

## La Question du Mois

Septembre 2018

**J'ai une société qui occupe actuellement du personnel. Je compte créer une nouvelle entité juridique et procéder à des engagements. Je souhaite bénéficier des avantages ONSS prévus pour l'engagement de premiers travailleurs. Mon Secrétariat social m'informe que je dois être attentif à la notion d'unité technique d'exploitation. De quoi s'agit-il ?**

Même s'il s'agit d'un premier engagement au sein de la nouvelle structure, vous ne pourrez profiter des avantages ONSS que si le travailleur nouvellement engagé ne remplace pas un travailleur occupé dans la même unité technique d'exploitation au cours des 12 derniers mois qui précèdent l'entrée en service. L'ouverture du droit aux réductions est ainsi conditionnée à la création d'emplois supplémentaires.

### ■ 1. Objectif visé ■

Les réductions de cotisations pour l'engagement de premiers travailleurs visent à stimuler l'emploi. En faisant référence à la notion d'unité technique d'exploitation, le législateur a voulu éviter qu'un avantage ne soit octroyé en cas de simple changement de la personnalité juridique de l'employeur, sans création réelle d'emplois.

### ■ 2. Bases légales ■

En vertu de la loi programme du 24/12/2002, est considéré comme nouvel employeur, l'employeur qui n'a jamais été assujéti à l'ONSS ou qui a cessé d'occuper du personnel durant au moins 4 trimestres consécutifs précédant le trimestre de l'engagement (art. 343).

Exemples :

- La société X engage son premier travailleur le 01/10/2018 ou
- Le dernier travailleur quitte la société le 15/09/2017. Au 01/10/2018, la société redevient nouvel employeur.

Si cette première condition est rencontrée, encore faut-il vérifier si plusieurs employeurs ne forment pas une même unité technique d'exploitation (art. 344). Il s'agit d'éviter des situations où des travailleurs seraient transférés d'une société à l'autre dans le but de bénéficier des avantages ONSS. Ainsi, le travailleur nouvellement engagé ne peut pas remplacer un travailleur qui était actif dans la même unité technique d'exploitation dans le courant des 12 mois (calculés de jour à jour) précédant l'entrée en service.

Exemple : la société X reprend l'activité et le personnel de la société Y sans création de nouveaux emplois.

### ■ 3. Notion d'unité technique d'exploitation ■

La loi du 24/12/2002 ne définit pas ce que l'on entend par unité technique d'exploitation. La jurisprudence de la Cour de cassation considère que ce concept doit être apprécié à la lumière de critères socio-économiques. La Cour de cassation a maintes fois répété qu'il y a lieu d'examiner si l'entité qui procède au nouvel engagement ne procède pas au remplacement d'un travailleur occupé au cours des 12 mois civils précédant son engagement dans une unité à laquelle elle est liée socialement et économiquement.

L'ONSS a fixé ses propres critères d'appréciation. Ces critères s'inspirent en grande partie de ceux utilisés dans le cadre des élections sociales (critères économiques et sociaux prévus à l'art. 14, §2 de la loi du 20/09/1948).

L'ONSS examine tout d'abord le **critère social**. Il peut être question d'une même unité technique d'exploitation si dans les différentes entités juridiques au moins une personne commune est occupée (que ce soit comme travailleur, gérant, administrateur ou dans toute autre fonction). A cet égard, il est sans importance que cette personne ait la même qualité dans les diverses entités.

Si le critère social est rempli, la situation est examinée plus avant sur base de **critères économiques** tels que :

- Lieu : l'activité s'exerce-t-elle au même endroit ou dans les environs immédiats ?
- Activité : l'activité est-elle identique, similaire ou complémentaire ?
- Matériel : le matériel d'exploitation (ou une partie de celui-ci) est-il le même ?
- Clientèle : s'agit-il de la même clientèle ou d'une clientèle similaire ?

Ces critères sont examinés **dans leur ensemble**, mais ne doivent pas nécessairement être remplis ensemble pour conclure à l'existence de la même unité technique d'exploitation. En l'absence de définition légale, les Cours et tribunaux disposent de leur propre pouvoir d'appréciation et peuvent s'écarter des critères ONSS (et notamment considérer que le critère social n'est pas l'élément déterminant).

#### ■ 4. Octroi des réductions dans le cadre de l'unité technique d'exploitation ■

Il est question d'emploi(s) supplémentaire(s) uniquement si le nombre de personnes engagées dans l'unité technique d'exploitation à la date du recrutement est supérieur au nombre maximal de personnes actives simultanément (même sur une journée !) dans cette même unité, dans le courant des 12 mois qui précèdent.

L'ONSS adopte la méthode de calcul suivante :

- **Première étape (A)** : déterminer le nombre maximum de travailleurs ayant été occupés simultanément dans l'unité technique d'exploitation au cours des 12 mois (de jour à jour) qui précèdent l'engagement.
- **Seconde étape (B)** : prendre en compte le nombre total de travailleurs engagés par le nouvel employeur le premier jour, nombre auquel il faut ajouter les travailleurs qui seraient encore occupés dans l'unité technique d'exploitation par d'autres employeurs.

Si (B) est supérieur d'au moins une unité à (A), le droit à la réduction pour l'engagement d'un premier (2<sup>ème</sup>, 3<sup>ème</sup>, 4<sup>ème</sup>, 5<sup>ème</sup> ou 6<sup>ème</sup>) travailleur peut être ouvert.

L'ONSS prévient toutefois que le droit pourra être remis en cause s'il s'avère que l'augmentation du nombre de travailleurs résulte d'un artifice (par exemple engagement d'un certain nombre de travailleurs pour un contrat d'un jour).

##### Exemple 1 :

La Société X engage ses 2 premiers travailleurs en février 2015 (ouverture du droit aux réductions 1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup> travailleur).

Le 01/10/2018, la société Y (qui relève de la même unité technique d'exploitation) procède à 2 engagements. Le premier concerne la reprise d'un travailleur de la société X et le second est un tout nouvel engagement.

- **Première étape** : au cours des 12 mois qui précèdent, il y a deux travailleurs occupés au sein de l'unité technique d'exploitation (A) ;

- **Seconde étape** : au 01/10/2018, 3 travailleurs (1 chez X et 2 chez Y) sont occupés au sein de l'unité technique d'exploitation (B) ;

- **Calcul du différentiel** : (B) est supérieur à (A) d'une unité. La société Y pourra bénéficier de la réduction de charges à vie pour le premier travailleur.

##### Exemple 2 :

La société X connaît des fluctuations de personnel. Sur la période du 01/10/2017 au 30/09/2018, elle a occupé simultanément au maximum 4 travailleurs (= surplus de travail durant les fêtes de fin d'année). Au 01/10/2018, 2 travailleurs sont encore occupés.

Le 01/10/2018, la société Y (qui relève de la même unité technique d'exploitation) procède à l'engagement de 2 travailleurs qui n'ont jamais été occupés dans l'unité technique d'exploitation.

- **Première étape** : au cours des 12 mois qui précèdent, il y a 4 travailleurs occupés au sein de l'unité technique d'exploitation (A) ;

- **Seconde étape** : au 01/10/2018, 4 travailleurs (2 chez X et 2 chez Y) sont occupés au sein de l'unité technique d'exploitation (B) ;

- **Calcul du différentiel** : (B) est égal à (A). Il n'y a pas de création d'emplois supplémentaires. Pour obtenir l'avantage premier travailleur, il aurait fallu que la société Y engage 3 travailleurs au 01/10/2018.

#### ■ 5. Contrôles ■

C'est à l'employeur qu'incombe la responsabilité d'enclencher les réductions. Le contrôle de l'ONSS se fait à posteriori. Les contrôles exercés sont intensifs. Il peut s'écouler un long délai avant que l'employeur ne soit averti qu'il ne répond pas aux conditions. Si tel est le cas, l'employeur sera tenu de rembourser les aides indument perçues. L'enjeu financier peut s'avérer lourd de conséquences. Pour éviter cette situation délicate, il est conseillé à l'employeur de questionner au préalable l'ONSS sur l'opération envisagée.

#### ■ 6. En conclusion ■

Un nouvel engagement ne donne droit à la dispense de cotisations que s'il s'accompagne d'une réelle création d'emploi au sein de la même unité technique d'exploitation.

**Paul Ciborgs**