

Montreuil, le 03/11/2009  
ACOSS

DIRECTION DE LA REGLEMENTATION, DU  
RECOUVREMENT ET DU SERVICE

**LETTRE CIRCULAIRE N° 2009-084**

**OBJET :** Loi de simplification et clarification du droit et d'allègement des procédures – mesures de sécurisation juridique.

*Cette loi comporte diverses mesures renforçant la sécurité juridique du recouvrement des cotisations telles que :*

- *L'extension de la procédure d'arbitrage de l'ACOSS et du rescrit au cotisant appartenant à un groupe*
- *La publicité des décisions de rescrit*
- *L'opposabilité d'une décision d'un organisme à un autre en cas de déménagement*
- *L'encadrement de l'abus de droit en matière sociale*
- *La responsabilité de la société mère en cas de travail dissimulé*

La loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (JO du 13 mai 2009) comprend 140 articles articulés autour de plusieurs thèmes, notamment :

- la simplification en faveur des citoyens et des usagers des administrations
- la simplification des règles applicables aux collectivités territoriales et aux services publics
- la simplification en faveur des entreprises et des professionnels.

Au titre de cette dernière catégorie, la loi comporte des dispositions renforçant la sécurité juridique de l'employeur (article 75).

S'inspirant des préconisations du rapport Fouquet, cet article de loi reprend des mesures de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2009, annulées par le Conseil constitutionnel le 11 décembre 2008 pour de simples raisons de procédure parlementaire.

Ce sont ces dispositions qui sont commentées par la présente circulaire.

## **1. Extension de la procédure d'arbitrage de l'ACOSS aux filiales et aux autres entreprises contrôlées d'un même groupe auquel appartient le cotisant.**

L'article L.243-6-1 du code de la Sécurité sociale confie à l'ACOSS l'instruction d'un recours instauré au bénéfice de tout cotisant confronté à des interprétations contradictoires d'organismes de recouvrement, relatives à plusieurs de ses établissements placés dans une même situation au regard d'un même dispositif juridique.

Le cotisant sollicite l'intervention de l'ACOSS concernant l'appréciation portée sur sa situation par les organismes de recouvrement. A la suite de l'analyse du litige, l'ACOSS peut demander aux organismes d'adopter une position dans un délai d'un mois. A l'expiration de ce délai, l'ACOSS peut, le cas échéant, et si sa position n'a pas été suivie d'effets, se substituer à l'organisme défaillant pour prendre les mesures nécessaires.

Ce texte ne trouvait à s'appliquer que lorsqu'une entreprise ayant plusieurs établissements relevait de plusieurs organismes de recouvrement et se voyait appliquer concomitamment des solutions divergentes alors que ses établissements étaient dans une situation identique.

L'article 75 de la loi du 12 mai 2009 ajoute un nouvel alinéa à ce texte, lequel permet aux filiales et autres entreprises contrôlées d'un même ensemble, selon la définition donnée aux articles L. 233-1 et L. 233-3 du code de commerce, de recourir à ce dispositif d'arbitrage.

L'appartenance à un groupe s'apprécie au jour de la demande.

Cet ensemble est constitué :

- d'une part, par les sociétés filiales au sens de l'article L 233-1 du code de commerce, qui prévoit que la société dont plus de la moitié du capital est possédé par une autre société est filiale de cette dernière.
- d'autre part, par les sociétés contrôlées par la société tête de groupe ou une société en dépendant au sens de l'article L 233-3 du même code.

En application de ce texte, une société est considérée comme en contrôlant une autre :

a) lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

b) lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

c) lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

d) lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société;

e) lorsqu' agissant de concert avec une autre, elle détermine en fait les décisions prises en assemblée générale; ce type de contrôle est dit conjoint.

A ces liens de dépendance ou de contrôle qui peuvent donc être de droit ou de fait, l'article L 233-3 du code précité ajoute un cas supplémentaire où est posée une présomption de contrôle : une société est présumée en contrôler une autre lorsqu'elle dispose, directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40% et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne. Il s'agit d'une présomption simple et peut donc être renversée par la preuve contraire.

Ainsi, toute entité appartenant à l'ensemble des entreprises ou sociétés entre lesquelles existe un lien de dépendance ou de contrôle au sens précité est en droit de solliciter l'intervention de l'ACOSS lorsqu'un autre membre de l'ensemble, placé dans la même situation, a fait l'objet d'une interprétation contradictoire sur l'application d'un même dispositif juridique.

L'article R.243-43-1 du code de la Sécurité sociale, issu du décret du 11 avril 2007, précise qu'il incombe au cotisant de solliciter l'arbitrage par une demande écrite et motivée à laquelle sont joints tous documents relatifs aux interprétations contradictoires auxquelles il est confronté.

Pour bénéficier de ce nouveau dispositif, il lui appartient aussi de préciser que sa situation entre dans les prévisions des textes rappelés ci-dessus. L'ACOSS procèdera à cette vérification avant d'accuser réception d'un dossier complet.

Ces nouvelles dispositions s'appliquent aux demandes effectuées à compter du 14 mai 2009.

## **2. Application de la procédure de rescrit social au demandeur appartenant à un même groupe de personnes**

La procédure de rescrit social instaurée par l'ordonnance du 6 juin 2005 permet à l'employeur ou au futur employeur d'interroger l'organisme de recouvrement sur l'application à son cas de certaines dispositions de la législation sociale et de se prévaloir ultérieurement de cette position pour faire échec à des redressements fondés sur une appréciation différente pour la période en question.

La position arrêtée par l'URSSAF le garantit alors contre tout redressement de cotisations et contributions sociales sur le point en question dès lors que sa situation et la législation n'ont pas évolué.

Initialement, limité à trois domaines (exonérations de cotisations spécifiques à une zone géographique, contributions des employeurs en cas de mise en place de régime de retraite supplémentaire ou de régime de prévoyance, avantages en nature, frais professionnels), le champ du rescrit a été étendu, à effet du 1er janvier 2009, par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, aux autres dispositifs d'allègements de cotisations sociales et aux dispositifs dérogeant à l'universalité de l'assiette des cotisations.

En application de l'article L.243-6 -3 du code de la Sécurité sociale, la réponse de l'organisme s'applique au seul demandeur. Cependant, il a été admis que lorsqu'un cotisant entend bénéficier d'une décision de rescrit pour plusieurs de ses établissements relevant du même organisme de recouvrement, il doit explicitement indiquer dans sa demande les établissements concernés et fournir pour chacun d'entre eux les renseignements requis.

Lorsqu'un cotisant relève d'un nouvel organisme suite au changement de son lieu d'exploitation, la décision explicite du premier organisme s'impose au second tant que la situation de fait décrite dans la demande ou la législation au regard de laquelle la situation du demandeur a été appréciée n'ont pas été modifiées.

L'article 75 de la loi de simplification prévoit :

- lorsque l'entreprise appartenant à un même groupe le mentionne précisément, d'appliquer la décision rendue à toute autre entreprise ou personne morale appartenant à ce même ensemble.
- de permettre à un demandeur, appartenant au même ensemble de personnes de se prévaloir, de la décision explicite rendue par l'ancien organisme auprès du nouvel organisme dont il relève, et à condition que la décision du précédent organisme le mentionne expressément.

Pour donner lieu à l'extension des effets du rescrit social, la demande doit préciser de manière explicite le périmètre du groupe et les conditions permettant la mise en œuvre des articles L.233-1 et L.233-3 du code du commerce rappelés plus haut.

Ainsi, la décision rendue par une Urssaf à la demande d'une société du même groupe s'applique aux autres membres du groupe et est par conséquent opposable à leurs organismes de recouvrement respectifs.

Pour autant, la décision demeure notifiée au seul demandeur initial.

L'opposabilité de la décision ne vaut que pour autant que les entités concernées fassent toujours partie du même groupe.

Si une société peut se prévaloir d'une décision explicite rendue dans le cadre de la procédure de rescrit à l'égard d'un autre membre du groupe, elle ne peut en revanche invoquer à son profit la disposition selon laquelle, à défaut de réponse dans le délai imparti, l'URSSAF ne peut effectuer de redressement de cotisations ou contributions au titre de la période écoulée entre la fin du délai de 4 mois et la date de notification de la réponse explicite.

### **3. La publicité des rescrits**

Les décisions de rescrit de la branche recouvrement, font l'objet d'une publicité selon les conditions définies par décret en Conseil d'état.

#### **4. Opposabilité des décisions d'une URSSAF à une autre URSSAF lorsque l'entreprise ou l'un de ses établissements change d'organisme de recouvrement**

L'article 75 de la loi de simplification crée un article L.243-6-4 dans le code de la Sécurité sociale qui rend opposable les décisions explicites d'une URSSAF à une autre lorsque l'entreprise change d'organisme de recouvrement, à situation de fait ou de droit identique à celle prise en compte par le précédent organisme ou à la demande de l'organisme de recouvrement.

Les hypothèses visées sont les changements d'organisme de recouvrement :

- liés à un changement d'implantation géographique de l'entreprise ou de l'un de ses établissements,

- ou à la demande de l'organisme de recouvrement. Sont visés le changement d'organisme de recouvrement opéré par l'ACOSS pour les très grandes entreprises (TGE) ou pour celles admises en versement au lieu unique (VLU).

#### **5. Encadrement de la procédure d'abus de droit**

L'article L.243-7-2 du code de la Sécurité sociale issu de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2008 a transposé la procédure d'abus de droit existant en matière fiscale au droit de la Sécurité sociale.

Dans cette rédaction, le texte prévoit que les organismes sociaux sont en droit de restituer son véritable caractère à l'opération litigieuse. En cas de désaccord sur les rectifications notifiées sur le fondement du présent article, le litige est soumis, à la demande du cotisant ou de l'organisme chargé du recouvrement, à l'avis du comité consultatif pour la répression des abus de droit.

Les avis rendus par le comité feront l'objet d'un rapport annuel. Si l'organisme ne s'est pas conformé à l'avis du comité, il doit apporter la preuve du bien-fondé de sa rectification.

La loi de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures réécrit l'article L.243-7-2 du code de la sécurité sociale pour :

- ✓ Redéfinir la nature des actes constitutifs de l'abus de droit

Les actes pouvant être écartés ou déclarés inopposables sont soit des actes fictifs, soit des actes réels (application à la lettre des textes ou d'une décision de l'organisme) qui sont détournés de leur finalité et ne répondent en réalité qu'à la seule volonté de ne pas verser les charges sociales qui seraient dues si ces actes n'étaient pas intervenus.

Il ne s'agit en aucune façon des recours abusifs visés à l'article 32-1 du code de procédure civile. Ce texte sanctionne celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive par une amende civile d'un maximum de 3.000 euros sans préjudice des dommages intérêts qui seraient réclamés.

✓ Préciser la procédure à suivre, en cas de désaccord sur les rectifications notifiées.

Le litige est alors soumis, à la demande du cotisant à l'avis du comité des abus de droit.

Les organismes de recouvrement, autorisés par l'ACOSS, peuvent également soumettre le litige à l'avis du comité.

Si les organismes ne se conforment pas à l'avis du comité, ils doivent apporter la preuve du bien fondé de leur rectification. En cas d'avis du comité favorable aux organismes, la charge de la preuve devant le juge revient au cotisant.

✓ Sanctionner l'abus de droit par l'application d'une pénalité égale à 20% des cotisations et contributions dues.

✓ Ecarter l'application de cette procédure dans les situations suivantes

Lorsqu'un cotisant a préalablement fait une demande d'arbitrage de l'ACOSS ou de rescrit social en fournissant aux organismes concernés tous éléments utiles pour apprécier la portée véritable de ces actes alors que les organismes n'ont pas répondu dans les délais requis.

Il convient de noter que la charge de la preuve de l'abus de droit incombe à l'organisme de recouvrement. Toutefois, la loi du 12 mai 2009 prévoit que l'avis du comité favorable à l'organisme de recouvrement a pour effet d'inverser la charge de la preuve devant le juge. Il reviendra dès lors au cotisant de prouver qu'il n'a pas commis d'abus de droit.

Un décret en Conseil d'Etat déterminera les modalités d'application de cet article, notamment la composition, l'organisation et le fonctionnement du comité des abus de droit.

## **6. Création d'une responsabilité subsidiaire et solidaire au sein d'un groupe pour le paiement de sommes dues suite à constat de travail dissimulé**

Pour tenir compte, à l'échelle d'un groupe, des suites d'un constat de travail dissimulé établi à l'égard d'une personne morale appartenant à un groupe, est créée une responsabilité subsidiaire et solidaire entre la personne morale ayant commis cette infraction et la société mère ou la société holding de ce groupe, pour le paiement des contributions et cotisations sociales ainsi que des majorations et pénalités dues (article L.243-7-3 nouveau CSS).

En visant la " société mère ou la société holding " de l'ensemble, le texte pose le principe de la responsabilité de la société **contrôlant** le groupe, qu'il s'agisse d'une pure holding ou d'une société exerçant une activité industrielle ou commerciale par ailleurs.

- **La société mère** de " l'ensemble des personnes entre lesquelles existe des liens de dépendance ou de contrôle " au sens du code de commerce est la société qui exerce le contrôle de droit ou de fait **du groupe**.

Il peut s'agir d'une société qui a une activité industrielle ou commerciale propre, à laquelle s'ajoute le contrôle du groupe.

- **Une société holding** est une société dont l'objet est la prise et la gestion de participations dans d'autres sociétés, son actif étant par suite principalement composé de participations dans d'autres entreprises. Elle peut être constituée selon des formes juridiques variées et n'obéit à aucun statut juridique particulier.

La **solidarité** financière légale a pour objet de rendre la société mère ou la holding du groupe responsable du paiement de l'intégralité des cotisations, contributions sociales, majorations et pénalités dues au titre de l'infraction de travail dissimulé constatée.

Il s'agit cependant d'une responsabilité **subsidaire**, qui ne peut donc être recherchée dans le prolongement immédiat de la verbalisation de la filiale ou de la société contrôlée mais nécessite la mise en cause préalable de la société mère ou de la holding. Ainsi, le lien entre la personne qui a commis l'infraction et celle-ci doit être établi et prouvé à la date du procès-verbal, dès lors qu'il constitue le fait générateur de la mise en œuvre de la responsabilité.

La mise en œuvre de la solidarité financière de la mère ou de la holding est subordonnée à la **constatation de l'infraction** par l'un des agents habilités soit, en application de l'article L.8271-7 du code du travail, les officiers et agents de police judiciaire, agents de la direction générale des impôts et de la direction générale des douanes, les agents de contrôle des organismes de Sécurité sociale, inspecteurs et contrôleurs du travail, etc... . Cette constatation doit avoir été relevée et consignée par procès-verbal, lequel constitue donc le fait générateur de la mise en œuvre de la responsabilité.

Aucune condition autre n'est posée par le texte. Ainsi, cette responsabilité n'est pas subordonnée à la connaissance par la société mère ou la holding des faits incriminés et est indépendante de l'existence d'une faute ou de toute condamnation pénale de celle - ci.

## **ENTREE EN VIGUEUR**

A l'exception des mesures nécessitant la parution de décrets d'application (abus de droit en matière sociale et publicité des rescrits), les dispositions susvisées sont applicables à compter du 14 mai 2009.

**Le Directeur**

**Pierre RICORDEAU**