % font l'objet d'une réduction dégressive.

II.-Cette réduction est appliquée aux gains et rémunérations versés aux salariés au titre desquels l'employeur est soumis à l'obligation édictée par l'article L. 5422-13 du code du travail et aux salariés mentionnés au 3° de l'article L. 5424-1 du même code, à l'exception des gains et rémunérations versés par les particuliers employeurs.

Cette réduction n'est pas applicable aux gains et rémunérations versés par les employeurs relevant des dispositions du titre Ier du livre VII du présent code, à l'exception des employeurs relevant des régimes spéciaux de sécurité sociale des marins, des mines et des clercs et employés de notaires.

III.-Le montant de la réduction est calculé chaque année civile, pour chaque salarié, selon des modalités fixées par décret. Il est égal au produit de la rémunération annuelle, telle que définie à l'article L. 242-1 par un coefficient. Ce coefficient est déterminé par application d'une formule fixée par décret. Il est fonction du rapport entre la rémunération annuelle du salarié telle que définie à l'article L. 242-1, hors rémunération des temps de pause, d'habillage et de déshabillage versée en application d'une convention ou d'un accord collectif étendu en vigueur au 11 octobre 2007 et le salaire minimum de croissance calculé pour un an sur la base de la durée légale du travail augmentée, le cas échéant, du nombre d'heures complémentaires ou supplémentaires, sans prise en compte des majorations auxquelles elles donnent lieu. Lorsque le salarié est soumis à un régime d'heures d'équivalences payées à un taux majoré en application d'une convention ou d'un accord collectif étendu en vigueur au 1er janvier 2010, la majoration salariale correspondante est également déduite de la rémunération annuelle du salarié dans la limite d'un taux de 25 %. Pour les salariés qui ne sont pas employés à temps plein ou qui ne sont pas employés sur toute l'année, le salaire minimum de croissance pris en compte est celui qui correspond à la durée de travail prévue au contrat.

Le décret prévu à l'alinéa précédent précise les modalités de calcul de la réduction dans le cas des salariés dont le contrat de travail est suspendu avec maintien de tout ou partie de la rémunération.

La valeur du coefficient décroît en fonction du rapport mentionné au premier alinéa du présent III et devient nulle lorsque ce rapport est égal à 1,6.

La valeur maximale du coefficient est égale à 0,281 dans les cas suivants :

1° Pour les gains et rémunérations versés par les employeurs de moins de vingt salariés ;

2° Pour les gains et rémunérations versés par les groupements d'employeurs visés aux articles L. 1253-1 et L. 1253-2 du code du travail pour les salariés mis à la disposition, pour plus de la moitié du temps de travail effectué sur l'année, des membres de ces groupements qui ont un effectif de moins de vingt salariés.

Elle est fixée par décret à 0,26 pour les autres employeurs.

IV.-Pour les salariés pour lesquels l'employeur est tenu à l'obligation d'indemnisation compensatrice de congé payé prévue à l'article L. 1251-19 du code du travail⁸³ et dans les professions dans lesquelles le paiement des congés des salariés et des charges sur les indemnités de congés est mutualisé entre les employeurs affiliés aux caisses de compensation prévues à l'article L. 3141-30 du code du travail, le montant de la réduction déterminée selon les modalités prévues au III est majoré d'un taux fixé par décret. La réduction prévue au présent article n'est pas applicable aux cotisations dues au titre de ces indemnités par lesdites caisses de compensation.

V.-Les modalités selon lesquelles les cotisations dues au titre des rémunérations versées au cours d'un mois civil tiennent compte de cette réduction ainsi que les modalités de régularisation du différentiel éventuel entre la somme des montants de la réduction appliquée au cours de l'année et le montant calculé pour l'année sont précisées par décret.

VI.-Le bénéfice des dispositions du présent article est cumulable avec les déductions forfaitaires prévues à l'article L. 241-18 et avec l'exonération prévue à l'article L. 741-15-1 du code rural et de la pêche maritime.

Le bénéfice des dispositions du présent article ne peut être cumulé, à l'exception du cas prévus à l'alinéa précédent, avec celui d'une autre exonération totale ou partielle de cotisations patronales ou l'application de taux spécifiques, d'assiettes ou de montants forfaitaires de cotisations.

VI.-L'employeur doit tenir à disposition des organismes de recouvrement des cotisations un document en vue du contrôle du respect des dispositions du présent article. Le contenu et la forme de ce document sont précisés par décret.

VII Lorsque l'employeur n'a pas rempli au cours d'une année civile l'obligation définie au 1° de l'article L. 2242-8 du code du travail dans les conditions prévues aux articles L.

⁸³ L'article L1251-19 du code du travail concerne l'indemnité compensatrice de congé payé versée au salarié temporaire pour chaque mission qu'il effectue, quelle qu'en ait été la durée.

2242-1 à L. 2242-4 du même code, le montant de la réduction est diminué de 10 % au titre des rémunérations versées cette même année. Il est diminué de 100 % lorsque l'employeur ne remplit pas cette obligation pour la troisième année consécutive.

VIII.-Le montant de la réduction est imputé sur les cotisations de sécurité sociale mentionnées au I dans des conditions définies par arrêté.”

L'article L.241-15 du code de la sécurité sociale, (créé par la loi n°2005-1579 du 19 décembre 2005 -) :

“Pour la mise en oeuvre des mesures d'exonération ou de réduction de cotisations de sécurité sociale prévues par le présent code ou par toute autre disposition législative ou réglementaire, l'assiette de calcul s'entend des heures rémunérées quelle qu'en soit la nature.”

↓ **l'article 12 de la loi n° 2010-1594 du 20 décembre 2010 de financement de la sécurité sociale pour 2011** a modifié cet article L. 241-13 en ajoutant, notamment, au début de la première phrase du IV, les mots : « Pour les salariés pour lesquels l'employeur est tenu à l'obligation d'indemnisation compensatrice de congé payé prévue à l'article L. 1251-19 du code du travail et » ;

↓ **l'article 16 de la loi n° 2011-1906 du 21 décembre 2011 de financement de la sécurité sociale pour 2012** a pour sa part modifié la quatrième phrase du premier alinéa du III de cet article :

1° Les mots : « hors rémunération des heures complémentaires et supplémentaires dans la limite, en ce qui concerne la majoration salariale correspondante, des taux de 25 % ou 50 %, selon le cas, prévus au I de l'article L. 3121-22 du code du travail et à l'article L. 713-6 du code rural et de la pêche maritime et » sont supprimés ;

2° Sont ajoutés les mots : « augmentée, le cas échéant, du nombre d'heures complémentaires ou supplémentaires, sans prise en compte des majorations auxquelles elles donnent lieu ».

L'article D.241-7 du code de la sécurité sociale

Dans sa version en vigueur du 3 janvier 1998 au 12 juin 2003 , applicable à la date du début des relations commerciales entre les parties, l'article était ainsi rédigé:

“La réduction prévue à l'article L. 241-13 est égale à la différence entre le plafond mentionné au premier alinéa de cet article et le montant des gains et rémunérations tels que définis à l'article L. 242-1 versés au salarié au cours d'un mois civil multipliée par un coefficient égal à 0,607 lorsque ce montant est égal ou supérieur à 169 fois le salaire minimum de croissance

et à ce montant multiplié par un coefficient égal à 0,182 lorsqu'il est inférieur à 169 fois le salaire minimum de croissance.

Pour l'application de l'article L. 241-13, est prise en compte la valeur la plus élevée du salaire minimum de croissance en vigueur au cours de la période d'emploi rémunérée “

Dans sa version actuelle, résultant du Décret n°2012-1074 du 21 septembre 2012 :

“ I.-Le coefficient mentionné au III de l'article L. 241-13 est déterminé par application de la formule suivante :

Coefficient = $(0,26/0,6) \times (1,6 \times \text{SMIC calculé pour un an/ rémunération annuelle brute-1})$.

Pour les employeurs de moins de vingt salariés mentionnés au quatrième alinéa du III de l'article L. 241-13, le coefficient fixé au premier alinéa est déterminé par application de la formule suivante :

Coefficient = $(0,281/0,6) \times (1,6 \times \text{SMIC calculé pour un an/ rémunération annuelle brute-1})$.

Le résultat obtenu par application de l'une ou l'autre de ces formules est arrondi à quatre décimales, au dix millième le plus proche. Pour les entreprises de moins de vingt salariés, il est pris en compte pour une valeur égale à 0,281 0 s'il est supérieur à 0,281 0. Pour les entreprises d'au moins vingt salariés, il est pris en compte pour une valeur égale à 0,260 0 s'il est supérieur à 0,260 0.

Le montant de la rémunération annuelle brute à prendre en compte est défini selon les modalités prévues au III de l'article L. 241-13.

Sous réserve des dispositions prévues par les alinéas suivants, le montant annuel du salaire minimum de croissance à prendre en compte est égal à 1 820 fois le salaire minimum de croissance prévu par l'article L. 3231-2 du code du travail ou à la somme de douze fractions identiques correspondant à sa valeur multipliée par les 52/12 de la durée légale hebdomadaire.

Pour les salariés travaillant à temps partiel ou dont la rémunération contractuelle n'est pas fixée sur la base de la durée légale ainsi que pour les salariés n'entrant pas dans le champ d'application de l'article L. 3242-1 du code du travail, le montant du salaire minimum de croissance ainsi déterminé est corrigé à proportion de la durée de travail ou de la durée équivalente au sens de l'article L. 3121-9 du code du travail ou de l'article L. 713-5 du code rural et de la pêche maritime, hors heures supplémentaires au sens de l'article L. 241-18 du code de la sécurité sociale et complémentaires au sens des articles L. 3123-17 et L. 3123-18 du code du travail, inscrite à leur contrat de travail au titre de la période où ils sont présents dans l'entreprise et rapportée à celle correspondant à la durée légale du travail.

En cas de suspension du contrat de travail avec paiement intégral de la rémunération brute du salarié, la fraction du montant du salaire minimum de croissance correspondant au mois où le contrat est suspendu est prise en compte pour sa valeur déterminée dans les conditions ci-dessus.

Pour les salariés entrant dans le champ d'application de l'article L. 3242-1 susmentionné qui ne sont pas présents toute l'année ou dont le contrat de travail est suspendu sans paiement de la rémunération ou avec paiement partiel de celle-ci, la fraction du montant du salaire minimum de croissance correspondant au mois où a lieu l'absence est corrigée selon le rapport entre la rémunération versée et celle qui aurait été versée si le salarié avait été présent tout le mois, hors éléments de rémunération qui ne sont pas affectés par l'absence. Le salaire minimum de croissance est corrigé selon les mêmes modalités pour les salariés n'entrant pas dans le champ d'application de l'article L. 3242-1 susmentionné dont le contrat de travail est suspendu avec paiement partiel de la rémunération.

Le cas échéant, le montant du salaire minimum de croissance à prendre en compte est majoré du produit du nombre d'heures supplémentaires au sens de l'article L. 241-18 du code de la sécurité sociale et complémentaires au sens des articles L. 3123-17 et L. 3123-18 du code du travail rémunérées au cours de l'année par le salaire minimum de croissance prévu par l'article L. 3231-2 du code du travail.

Si un des paramètres de détermination du montant annuel du salaire minimum de croissance à prendre en compte évolue en cours d'année, sa valeur annuelle est égale à la somme des valeurs déterminées par application des règles précédentes pour les périodes antérieure et postérieure à l'évolution.

II.-Pour les salariés en contrat de travail temporaire mis à disposition au cours d'une année auprès de plusieurs entreprises utilisatrices, le coefficient mentionné au I est déterminé pour chaque mission.

(...)

dans sa version en vigueur du 8 mai 2010 au 1 janvier 2011(tel que modifié par Ordonnance n°2010-462 du 6 mai 2010) le point II est ainsi rédigé :

“II. - Pour les salariés d'une entreprise de travail temporaire mis à disposition au cours d'un mois civil auprès de plusieurs entreprises utilisatrices, le montant mensuel de la réduction est la somme des réductions appliquées à la rémunération brute versée au salarié au titre de chaque mission effectuée au cours de ce mois. Le coefficient mentionné au I est déterminé pour chaque mission“.

↓ **le décret no 2010- 1779 du 31 décembre 2010** (JO 1^{er} janvier 2011) modifie la formule de calcul mentionné à l'article L 241-13 précité pour tenir compte de l'annualisation des paramètres pris en compte pour la détermination de la réduction dont bénéficie l'employeur :

Décret n° 2010-1779 du 31 décembre 2010 relatif aux modalités de calcul de la réduction générale de cotisations patronales de sécurité sociale et pris pour l'application de l'article L. 241-13 du code de la sécurité sociale.

Public concernés : employeurs du secteur privé, des entreprises nationales, sociétés d'économie mixte, établissements publics industriels et commerciaux ainsi que ceux relevant de certains régimes spéciaux de sécurité sociale (marins, mines, clercs et employés de notaires) pour leurs salariés au titre desquels ils doivent cotiser à l'assurance chômage.

Objet : modalités de calcul de la réduction générale de cotisations patronales de sécurité sociale.

Entrée en vigueur : le 1er janvier 2011.

Notice : le présent décret explicite les modalités d'application de la réduction générale de cotisations sociales patronales qui s'opère sur une base annuelle et non plus mensuelle conformément aux dispositions de l'article 12 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2011.

Ce texte modifie la formule de calcul pour tenir compte de l'annualisation des paramètres pris en compte pour la détermination de la réduction dont bénéficie l'employeur (article D. 241-7 du code de la sécurité sociale et précise les modalités d'application de cette réduction aux cotisations dues au titre de chaque mois par anticipation ainsi que les modalités de régularisation du différentiel de réduction entre le calcul appliqué chaque mois par anticipation et le résultat du calcul annualisé (articles D. 241-8 et D. 241-9 du même code).

Il adapte, par ailleurs, les dispositions relatives à la majoration de la réduction dont bénéficient les employeurs ayant recours pour le paiement des congés payés à une caisse de compensation afin d'y inclure, conformément aux dispositions législatives, les entreprises de travail temporaire (article D. 241-10). Il modifie celles relatives aux documents mensuels de contrôle que doivent tenir les employeurs rendues caduques du fait de l'annualisation du calcul (article D. 241-13).

L'article 2 adapte enfin les dispositions du code rural et de la pêche maritime relatives aux exonérations dont bénéficient les employeurs de travailleurs occasionnels agricoles pour les harmoniser aux nouvelles modalités de détermination des paramètres mensuels de calcul par anticipation de la réduction générale.

Article 1

Le code de la sécurité sociale est ainsi modifié :

1° L'article D.241-7 est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. D. 241-7. I. - Le coefficient mentionné au III de l'article L. 241-13 est déterminé par application de la formule suivante :

« Coefficient = $(0,26/0,6) \times (1,6 \times \text{SMIC calculé pour un an/ rémunération annuelle brute } 1)$.

« Pour les employeurs de un à dix-neuf salariés mentionnés au quatrième alinéa du III de l'article L. 241-13, le coefficient fixé au premier alinéa est déterminé par application de la formule suivante :

« Coefficient = $(0,281/0,6) \times (1,6 \times \text{SMIC calculé pour un an} / \text{rémunération annuelle brute } 1)$

« Le résultat obtenu par application de l'une ou l'autre de ces formules est arrondi à quatre décimales, au dix millième le plus proche. Pour les entreprises de un à dix-neuf salariés, il est pris en compte pour une valeur égale à 0,2810 s'il est supérieur à 0,2810. Pour les entreprises de plus de dix-neuf salariés, il est pris en compte pour une valeur égale à 0,2600 s'il est supérieur à 0,2600.

« Le montant de la rémunération annuelle brute à prendre en compte est défini selon les modalités prévues au III de l'article L. 241-13.

« Sous réserve des dispositions prévues par les aliéna suivants, le montant annuel du salaire minimum de croissance à prendre en compte est égal à 1 820 fois le salaire minimum de croissance prévu par l'article L. 3231-2 du code du travail ou à la somme de douze fractions identiques correspondant à sa valeur multipliée par les 52/12 de la durée légale hebdomadaire.

« Pour les salariés travaillant à temps partiel ou dont la rémunération contractuelle n'est pas fixée sur la base de la durée légale ainsi que pour les salariés n'entrant pas dans le champ d'application de l'article L. 3242-1 du code du travail, le montant du salaire minimum de croissance ainsi déterminé est corrigé à proportion de la durée de travail ou de la durée équivalente au sens de l'article L. 3121-9 du code du travail ou de l'article L. 713-5 du code rural et de la pêche maritime, hors heures supplémentaires et complémentaires au sens de l'article 81 quater du code général des impôts, inscrite à leur contrat de travail au titre de la période où ils sont présents dans l'entreprise et rapportée à celle correspondant à la durée légale du travail.

« En cas de suspension du contrat de travail avec paiement intégral de la rémunération brute du salarié, la fraction du montant du salaire minimum de croissance correspondant au mois où le contrat est suspendu est prise en compte pour sa valeur déterminée dans les conditions ci-dessus.

« Pour les salariés entrant dans le champ d'application de l'article L. 3242-1 susmentionné qui ne sont pas présents toute l'année ou dont le contrat de travail est suspendu sans paiement de la rémunération ou avec paiement partiel de celle-ci, la fraction du montant du salaire minimum de croissance correspondant au mois où a lieu l'absence est corrigée selon le rapport entre la rémunération versée et celle qui aurait été versée si le salarié avait été présent tout le mois, hors éléments de rémunération qui ne sont pas affectés par l'absence. Le salaire minimum de croissance est corrigé selon les mêmes modalités pour les salariés n'entrant pas dans le champ d'application de l'article L. 3242-1 susmentionné dont le contrat de travail est suspendu avec paiement partiel de la rémunération.

« Si un des paramètres de détermination du montant annuel du salaire minimum de croissance à prendre en compte évolue en cours d'année, sa valeur annuelle est égale à la somme des valeurs déterminées par application des règles précédentes pour les périodes antérieure et postérieure à l'évolution.

« II. Pour les salariés en contrat de travail temporaire mis à disposition au cours d'une année auprès de plusieurs entreprises utilisatrices, le coefficient mentionné au I est déterminé pour chaque mission.

« Pour les salariés en contrat à durée déterminée auprès d'un même employeur, le coefficient mentionné au I est déterminé pour chaque contrat.

« III. Pour l'application du cinquième alinéa du III de l'article L. 241-13, le temps de travail effectué sur l'année auprès des membres de ces groupements qui ont un effectif de dix-neuf salariés au plus s'apprécie en fonction du rapport entre la durée du travail auprès de ces membres inscrite à leur contrat ou à leur convention de mise à disposition et la durée totale du travail effectuée sur l'année. » ;

2° Après l'article D. 241-7, les articles D. 241-8 et D. 241-9 sont rétablis et ainsi rédigés :

« Art. D. 241-8. - Le montant de la réduction prévue à l'article L. 241-13 appliquée par anticipation aux cotisations dues au titre des rémunérations versées au cours d'un mois civil est égal au produit de la rémunération mensuelle par le coefficient mentionné au I de l'article D. 241-7 calculé selon les modalités prévues au même article à l'exception du montant du salaire minimum de croissance et de la rémunération qui sont pris en compte pour un mois.

« Art. D. 241-9. - Les cotisations dues au titre du dernier mois ou du dernier trimestre de l'année tiennent compte, le cas échéant, de la régularisation du différentiel entre la somme des montants de la réduction mentionnée à l'article L. 241-13 appliquée par anticipation pour les mois précédents de l'année et le montant de cette réduction calculée pour l'année. En cas de cessation du contrat de travail en cours d'année, la régularisation s'opère sur les cotisations dues au titre du dernier mois ou trimestre d'emploi.

« Une régularisation progressive des cotisations peut être opérée en cours d'année, d'un versement à l'autre, en faisant masse, à chaque échéance, des éléments nécessaires au calcul de la réduction sur la période écoulée depuis le premier jour de l'année ou à dater de l'embauche si elle est postérieure. » ;

3° L'article D. 241-10 est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. D. 241-10. - Le taux mentionné au IV de l'article L. 241-13 est fixé à 10 %. » ;

4° A l'article D. 241-13, la référence « L. 241-13, » est supprimée et les mots : « , le coefficient issu de l'application de la formule de calcul prévue à l'article D. 241-7 et, le cas échéant, » sont remplacés par le mot : « et ».

(...)

↓ **le décret n°2011-2086 du 30 décembre 2011** modifie le calcul de cette réduction de cotisations patronales afin d'y introduire les rémunérations afférentes aux heures supplémentaires et complémentaires pour l'appréciation du niveau de rémunération du salarié par rapport au SMIC

Décret n° 2011-2086 du 30 décembre 2011 portant adaptation des modalités de calcul de la réduction générale de cotisations patronales de sécurité sociale

NOR: BCRS1135130D

Publics concernés : employeurs du secteur privé et des entreprises nationales, sociétés d'économie mixte, établissements publics industriels et commerciaux ainsi que ceux relevant de certains régimes spéciaux de sécurité sociale (marins, mines, clerks et employés de notaires) pour les salariés au titre desquels ils doivent cotiser à l'assurance chômage.

Objet : modalités de calcul de la réduction générale de cotisations patronales de sécurité sociale.

Entrée en vigueur : le 1er janvier 2012.

Notice : le décret modifie les modalités d'application de la réduction générale de cotisations sociales patronales compte tenu des modifications introduites par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2012. En effet, cette loi a modifié le calcul de la réduction générale de cotisations patronales de sécurité sociale afin d'y introduire les rémunérations afférentes aux heures supplémentaires et complémentaires pour l'appréciation du niveau de rémunération du salarié par rapport au SMIC. Le décret précise en conséquence que le coefficient de réduction est calculé en fonction du rapport entre la rémunération annuelle brute et le SMIC calculé pour un an sur la base de la durée légale du travail majorée, le cas échéant, du volume d'heures supplémentaires réalisé dans l'année.

Références : les dispositions du code de la sécurité sociale modifiées par le présent décret peuvent être consultées, dans leur rédaction résultant de cette modification, sur le site Légifrance (<http://www.legifrance.gouv.fr>). Le présent décret est pris pour l'application de l'article 16 de la loi n° 2011-1906 du 21 décembre 2011 de financement de la sécurité sociale pour 2012.

Article 1

Le code de la sécurité sociale est ainsi modifiée :

1° Après le dixième alinéa de l'article D. 241-7, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« Le cas échéant, le montant du salaire minimum de croissance à prendre en compte est majoré du produit du nombre d'heures supplémentaires ou complémentaires au sens de l'article 81 quater du code général des impôts rémunérées au cours de l'année par le salaire minimum de croissance prévu par l'article L. 3231-2 du code du travail. » ;

2° L'article D. 241-11 est ainsi modifié :

a) Le premier alinéa est supprimé ;

b) Au deuxième alinéa, les mots : « , dont le bénéfice est le cas échéant cumulé avec l'autre mesure d'allègement mentionnée à l'alinéa précédent, » sont supprimés et les mots : « du mois » sont remplacés par les mots : « de l'année, majoré du taux prévu à l'article D. 241-10 pour les salariés mentionnés au IV de l'article L. 241-13. » ;

3° L'article D. 241-14 est abrogé.

Article 2

Les dispositions du présent décret entrent en vigueur le 1er janvier 2012