

# LUTTE CONTRE LE TRAVAIL DISSIMULÉ : VALORISATION DE L'OPTIMISATION SOCIALE ET RÉPRESSION DE LA FRAUDE

# Sommaire

## REVUES

	<b>2</b>
Propos introductifs . . . . .	2
Les pouvoirs des enquêteurs face au travail dissimulé . . . . .	6
Les actions en justice liées au travail dissimulé . . . . .	16
Le travail dissimulé dans la jurisprudence de la Chambre criminelle . . . . .	23
Travail dissimulé et procédures collectives . . . . .	31
Ingénierie juridique frauduleuse et travail dissimulé : l'exemple des transmissions universelles de patrimoine transfrontalières (1) . . . . .	39
La responsabilité des donneurs d'ordres privés et publics en matière de travail dissimulé . . . . .	47
La lutte contre le travail dissimulé : de l'optimisation sociale à la répression de la fraude (rapport de synthèse) . . . . .	58



## REVUES

01

Lexbase Hebdo édition sociale n°695 du 20 avril 2017

[Travail dissimulé] Evénement

## Propos introductifs

14386530

N° Lexbase : N7204BWQ



par Jean-Victor Borel, Avocat associé à la cour d'appel d'Aix-en-Provence (Responsable du département droit privé et des affaires — Borel & Del Prete), ancien Maître de conférences associé des Universités, Directeur scientifique du colloque

La Faculté de droit et de science politique d'Aix-en-Provence, en partenariat avec le Laboratoire de droit privé et de science criminelles (LDPSC) et l'Urssaf Provence-Alpes-Côte d'Azur, a organisé le vendredi 18 novembre 2016 une journée d'études consacrée aux grands enjeux de la lutte contre le travail dissimulé, et la distinction entre l'optimisation sociale, licite et bénéfique pour les entreprises, et la fraude sociale par le travail dissimulé, illicite, qui est lourdement sanctionnée, au regard des dernières évolutions du droit. Les travaux de cette journée étaient présidés par Jean-Victor Borel, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence et ancien Maître de conférences associé à l'IEP d'Aix-en-Provence. Partenaires de cet événement, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver l'intégralité des actes de ce colloque.

Sous la direction scientifique de Jean-Victor Borel, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence, ancien Maître de conférences associé à l'IEP d'Aix-en-Provence

**Propos introductifs**, par Jean-Victor Borel, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence, ancien Maître de conférences asso

cié à l'IEP d'Aix-en-Provence, Directeur scientifique du colloque (N° Lexbase : N7204BWQ).

**Les pouvoirs des enquêteurs face au travail dissimulé**, par Jean-Baptiste Perrier, Professeur à l'Université d'Auvergne, Directeur du Centre Michel de l'Hospital (N° Lexbase : N6585BWS).

**Les actions en justice liées au travail dissimulé**, par Marc Segonds, Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole, Directeur de l'Institut d'études judiciaires, Avocat au barreau de Toulouse (N° Lexbase : N7202BWN).

**Le travail dissimulé**

**dans la jurisprudence de la Chambre criminelle**, par Grégoire Finidori, Conseiller honoraire à la Cour de cassation (N° Lexbase : N6700BW3).

**Travail dissimulé et procédures collectives**, par Bastien Brignon, Maître de conférences HDR à Aix-Marseille Université (N° Lexbase : N6494BWG).

**Ingénierie juridique frauduleuse et travail dissimulé**, par Jean-Victor Borel, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence, ancien Maître de conférences associé à l'IEP d'Aix-en-Provence (N° Lexbase : N7604BWK).

**La responsabilité des donneurs d'ordres privés et publics en matière de travail dissimulé**, par Didier Del Prete, Maître de conférences à l'IEP d'Aix-en-Provence, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence (N° Lexbase : N6712BWI).

**Synthèse des travaux**, par Frédérique Chopin, Maître de conférences HDR à Aix-Marseille Université (N° Lexbase : N6678BWA).

### Remerciements

A titre liminaire, je tiens à remercier la Faculté de Droit de l'Université d'Aix-Marseille, en la personne de son Doyen, Monsieur le Professeur Philippe Bonfils, de nous avoir fait l'honneur d'accueillir ce colloque dans ses murs, haut lieu de la recherche juridique.

Je tiens à remercier également l'Institut des Sciences Pénales et de Criminologie, en la personne de sa directrice, Madame le Professeur Muriel Giacobelli, ainsi que le Laboratoire de Droit privé et de Sciences criminelles, de nous avoir accompagnés dans le cadre de la réalisation de cet ambitieux projet de colloque, portant sur une thématique transversale, relevant non seulement du droit pénal, mais aussi du droit de la Sécurité sociale, du droit du travail et du droit des affaires.

Je souhaite, par ailleurs, remercier l'Urssaf de Provence-Alpes-Côte d'Azur, au travers de son Directeur régional, M. Dominique Clément, et de son Directeur régional adjoint, M. Jean-Philippe Quattrocchi. Cet organisme de protection sociale, avant-gardiste à de nombreux égards et disposant d'une forte expertise dans le domaine de la lutte contre le travail dissimulé, a été un partenaire précieux dans le cadre de la réalisation de ce colloque.

Je tiens en outre, à adresser des remerciements à l'Acoss, la Caisse nationale du réseau des Urssaf, et à la Cour de cassation en sa Chambre criminelle, pour leur contribution à ce colloque, au travers de la participation de Monsieur Frédéric Delhemme, Sous-directeur de l'Acoss en charge du recouvrement amiable et forcé, du contrôle et de la lutte contre la fraude, et de Monsieur Grégoire Finidori, Conseiller honoraire à la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

Fruit du partenariat avec les institutions précitées, ce colloque serait bien entendu demeuré à l'état de simple projet sans le précieux concours des différents intervenants. Je tiens ainsi à leur adresser mes plus sincères remerciements d'avoir accepté de participer à ce colloque. Nous avons en effet eu la chance de recueillir l'analyse de personnalités de référence, théoriciens et praticiens, provenant d'horizons divers, au travers de regards croisés et complémentaires portant sur un sujet majeur et complexe, qui conduit à dépasser les frontières entre plusieurs disciplines juridiques (1). Ce sont bien entendu eux les forces vives qui ont donné à ce colloque toute sa dimension, et dont les travaux sont reproduits ci-après (2).

Enfin, j'entends témoigner toute ma reconnaissance à l'attention du Professeur Jean-Baptiste Perrier, personne clé sans qui ce colloque n'aurait sans doute jamais vu le jour.

### Objet de ce colloque

L'objet de ce colloque est d'apporter un éclairage scientifique sur un phénomène obscur, caché dans l'ombre, à savoir le travail dissimulé.

Le travail dissimulé est une fraude, qui consiste pour ses auteurs, en leur qualité d'employeurs, à se soustraire à leurs obligations sociales, notamment déclaratives, et à leurs obligations financières qui en découlent, à savoir le paiement des cotisations sociales (au sens large).

A cet égard, le travail dissimulé est à distinguer des simples erreurs de calcul, ou d'interprétation des règles applicables, pouvant être commises par les employeurs lors de leurs déclarations qui, même si elles peuvent donner lieu à redressement dans le cadre de ce que l'on appelle le contrôle comptable d'assiette, ne constituent pas à proprement parler une fraude.

Or, ces cotisations sociales éludées, notamment au travers du travail dissimulé, sont les principales ressources du régime général de la Sécurité sociale, qui assure le paiement des soins médicaux, des retraites (régime de base), des allocations familiales et des indemnités en cas d'arrêt maladie, de congés maternité, d'accidents du travail ou de maladies professionnelles pour la plupart des salariés du secteur privé et pour les autres assurés également rattachés à ce régime.

De ce point de vue, le travail dissimulé est un fléau, puisqu'il met à mal notre système de Sécurité sociale, et contribue à son déséquilibre (3).

Mais comme tout phénomène occulte, par définition difficile à détecter, le travail dissimulé est également difficile à évaluer, s'agissant de son impact financier, qui relève de ce que l'on appelle l'évasion sociale (par analogie avec la fameuse évasion fiscale, plus connue du grand public).

Pour autant, au regard des évaluations existantes, il est clair qu'il s'agit d'un phénomène important qui a un impact financier conséquent : en effet, selon les évaluations contenues dans le rapport d'activité de l'Acos pour 2015, la fraude liée au travail dissimulé représenterait environ **3,7 à 4,6 milliards d'euros** de cotisations (au sens large) non recouvrées.

S'il est difficile à établir pour les pouvoirs publics, et pour les organismes de contrôle, qui luttent contre ce phénomène (4), le travail dissimulé peut également être délicat à appréhender pour les principaux acteurs que sont les entreprises, en leur qualité d'employeurs.

En effet, de façon totalement légitime, les entreprises cherchent la plupart du temps à réaliser des économies, de façon à préserver leur rentabilité, *a fortiori* dans un contexte économique difficile comme celui de ces dernières années.

Dans la mesure où les cotisations sociales, communément appelées les "*charges sociales*", constituent un coût important pour les entreprises, celles-ci ont tout intérêt à adopter une démarche d'optimisation sociale, tendant à leur permettre d'en payer le moins possible.

Pour autant, il leur appartient bien entendu de demeurer dans le cadre de la légalité.

Or, c'est bien là toute la difficulté pour les acteurs économiques que sont les entreprises : minimiser les coûts, sans pour autant tomber dans l'illégalité, sachant que la ligne de démarcation entre optimisation sociale (licite) et fraude sociale (illicite) n'est pas toujours facile à identifier, compte tenu de l'état du droit applicable : les textes sont parfois ambigus, ou lacunaires, et il appartient ainsi souvent aux juges, au travers de la jurisprudence (5), de clarifier les règles, ou de combler les vides juridiques, ce qui peut prendre un certain temps...

Et pendant ce temps, les entreprises sont conduites à faire des choix. Certaines font le choix de la plus grande prudence, et de la sécurité, quitte à y perdre en rentabilité, et d'autres franchissent la ligne en se rendant potentiellement coupables de travail dissimulé. Concernant ces dernières, certaines d'entre elles le font sans forcément en avoir conscience, en raison d'un défaut d'analyse du risque juridique et d'anticipation de ses conséquences. Mais d'autres le font de façon totalement intentionnelle et mûrement réfléchie. Dans ce cas, on peut distinguer différents types de comportements, allant de la fraude assez simpliste et évidente (leurs auteurs espèrent simplement ne pas être pris), relevant uniquement du droit interne, à la véritable stratégie frauduleuse d'entreprise (6), élaborée grâce à une ingénierie juridique de haut vol fondée sur l'articulation des différents droit nationaux, du droit européen et du droit international (leurs auteurs tentent de profiter des failles des systèmes juridiques qu'ils pensent avoir identifiées, en parfaite connaissance d'un risque qui a été évalué), dans un contexte de mondialisation.

Or, ces choix effectués par les entreprises peuvent être lourds de conséquences au regard des enjeux, et notamment du risque juridique et financier qui pèse sur elles en cas de poursuites et de condamnation au titre du travail dissimulé. Il s'agit, d'une part, d'un risque pénal (7) car le travail dissimulé est une infraction pénale de nature délictuelle sanctionnée par de lourdes peines (emprisonnement, amendes, interdictions d'exercice, etc.), *a fortiori* si elle est commise en bande organisée. Et il s'agit, d'autre part, d'un risque civil (au sens large), car le travail dissimulé peut donner lieu à différentes actions (8), notamment de la part de l'Urssaf, susceptibles d'avoir un impact important sur le plan financier (redressement des cotisations sociales éludées, augmentées de fortes pénalités et de majorations de retard, dommages et intérêts en réparation du préjudice financier découlant du non-paiement des cotisations, etc.).

Ces risques pèsent non seulement sur les entreprises (s'ils se réalisent, ils peuvent d'ailleurs conduire à leur faillite (9)) mais également sur leurs dirigeants, exposés à titre personnel, tant sur le plan pénal que sur le plan civil (l'écran éventuel de la personne morale ne les mettant pas à l'abri, contrairement à ce que certains peuvent penser).

Le travail dissimulé n'est pas non plus sans conséquences potentielles sur les clients des entreprises qui se rendent coupables de travail dissimulé, qu'il s'agisse de clients privés ou de clients publics. Il y a en effet un risque de solidarité financière (10) qui pèse sur eux s'agissant du paiement des cotisations sociales éludées, dans l'hypothèse où ces clients ont fait appel aux services de telles entreprises sans avoir satisfait à leur obligation légale de vigilance.

---

Compte tenu ainsi des enjeux sociaux et économiques, de la technicité et de la variété des questions que suscite l'étude du travail dissimulé, et de la qualité des différents intervenants, tous les ingrédients étaient réunis pour que ce colloque soit une réussite. Au regard de son déroulement, il semble que tel a été le cas. Et l'auteur de ces lignes a eu un grand plaisir, non dissimulé, à en assurer la direction scientifique.

Mais les paroles s'envolent, et seuls les écrits restent... La publication des actes de ce colloque permet ainsi de laisser une trace, certes modeste, mais avec l'ambition qu'elle aide à mieux cerner la frontière entre l'optimisation sociale et la fraude (11).

J'entends ainsi manifester ma reconnaissance à Lexbase d'accueillir les travaux qui suivent dans ses colonnes, en permettant leur large diffusion.

---

(1) Monsieur Jean-Philippe Quattrocchi a notamment mis en évidence lors de son intervention orale que le travail dissimulé peut, à plusieurs égards, être considéré non seulement comme une infraction de droit pénal social, mais également, voire surtout, comme une infraction de droit pénal des affaires.

(2) Toutes les interventions orales sont retranscrites ci-après, à l'exception de celles de Monsieur Frédéric Dhelemme, Sous-Directeur de l'Acoss en charge du recouvrement amiable et forcé, du contrôle et de la lutte contre la fraude, consacrée aux enjeux de la lutte contre le travail dissimulé, et de Monsieur Jean-Philippe Quattrocchi, Directeur régional adjoint de l'Urssaf de Paca, relative à la question de savoir si le travail dissimulé est une infraction de droit pénal social ou de droit pénal des affaires. Ces interventions n'ont pas pu faire l'objet d'une retranscription.

(3) Cette question des enjeux, notamment financiers, de la fraude liée au travail dissimulé a été abordée par Monsieur Frédéric Dhelemme, lors de son intervention orale.

(4) D'où l'importance particulière de la question des pouvoirs dont disposent les enquêteurs face au travail dissimulé, abordée par le Professeur Jean-Baptiste Perrier dans sa contribution.

(5) Nous renvoyons à cet égard les lecteurs vers l'article de Monsieur Le Conseiller Grégoire Finidori, analysant la jurisprudence de la Chambre criminelle relative au travail dissimulé, lire (N° Lexbase : N6700BW3).

(6) Cet aspect a été abordé par l'auteur de ces lignes aux termes de l'article intitulé "Travail dissimulé et ingénierie juridique frauduleuse", auquel les lecteurs sont invités à se reporter.

(7) Cf. notamment l'article de M. Le Conseiller Finidori.

(8) Les diverses actions en justice susceptibles d'être exercées en matière de travail dissimulé sont traitées aux termes de l'article de notre confrère Maître Marc Segonds, lire (N° Lexbase : N7202BWN).

(9) La question de l'application du droit des procédures collectives en cas de travail dissimulé est abordée par Monsieur Bastien Brignon, lire (N° Lexbase : N6494BWG).

(10) Les lecteurs pourront consulter à cet égard la contribution de notre confrère Maître Didier Del Prete, consacrée à la responsabilité des donneurs d'ordres privés et publics, lire (N° Lexbase : N6712BWI).

(11) Le rapport de synthèse, rédigé par Madame Frédérique Chopin, sera sur ce point particulièrement utile aux lecteurs, lire (N° Lexbase : N6678BWA).

**[Travail dissimulé] Evénement****Les pouvoirs des enquêteurs face au travail dissimulé**

14386496

N° Lexbase : N6585BWS



par Jean-Baptiste Perrier, Professeur à l'Université d'Auvergne, Directeur du Centre Michel de l'Hospital (EA 4232)

La Faculté de droit et de science politique d'Aix-en-Provence, en partenariat avec le Laboratoire de droit privé et de science criminelles (LDPSC) et l'Urssaf Provence-Alpes-Côte d'Azur, a organisé le vendredi 18 novembre 2016 une journée d'études consacrée aux grands enjeux de la lutte contre le travail dissimulé, et la distinction entre l'optimisation sociale, licite et bénéfique pour les entreprises, et la fraude sociale par le travail dissimulé, illicite, qui est lourdement sanctionnée, au regard des dernières évolutions du droit. Les travaux de cette journée étaient présidés par Jean-Victor Borel, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence et ancien Maître de conférences associé à l'IEP d'Aix-en-Provence. Partenaires de cet événement, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver l'intégralité des actes de ce colloque.

Sous la direction scientifique de Jean-Victor Borel, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence, ancien Maître de conférences associé à l'IEP d'Aix-en-Provence

**Propos introductifs**, par Jean-Victor Borel, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence, ancien Maître de conférences associé à l'IEP d'Aix-en-Provence, Directeur scientifique du colloque (N° Lexbase : N7204BWQ).

**Les pouvoirs des enquêteurs face au travail dissimulé**, par Jean-Baptiste Perrier, Professeur à l'Université d'Auvergne, Directeur du Centre Michel de l'Hospital (N° Lexbase : N6585BWS).

**Les actions en justice liées au travail dissimulé**, par Marc Segonds, Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole, Directeur de l'Institut d'études judiciaires, Avocat au barreau de Toulouse (N° Lexbase : N7202BWN).

**Le travail dissimulé dans**

**la jurisprudence de la Chambre criminelle**, par Grégoire Finidori, Conseiller honoraire à la Cour de Cassation (N° Lexbase : N6700BW3).

**Travail dissimulé et procédures collectives**, par Bastien Brignon, Maître de conférences HDR à Aix-Marseille Université (N° Lexbase : N6494BWG).

**Ingénierie juridique frauduleuse et travail dissimulé**, par Jean-Victor Borel, Avocat au Barreau d'Aix-en-Provence, ancien Maître de conférences associé à l'IEP d'Aix-en-Provence (N° Lexbase : N7604BWK).

**La responsabilité des donneurs d'ordres privés et publics en matière de travail dissimulé**, par Didier Del Prete, Maître de conférences à l'IEP d'Aix-en-Provence, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence (N° Lexbase : N6712BW1).



Consubstantielle à l'infraction de travail *dissimulé*, la dissimulation rend à la fois inévitable, mais aussi centrale, la question de la détection des faits constitutifs de cette infraction. On le devine, en raison de cette dissimulation, les faits sont plus difficiles à découvrir ; bien sûr, l'on sait que les faits sont parfois dénoncés, plus souvent que découverts. Il n'en demeure pas moins que l'enquête sur ces faits peut être difficile, en raison des montages mis en œuvre pour dissimuler plus encore cette infraction dissimulée (1).

Sans doute pour faciliter les investigations sur ces faits, l'article L. 8271-1-2 du Code du travail (N° Lexbase : L7433K98) dresse une liste assez fournie des agents de contrôle pouvant rechercher et constater les infractions constitutives de travail illégal, en particulier de travail dissimulé (2).

Sont ainsi compétents les agents de contrôle de l'inspection du travail mentionnés à l'article L. 8112-1 du Code du travail (3) ; les officiers et agents de police judiciaire ; les agents des impôts et des douanes ; les agents des organismes de Sécurité sociale et des caisses de mutualité sociale agricole ; les administrateurs des affaires maritimes (et autres) ; les fonctionnaires des corps techniques de l'aviation civile ; les fonctionnaires ou agents chargés du contrôle des transports terrestres ; les agents de Pôle emploi (4).

La liste est fournie, mais à bien y regarder, les deux catégories les plus intéressantes sont les deux premières, en ce que les missions de ces agents sont plus directement tournées vers l'enquête sur des faits constitutifs d'infractions. Ces deux catégories sont d'autant plus intéressantes qu'elles sont mises en concurrence pour ces investigations. En effet, selon l'article L. 8112-2, alinéa 4, du Code du travail (N° Lexbase : L5734K71), les agents du contrôle de l'inspection du travail sont "*chargés, concurremment avec les officiers et agents de police judiciaire, de constater les infractions*" aux dispositions légales relatives au régime du travail ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail.

Concurremment, la logique est donc assumée par le Code du travail. Face à cette concurrence instituée, entre inspecteur du travail, desquels on peut rapprocher les agents des organismes de Sécurité sociale, et officiers et agents de police judiciaire, il est intéressant de s'intéresser aux pouvoirs dont disposent les agents de contrôle du travail et les agents des organismes de Sécurité sociale, d'un côté, et les pouvoirs dont disposent les officiers et agents de police judiciaire, de l'autre côté.

De prime abord, avant même d'entrer dans le détail de la comparaison, il semblerait logique que les seconds, officiers et agents de police judiciaire, disposent de pouvoirs plus étendus que les premiers. A ce titre, on sait que seul un officier de police judiciaire peut placer en garde à vue une personne pour des faits de travail dissimulé (5).

Au-delà de ces différences instinctivement décelées, il existe surtout des pouvoirs communs. Il est, à cet égard, remarquable de constater une première extension, celle des prérogatives des agents de contrôle du travail ou des organismes de Sécurité sociale, et cette extension rapproche leurs prérogatives de celles des officiers de police judiciaire. Mais l'on constate aussi une seconde extension, celle des prérogatives des officiers de police judiciaire, qui s'éloignent de celles des agents de contrôle du travail. Une double extension donc, qui révèle un rapprochement (I) et un éloignement (II).

## I — Le rapprochement

Le rapprochement des prérogatives des agents de contrôle du travail et des organismes de Sécurité sociale vers celles des officiers et agents de police judiciaire s'observe tant s'agissant des moyens d'enquête dont les premiers disposent (A), que s'agissant des conditions de leur mise en œuvre (B).

### A — Les moyens

Les moyens dont disposent les inspecteurs du travail et les agents des organismes sociaux sont nombreux et variés, et cette diversité est nécessaire pour l'accomplissement de leurs missions ; parmi ces différents pouvoirs, le rapprochement s'observe s'agissant de l'obtention de documents (a), s'agissant de l'audition des intéressés (b) et s'agissant de la visite de certains lieux (c).

a) Afin de lutter contre le travail dissimulé, les agents de contrôle disposent du pouvoir d'accéder aux documents justifiant le respect des dispositions relatives à la lutte contre le travail illégal (6). Il dispose également de la possibilité d'obtenir des services préfectoraux tous renseignements ou tous documents relatifs à l'autorisation d'exercice ou à l'agrément d'une profession réglementée (7), en plus de la possibilité d'échanger entre eux (8) ou avec leurs homologues étrangers (9) tous renseignements et tous documents.

Les premiers moyens d'enquête offerts sont donc ces possibilités d'obtenir certains documents ; la plus spectaculaire est celle de les obtenir de la part du contrevenant. Introduite à l'article L. 8271-6-2 du Code du travail (N° Lexbase :

L7792l3Y) par la loi du 16 juin 2011 (loi n° 2011-672 du 16 juin 2011, relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité N° Lexbase : L4969lQ4) (10), cette possibilité offre un pouvoir très large aux agents de contrôle puisque ce texte ne dresse aucune liste des documents dont la présentation et la copie peuvent être exigées.

Face à ce large pouvoir de présentation de documents, la question se pose de l'intérêt de l'article L. 8271-9 du Code du travail (N° Lexbase : L5088l3T), spécifique au travail dissimulé (11) et qui prévoit une même possibilité d'accès aux informations, mais en prévoyant une telle liste. Selon ce texte, pour la recherche et la constatation des infractions aux interdictions du travail dissimulé, les agents de contrôle peuvent se faire présenter et obtenir copie immédiate de certains documents énumérés, quels que soient leur forme et leur support. L'article L. 8271-9 vise alors les documents justifiant que l'immatriculation, les déclarations et les formalités prévues concernant le registre du commerce et le répertoire des métiers (12) et la déclaration préalable (13) ont été correctement réalisées. Le texte vise également les documents justifiant que l'entreprise a vérifié la situation de ses cocontractants, ou encore les devis, les bons de commande ou de travaux, les factures et les contrats ou documents commerciaux relatifs aux prestations exécutées en violation de l'interdiction du travail dissimulé. Le texte vise enfin les attestations d'assurances professionnelles détenues par les travailleurs indépendants lorsque ces assurances répondent à une obligation légale.

Quatre hypothèses, quatre séries de documents spécifiquement visées par les dispositions relatives à la compétence des agents de contrôle en matière de travail dissimulé, alors que les dispositions générales ne listent pas les hypothèses. S'agit-il d'une restriction ? Le texte spécial vient-il restreindre la possibilité générale ? La réponse est ici négative, il s'agit en réalité d'une précision, les documents visés étant ceux permettant de justifier du respect des dispositions applicables au travail dissimulé, mais d'autres peuvent être demandés à cette même fin.

Le pouvoir offert aux agents de contrôle est donc de demander à se faire présenter et obtenir copie des documents permettant de vérifier le respect des obligations légales ; toute la question est alors celle de l'effectivité de cette prérogative, laquelle invite à se pencher sur la sanction de la non-présentation. Cette dernière est constitutive de la contravention prévue par l'article R. 8114-2 (N° Lexbase : L8387K7R), c'est-à-dire une contravention de la troisième classe, ce qui semble peu dissuasif, mais elle peut également être constitutive du délit d'obstacle à l'accomplissement des fonctions d'inspecteur du travail (14) ou d'agents des organismes de Sécurité sociale (15).

Une telle sanction pourrait surprendre : l'intéressé doit communiquer certains documents, sous peine de sanctions pénales, alors que ces documents pourraient permettre d'établir une infraction contre lui. Faut-il voir dans cette obligation une méconnaissance du droit de ne pas s'auto-incriminer ? La réponse est sans doute négative, comme la Cour l'a indiqué dans une hypothèse similaire (16), tout comme le Conseil constitutionnel concernant le droit douanier (17).

Au-delà de cette question, dans la perspective poursuivie dans le cadre de cette étude, il apparaît que le pouvoir d'obtenir la communication de documents rapproche les prérogatives des agents de contrôle, inspecteurs du travail et agents des organismes de Sécurité sociale, de celles des enquêteurs de police judiciaire, puisque l'article 60-1 du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L4950K8T) permet au procureur ou à l'officier de police judiciaire de requérir de toute personne de lui remettre des informations intéressant l'enquête.

Plus encore, l'on retrouve, parmi les prérogatives des agents de contrôle, une proximité étonnante avec celle prévue par l'article 78-2-1 du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L0558lUg), qui permet, sur réquisition écrite du procureur, aux officiers de police judiciaire assistés éventuellement par des agents de police judiciaire, d'entrer dans les locaux professionnels, hors domicile, où sont en cours des activités diverses, en vue de s'assurer que ces activités ont donné lieu à l'immatriculation au répertoire des métiers ou au registre du commerce et des sociétés lorsqu'elle est obligatoire, ainsi qu'aux déclarations exigées par les organismes de protection sociale et l'administration fiscale ; de se faire présenter le registre unique du personnel et les documents attestant que les déclarations préalables à l'embauche ont été effectuées ; de contrôler l'identité des personnes occupées, dans le seul but de vérifier qu'elles figurent sur le registre ou qu'elles ont fait l'objet des déclarations prévues.

Dans ce pouvoir de visite, l'on retrouve, comme objectif, la vérification des documents de l'article L. 8271-9, dans son ancienne version, la liste ayant depuis été étoffée ; de plus, l'on relève une correspondance entre cette possibilité de contrôler l'identité des personnes occupées et celle prévue pour les agents de contrôle par l'article L. 8271-6-1 du Code du travail (N° Lexbase : L5006K8W), leur permettant de demander aux personnes de justifier de leur identité.

b) Au-delà de ce pouvoir de réquisition, s'agissant de ce rapprochement observé, la possibilité d'audition reconnue aux agents de contrôle est tout à fait remarquable. L'article L. 8271-6-1 du Code du travail leur permet, en effet, d'entendre, en quelque lieu que ce soit, et avec son consentement, tout employeur ou son représentant et toute personne rémunérée, ayant été rémunérée ou présumée être ou avoir été rémunérée par l'employeur ou par un travailleur indépendant, afin de connaître la nature des activités de cette personne, ses conditions d'emploi et le montant des rémunérations s'y rapportant. L'employeur ou son représentant et toute personne rémunérée, ayant



été rémunérée ou présumée être ou avoir été rémunérée par l'employeur, la liste est large !

La loi du 16 juin 2011 l'a encore élargie (18), et le texte poursuit pour indiquer que les agents de contrôle peuvent entendre *"toute personne susceptible de fournir des informations utiles à l'accomplissement de leur mission de lutte contre le travail illégal"* (19).

Une telle possibilité n'est pas sans rappeler celle offerte aux officiers de police judiciaire, d'entendre toutes les personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits ou sur les objets et documents saisis (20). La proximité est ici remarquable, d'autant plus que l'on observe également un rapprochement s'agissant de la mise en œuvre de cette prérogative (21).

c) Enfin, et de façon plus spécifique, les inspecteurs et contrôleurs du travail ont un droit d'entrée et de visite de tous les établissements soumis au Code du travail, afin d'y assurer la surveillance et les enquêtes dont ils sont chargés (22). S'il s'agit d'un lieu d'habitation, ils ne peuvent y pénétrer qu'après avoir reçu l'autorisation des personnes qui les occupent (23).

Une telle prérogative est remarquable (24) et rappelle la perquisition, ne serait-ce qu'à travers ce consentement exigé de la personne chez qui la visite a lieu. Toutefois, elle s'en distingue, d'abord car aucun horaire n'est imposé, de telle sorte que la visite pourrait avoir lieu la nuit. De plus, si le consentement est exigé, il ne l'est que pour les lieux habités, pour les autres, l'employeur ne peut s'opposer à la visite, sous peine de commettre le délit d'obstacle. Enfin, l'existence de soupçons ou d'indices préalables n'est pas une condition, la perquisition pouvant revêtir un caractère administratif (25).

De telles différences sont étonnantes, tant il semblerait que les inspecteurs du travail aient des prérogatives plus étendues que les officiers de police judiciaire, soumis à un cadre légal plus contraignant ; pour en être sûr, il faut s'intéresser à la mise en œuvre de ces prérogatives, où l'on observe encore ce rapprochement.

## B – La mise en œuvre

Concernant la mise en œuvre de ces moyens, sans reprendre l'ensemble des prérogatives offertes aux agents de contrôle du travail, inspecteur et agents, on peut observer ce rapprochement s'agissant des auditions réalisées (a) et s'agissant des visites (b), le rapprochement s'opérant toutefois dans des sens différents.

a) L'alignement de l'audition réalisée par les agents de contrôle sur celle réalisée par un officier de police judiciaire réalise un rapprochement vers le haut.

Finissant la transposition de la Directive du 22 mai 2012 (Directive 2012/13, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales [N° Lexbase : L3181ITY](#)), dite Directive B ou Directive information (26), la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale ([N° Lexbase : L4202K87](#)), a ajouté une précision importante au sein de l'article L. 8271-6-1 du Code du travail (27), renvoyant à l'article 28 du Code de procédure pénale ([N° Lexbase : L5005K8U](#)). Ce dernier texte prévoit, dans son alinéa 2, que lorsque les fonctionnaires et agents autorisés procèdent à des auditions, l'article 61-1 ([N° Lexbase : L2752I3C](#)) est applicable dès lors qu'il existe, à l'égard de la personne entendue, des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis, ou tenté de commettre, une infraction. L'article L. 8271-6-1 du Code du travail reprend cette référence, en miroir.

Dès lors, en application de l'article 61-1 du Code de procédure pénale, lors d'une audition réalisée par un agent de contrôle (28), pour des faits de travail dissimulé, la personne auditionnée doit être informée de la qualification, de la date et du lieu présumés de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ; de son droit de quitter à tout moment les locaux où elle est entendue ; le cas échéant, du droit d'être assistée par un interprète ; du droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire ; si l'infraction pour laquelle elle est entendue est un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement (29), du droit d'être assistée au cours de son audition par un avocat choisi par elle ou, à sa demande, désigné d'office par le bâtonnier (30) ; de la possibilité de bénéficier, le cas échéant gratuitement, de conseils juridiques dans une structure d'accès au droit.

Ainsi, et depuis le 5 juin 2016, la personne auditionnée par des agents de contrôle doit être informée de son droit de se taire, de l'infraction soupçonnée, et de son droit à l'assistance d'un avocat pendant l'audition.

Si elle est informée de cette dernière possibilité, cela signifie donc qu'elle a droit à l'assistance d'un avocat, et le texte précise selon les modalités prévues par les articles 63-4-3 ([N° Lexbase : L9632IPG](#)) et 63-4-4 ([N° Lexbase : L9633IPH](#)). Concrètement, il n'est pas prévu d'entretien initial entre la personne auditionnée et son avocat, mais ce dernier a la possibilité de poser des questions à l'issue des auditions et de faire des observations écrites. L'avocat est, par ailleurs,

soumis au secret de l'audition et de l'enquête (31).

Ainsi, l'audition d'un suspect suivra le même régime, peu importe qu'il soit interrogé par un inspecteur du travail, un agent de l'Urssaf, ou un officier de police judiciaire. Le suspect, mais seulement le suspect, bénéficiera des mêmes droits, de cette information et de cette assistance par un avocat.

Il y a ici un rapprochement indéniable, et un rapprochement vers le haut, puisque l'on s'aligne sur le texte le plus riche.

b) Dans le même temps, et toujours s'agissant de la mise en œuvre, l'on constate un rapprochement par le bas, avec l'abrogation de l'article L. 8271-13 du Code du travail (N° Lexbase : L3452IMS). Pour mémoire, ce texte prévoyait que, dans le cadre des enquêtes préliminaires diligentées pour travail dissimulé, les officiers de police judiciaire peuvent, sur ordonnance du président du TGI, procéder à des visites domiciliaires, perquisitions et saisies dans les lieux de travail, même lorsqu'il s'agit de locaux habités. Le juge devait alors vérifier que la demande était fondée sur des éléments de fait laissant présumer l'existence des infractions dont la preuve est recherchée.

Ce texte permettait, ainsi, aux officiers de police judiciaire de perquisitionner, hors flagrance, sans l'assentiment de l'intéressé, mais muni d'une ordonnance. Or, selon une jurisprudence établie de la Cour de cassation (32), aucun recours n'est possible contre une telle ordonnance; seul un recours en nullité pourra être introduit en cas d'engagement des poursuites. En revanche, si les poursuites ne sont pas engagées, l'intéressé ne pourra donc jamais contester l'ordonnance, ce qui méconnaît le droit à un recours juridictionnel effectif (33).

Face à cette contrariété, dans sa décision du 4 avril 2014 (34), le Conseil reconnaît l'inconstitutionnalité de ce texte, comme il l'avait fait déjà en matière douanière (35).

Le texte étant abrogé, le législateur devait donc intervenir s'il souhaitait réintroduire cette possibilité; or, cette possibilité particulière n'a pas été réintroduite, de telle sorte que les visites pour les faits de travail dissimulé relèvent soit de la compétence de l'inspection du travail, en vertu de l'article L. 8113-1 du Code du travail (N° Lexbase : L7449K9R), et ce, qu'il y ait, ou non flagrance, soit de la compétence des officiers de police judiciaire, en vertu des articles 56 (N° Lexbase : L4944K8M) et suivants du Code de procédure pénale, s'il y a flagrance (36), ou de l'article 76 (N° Lexbase : L7225IMK), s'il n'y a pas flagrance. Dans cette dernière hypothèse, il faut rechercher l'accord de l'intéressé, comme cela est prévu pour les lieux d'habitation par l'article L. 8113-1, il n'est plus possible de passer outre. Alors que par le passé, hors flagrance, les officiers de police judiciaire munis d'une ordonnance du juge pouvaient visiter un lieu d'habitation sans l'assentiment de l'intéressé, tandis que les inspecteurs du travail ne le pouvaient pas, ils sont, désormais, soumis à la même exigence.

On voit ici cet alignement par le bas, en ce que l'alignement se fait sur le dispositif le moins permissif. Toutefois, cet alignement ne doit pas masquer le fait que, dans certaines hypothèses, l'officier de police judiciaire dispose de pouvoirs bien plus étendus, lorsque les faits sont flagrants bien sûr, mais aussi lorsque les faits relèvent de la criminalité organisée, ce qui conduit à s'intéresser à cet éloignement que l'on peut observer entre les prérogatives des différents enquêteurs.

## II – L'éloignement

L'éloignement s'observe non plus s'agissant de l'extension des pouvoirs des agents de l'Urssaf ou de l'inspection du travail, mais comme résultat de l'extension des pouvoirs des officiers de police judiciaire. En effet, afin de lutter contre la concurrence sociale déloyale, la loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014, visant à lutter contre la concurrence déloyale (N° Lexbase : L7015I39) a considérablement élargi ces pouvoirs d'enquête, en intégrant le travail dissimulé en bande organisée parmi les infractions pour lesquelles la procédure dérogatoire de criminalité organisée peut être mise en œuvre. Or, cette intégration se traduit par une extension considérable des pouvoirs d'enquête pour les faits les plus graves (A), au point où l'on se demande si cette extension n'appelle pas à une réflexion, en vue d'une amélioration (B).

### A – L'accroissement

L'accroissement est indéniable : en intégrant l'article 706-73 du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L4901K8Z) avec la loi du 10 juillet 2014, puis l'article 706-73-1 (N° Lexbase : L7974K99) avec la loi n° 2015-993 du 17 août 2015, portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne (N° Lexbase : L2620KG7) (38), le travail dissimulé commis en bande organisée peut être, désormais, recherché grâce aux moyens d'enquête dérogatoires pouvant être mis en œuvre en matière de criminalité organisée. Mais avant de voir ces moyens (b), il est important de revenir sur le critère, à savoir une infraction commise en bande organisée (a).

a) S'agissant du critère, toutes les infractions de travail dissimulé ne peuvent entrer dans le champ de la criminalité organisée : en est exclue la publicité tendant à favoriser, en toute connaissance de cause, le travail dissimulé, prévue par le 2° de l'article L. 8221-1 (N° Lexbase : L3589HgS).

La dissimulation d'activité, la dissimulation d'emploi salarié et le fait de recourir, sciemment, directement ou par personne interposée aux services de celui qui exerce un travail dissimulé peuvent, à l'inverse, donner lieu à la mise en œuvre de ces moyens dérogatoires (39), dès lors qu'ils sont commis en bande organisée. Le critère est donc celui d'une infraction commise en bande organisée, ce qui conduit à s'interroger sur la définition de cette circonstance.

Selon l'article 132-71 du Code pénal (N° Lexbase : L2304AMB), "*constitue une bande organisée tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions*". Deux éléments apparaissent, d'abord le groupement, et quoique le texte ne le précise pas, il semble que l'on exige trois personnes au moins, et la préparation d'une infraction réalisée ou tentée, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels. A ces deux éléments, la jurisprudence a rajouté un dernier élément, qui semblait évident : l'élément moral. En effet, selon la Chambre criminelle, "*la bande organisée suppose la préméditation des infractions et, à la différence de l'association de malfaiteurs, une organisation structurée entre ses membres*" (40).

Le critère est ainsi précisé, mais il est ici important d'indiquer que les exigences relatives à la caractérisation de la bande organisée diffèrent sensiblement selon le stade procédural. Lors du jugement, tous ces éléments devront être démontrés, pour que la circonstance aggravante puisse être retenue lors de la condamnation. En revanche, lors de l'enquête, voire lors de l'instruction, des indices, des soupçons de bande organisée suffisent pour permettre de recourir à la procédure dérogatoire, et donc de mettre en œuvre les moyens prévus dans ce cadre. L'on se satisfait d'une appréciation plus subjective, plus approximative de ces critères, car il est évident qu'au stade de l'enquête, il n'est pas possible d'exiger le même degré de certitude que lors du jugement. D'ailleurs, le fait que, par la suite, ces indices ou soupçons ne soient pas confirmés, n'est pas une cause de nullité des moyens mis en œuvre.

b) S'agissant de ces moyens, la quasi-totalité des moyens prévus dans ce cadre dérogatoire peut être utilisée, y compris ceux ajoutés par la loi du 3 juin 2016 (41). Il s'agit de la surveillance (42), de l'infiltration (43), de l'enquête sous pseudonyme (44), des perquisitions nocturnes (45), avec une limite encore concernant la perquisition de nuit dans un lieu d'habitation (46), des interceptions de communications (47), la saisie des courriels et messages stockés (48), du recours à l'*IMSI Catcher* (49), la sonorisation et la fixation d'images de certains lieux ou véhicules (50), ou encore la captation des données informatiques (51).

Ces moyens offerts sont assez exceptionnels, et l'on se demande, d'ailleurs, s'ils ne présentent pas une gravité trop importante au regard de l'atteinte portée aux droits et libertés, vis-à-vis de la gravité de l'infraction.

L'on remarque, d'ailleurs, que toutes les mesures dérogatoires ne peuvent être mises en œuvre : pour les faits de travail dissimulé en bande organisée, les règles dérogatoires relatives à la garde à vue ne peuvent trouver à s'appliquer (52). Cette exclusion tient au fait qu'une infraction de travail dissimulé, quoique commise en bande organisée, n'est pas susceptible de porter atteinte à la vie, à la sécurité ou à l'intégrité physique des personnes.

Cette limite avait été posée par le Conseil constitutionnel concernant la fraude fiscale (53) et le législateur du 10 juillet 2014 a suivi cette recommandation. Avant même la création de l'article 706-73-1 par la loi du 17 août 2015, avant les décisions sur l'escroquerie en bande organisée (54), le législateur avait prévu que la garde à vue dérogatoire ne s'appliquait pas aux infractions de travail dissimulé, alors visées par l'article 706-73, 20°.

Une telle observation conduit alors à s'interroger sur l'infraction elle-même, sur sa gravité, sur les degrés qu'elle peut présenter, et sur la nécessité de repenser un système qui permet de recourir à un *IMSI Catcher* dans certains cas, mais ne permet pas à certains fonctionnaires de visiter les locaux professionnels sans le consentement de l'intéressé.

## **B — L'amélioration ?**

L'amélioration du système est-elle possible ? La réponse n'est pas aisée, et l'on peut sans doute se satisfaire du dispositif actuel, qui permet d'appréhender les différentes facettes du travail dissimulé, en fonction de la gravité du comportement.

a) Pour les faits de faible gravité, l'on devine que les investigations seront menées par les agents de contrôle, en particulier les inspecteurs du travail ou les agents des organismes de Sécurité sociale. Leur compétence est reconnue, elle n'est pas en cause.

La question peut se poser de savoir s'il ne faudrait pas étendre encore leurs pouvoirs d'enquête, les rapprocher encore des pouvoirs des officiers de police judiciaire. Sur ce point, il faut être vigilant dans ces hypothèses, car s'il est vrai

que d'autres fonctionnaires ont des compétences bien plus larges, il convient de ne pas appeler à la multiplication des compétences partagées, à l'empilement des dispositifs.

Une autre question point également : si les faits présentent une faible gravité, pourquoi ne pas permettre de transiger sur ces faits ? La transaction pénale a fait son irruption en droit pénal du travail avec l'ordonnance du 7 avril 2016 (55), mais elle ne trouve pas à s'appliquer en matière de travail illégal (56). Certes, il n'est sans doute pas envisageable de permettre une telle transaction pour tous les faits de travail dissimulé, d'autant que l'infraction est punie d'une peine supérieure à un an, au-delà donc la limite posée par l'article L. 8114-4 du Code du travail (57).

Toutefois, n'est-il pas envisageable de permettre une transaction lorsque les faits relèvent plus de la négligence (58) que de l'intention de recourir au travail illégal ? Une réflexion pourrait être menée sur ce point, en distinguant selon l'intention et la gravité du comportement, en confiant aux agents de contrôle le soin d'opérer cette distinction, entre ce qui relève de la négligence et peut donner lieu à une transaction, et ce qui relève de la fraude, et doit donner lieu à des poursuites.

b) Pour les faits d'une gravité plus importante, ceux commis en bande organisée, était-il nécessaire d'étendre les nouveaux moyens offerts par la loi du 3 juin 2016 à cette infraction ? La question ne se pose pas seulement pour le travail dissimulé, elle peut se poser aussi pour l'escroquerie en bande organisée, ou pour les délits relatifs aux déchets commis en bande organisée.

Certes, l'on sait que le contrôle de proportionnalité des moyens d'investigation s'affine, que l'obligation de motivation des décisions ordonnant le recours à ces techniques dérogatoires se renforce, mais il n'en demeure pas moins que la garde à vue n'est peut-être pas la seule mesure qui aurait dû être réservée aux infractions les plus graves, aux infractions susceptibles de porter atteinte à la vie.

L'on pourrait considérer que la fin justifie les moyens, que la recherche des infractions justifie de recourir à tous les moyens offerts, mais il faut, ici encore, rester prudent. La raison d'une telle prudence tient à la possibilité, en l'absence de preuve concernant les faits soupçonnés, d'ouvrir néanmoins une procédure incidente sur les autres infractions qui seraient découvertes à cette occasion. L'on voit alors poindre le risque, à trop ouvrir le champ de la surveillance numérique.

La nécessité de rechercher des auteurs de travail dissimulé et leur nécessaire poursuite ne doit pas être un objectif poursuivi au détriment des droits et libertés. Plus qu'à un rapprochement, il conviendrait alors de réfléchir à un recul de l'éloignement, pour réduire la liste des mesures dérogatoires pouvant être mises en œuvre pour des faits de travail dissimulé (59).

Surtout, au-delà de ce recul, il convient de rappeler que cet objectif de recherche des auteurs de travail dissimulé ne peut être atteint uniquement en étendant les pouvoirs d'enquête ; le dispositif doit aussi, pour être efficace, faciliter la dénonciation et donc améliorer la protection des personnes dénonçant ces faits (60), ou encore améliorer les voies procédurales, notamment celle de l'action civile (61). L'amélioration de la lutte contre le travail dissimulé doit être envisagée, non pas seulement à travers le prisme des moyens d'enquête et leur accroissement, mais par l'élaboration d'un dispositif cohérent, efficace et proportionné.

(1) Sur ces montages juridiques, v. ce dossier, J. — V. Borel, *"Ingénierie juridique frauduleuse et travail dissimulé"* (LXB=artnonintégré).

(2) L'article L. 8271-1 du Code du travail (N° Lexbase : L9980IQP) donne compétence à ces agents en matière de travail illégal.

(3) Il s'agit des membres du corps des inspecteurs du travail ou du corps des contrôleurs du travail, jusqu'à l'extinction de leur corps.

(4) Sur ces différentes catégories, v. R. Salomon et A. Martinel, *Droit pénal social*, Economica, 3ème éd., 2016, n° 1297 et s..

(5) Le placement en garde à vue est possible puisque l'infraction est punie de trois ans d'emprisonnement, selon l'article L. 8224-1 du Code du travail (N° Lexbase : L3622HgZ), sous réserve des autres conditions posées par le Code de procédure pénale.

(6) C. trav., art. L. 8271-6-2 N° Lexbase : L7792I3Y).

(7) C. trav., art. L. 8271-10 (N° Lexbase : L3724HgS).

- (8) C. trav., art. L. 8271-2 (N° Lexbase : L9972IQE) ; v. sur ce point R. Salomon et A. Martinel, *Droit pénal social*, op. cit. n° 1316.
- (9) C. trav., art. L. 8271-6 (N° Lexbase : L9975IQI). Dans le même but, l'article L. 8271-5-1 (N° Lexbase : L6784K97) du même code prévoit, depuis la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (N° Lexbase : L8436K9C), la possibilité d'échanger avec les agents du Centre des liaisons européennes et internationales de Sécurité sociale (CLEISS).
- (10) Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011, relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité (N° Lexbase : L4969IQ4), art. 84 ; on voit le lien fait par le législateur entre immigration et travail illégal...
- (11) Le texte est antérieur à la loi du 16 juin 2011, préc..
- (12) Il s'agit de détecter une éventuelle dissimulation d'activité.
- (13) Il s'agit ici de détecter une éventuelle dissimulation de salarié.
- (14) Délit puni d'un an d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende, selon l'article L. 8114-1 du Code du travail (N° Lexbase : L5741K7R).
- (15) Délit puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende, selon l'article L. 243-12-1 du Code de la Sécurité sociale (N° Lexbase : L0455LCT).
- (16) Cass. crim., 24 février 2009, n° 08-84.410, F-P+F (N° Lexbase : A6448ED8), Bull. crim., n° 46 ; il s'agissait d'un contrôle effectué par les agents de la DGCCRF, à l'occasion duquel l'intéressé avait refusé de communiquer les documents demandés dans leur intégralité, ce qui avait conduit à sa condamnation du chef d'opposition à l'exercice des fonctions d'enquêteurs habilités par le ministre chargé de l'Economie. La Cour de cassation valide le raisonnement des juges du fond, qui ont caractérisé le délit "sans porter atteinte au droit au silence garanti par les dispositions conventionnelles".
- (17) Cons. const., décision n° 2011-214 QPC du 27 janvier 2012 (N° Lexbase : A4118IB7), consid. n° 6, où le Conseil relève notamment que "si les dispositions contestées imposent aux personnes intéressées de remettre aux agents de l'administration des douanes les documents dont ces derniers sollicitent la communication, elles ne confèrent pas à ces agents un pouvoir d'exécution forcée pour obtenir la remise de ces documents".
- (18) La loi du 16 juin 2011 l'a aussi généralisée, car avant cette loi, la liste ne concernait pas toutes les hypothèses mais s'appliquait tout de même au travail dissimulé.
- (19) Peuvent ainsi être entendus les clients, les fournisseurs, voire les proches des travailleurs ou de l'employeur, ce qui n'était pas possible avant la loi du 16 juin 2011 ; v. Cass. soc., 28 novembre 1991, n° 89-11.287, publié (N° Lexbase : A1610AAU), Bull. civ. V, n° 548, validant l'annulation des auditions des épouses des salariés.
- (20) C. pr. pén., art. 61, al. 2 (N° Lexbase : L4985K87).
- (21) Cf. *infra*.
- (22) C. trav., art. L. 8113-1 (N° Lexbase : L7449K9R).
- (23) C. trav., art. L. 8113-1, al. 3 ; la visite peut être nécessaire notamment en cas de travail à domicile.
- (24) Elle "est sans doute la plus importante", et "c'est son exercice qui suscite le plus d'opposition et peut déboucher sur le constat d'un délit pénal d'obstacle à fonctions", A. Coëuret, E. Fortis et F. Duquesne, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 6ème éd., 2016, n° 45.
- (25) V. en ce sens, A. Cerf-Hollender, *Travail dissimulé*, Rép. dr. travail, D., n° 116.
- (26) Directive 2012/13/UE du Parlement et du Conseil du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales (N° Lexbase : L3181ITY) ; le délai de transposition était arrivé à échéance le 2 juin 2014.
- (27) Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, relative à la lutte contre le terrorisme, la criminalité organisée et leur financement et améliorant les garanties et l'efficacité de la procédure pénale (N° Lexbase : L4202K87), art. 83.
- (28) L'un de ceux visés par l'article L. 8271-1-2 du Code du travail (N° Lexbase : L7433K98).



- (29) Tel est le cas du travail dissimulé.
- (30) Elle peut, bien sûr, accepter expressément de poursuivre l'audition hors la présence de son avocat.
- (31) En application de l'article 63-4-4 du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L9633IPH).
- (32) Cass. crim., 16 janvier 2002, n° 99-30.359, publié (N° Lexbase : A9897AXT), Bull. crim., n° 4; Cass. crim., 16 janvier 2002, n° 99-30.181, inédit (N° Lexbase : A9988CT4). Dans ces décisions, la Cour considère qu'en l'absence de texte le prévoyant, aucun pourvoi en cassation ne peut être formé contre une ordonnance rendue sur le fondement de l'article L. 611-13 du Code du travail (N° Lexbase : L6656ACI, devenu L. 8271-13); v. encore Cass. crim., 7 mai 2002, n° 01-86.602, inédit (N° Lexbase : A1537CPM); Cass. crim., 3 novembre 2005, n° 05-80.949, F-P+F (N° Lexbase : A7626DLZ).
- (33) V. en ce même sens, en matière fiscale, CEDH, 21 février 2008, Req. 18 497/03 (N° Lexbase : A9979D4D); la loi n° 2014-873 du 4 août 2014, pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes (N° Lexbase : L9079I3N), a alors prévu une telle possibilité.
- (34) Cons. const., décision n° 2014-387 QPC du 4 avril 2014 (N° Lexbase : A4069MIK), RFDC, 2015, p. 202, obs. S. Fucini.
- (35) Cons. const., décision n° 2013-357 QPC du 29 novembre 2013 (N° Lexbase : A4036KQK), RFDC, 2014, p. 700, obs. S. Anane.
- (36) La flagrance est envisageable, notamment car les informations transmises par un agent de l'Urssaf, selon lesquelles une dissimulation d'emploi salarié est en train de se commettre, caractérisent la flagrance, Cass. civ. 1, 28 janvier 2009, n° 08-11.251, F-D (N° Lexbase : A7057ECD); la flagrance peut également apparaître après un contrôle opéré en vertu de l'article 78-2-1 du Code de procédure pénale, Cass. crim., 15 février 2005, n° 04-87.191, F-P+F (N° Lexbase : A1117DHT), Bull. crim., n° 57.
- (37) Loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014, visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale (N° Lexbase : L7015J39), art. 13.
- (38) Loi n° 2015-993 du 17 août 2015, portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne (N° Lexbase : L2620KG7), art. 11.
- (39) Entrent également dans le champ de la procédure dérogatoire le marchandage de main-d'œuvre, le prêt illicite de main-d'œuvre et l'emploi d'étranger sans titre de travail.
- (40) Cass. crim., 8 juillet 2015, n° 14-88.329, F-P+B (N° Lexbase : A7648NM9), Bull. crim., n° 172.
- (41) Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, préc..
- (42) C. pr. pén., art. 706-80 (N° Lexbase : L2773KGS).
- (43) C. pr. pén., art. 706-81 et s. (N° Lexbase : L2786KGB).
- (44) C. pr. pén., art. 706-87-1 (N° Lexbase : L2769KGN).
- (45) C. pr. pén., art. 706-89 et s. (N° Lexbase : L4853K8A).
- (46) La perquisition d'un lieu d'habitation, en dehors des heures légales, est possible en flagrance, permise sous certaines conditions dans le cadre d'une instruction, mais elle n'est pas permise en enquête préliminaire, puisque la seule exception prévue dans ce cadre concerne les faits de terrorisme.
- (47) C. pr. pén., art. 706-95 et s. (N° Lexbase : L4854K8B).
- (48) C. pr. pén., art. 706-95-1 et s. (N° Lexbase : L4765K8Y).
- (49) Aussi bien pour identifier le titulaire de ligne que pour intercepter les communications, C. pr. pén., art. 706-95-4 et s. (N° Lexbase : L4770K88).
- (50) C. pr. pén., art. 706-96 et s. (N° Lexbase : L6078K8M).
- (51) C. pr. pén., art. 706-102-1 et s. (N° Lexbase : L4868K8S).
- (52) Les règles prévues par l'article 706-88 du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L4973K8P) ne s'appliquent



donc pas, tant s'agissant de la prolongation exceptionnelle de cette mesure que de la possibilité exceptionnelle de différer l'intervention de l'avocat.

(53) Cons. const., décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013 (N° Lexbase : [A5483KQ7](#)), consid. n° 76 et 77. V. déjà, Cons. const., décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 (N° Lexbase : [A3770DBA](#)), consid. n° 17, où cette limite apparaît en filigrane s'agissant de l'infraction de vol.

(54) Cons. const., décision n° 2014-420/421 QPC du 9 octobre 2014 (N° Lexbase : [A0029MYQ](#)), RFDC, 2015, p. 206, obs. S. Anane ; Cons. const., décision n° 2015-509 QPC du 11 décembre 2015 (N° Lexbase : [A0395NZN](#)), RFDC, 2016, p. 703, obs. N. Catelan.

(55) Ord. n° 2016-413 du 7 avril 2016, relative au contrôle de l'application du droit du travail (N° Lexbase : [L5257K7T](#)).

(56) Le travail dissimulé n'est pas visé parmi les hypothèses de l'article L. 8114-4 du Code du travail.

(57) On remarque tout de même qu'une composition pénale serait envisageable, l'article 41-2 (N° Lexbase : [L7012K7T](#)) visant un maximum de cinq ans.

(58) L'on pense ici à l'absence de déclaration d'activités, ou encore au retard dans la déclaration préalable.

(59) Cette réflexion ne se limiterait pas aux faits de travail dissimulé, elle concernerait aussi d'autres infractions, celles de l'article 706-73-1 du Code de procédure pénale et pourquoi pas certaines de l'article 706-73.

(60) La protection et le statut des lanceurs d'alerte ont été améliorés par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (N° Lexbase : [L6482LBP](#)), mais du chemin reste encore à faire, pour rendre effective cette protection.

(61) V. ce dossier, M. Segonds, *Les actions en justice liées au travail dissimulé* (N° Lexbase : [N6805BWX](#)).

**[Travail dissimulé] Evénement****Les actions en justice liées au travail dissimulé**

14386511

N° Lexbase : N7202BWN



par Marc Segonds, Professeur à l'Université de Toulouse I Capitole, Co-directeur du Master II Lutte contre la criminalité financière et organisée, Aix-Marseille Université, Avocat au barreau de Toulouse (cabinet AS2A)

La Faculté de droit et de science politique d'Aix-en-Provence, en partenariat avec le Laboratoire de droit privé et de science criminelles (LDPSC) et l'Urssaf Provence-Alpes-Côte d'Azur, a organisé le vendredi 18 novembre 2016 une journée d'études consacrée aux grands enjeux de la lutte contre le travail dissimulé, et la distinction entre l'optimisation sociale, licite et bénéfique pour les entreprises, et la fraude sociale par le travail dissimulé, illicite, qui est lourdement sanctionnée, au regard des dernières évolutions du droit. Les travaux de cette journée étaient présidés par Jean-Victor Borel, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence et ancien Maître de conférences associé à l'IEP d'Aix-en-Provence. Partenaires de cet événement, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver l'intégralité des actes de ce colloque.

Sous la direction scientifique de Jean-Victor Borel, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence, ancien Maître de conférences associé à l'IEP d'Aix-en-Provence

**Propos introductifs**, par Jean-Victor Borel, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence, ancien Maître de conférences asso

cié à l'IEP d'Aix-en-Provence, Directeur scientifique du colloque (N° Lexbase : N7204BWQ).

**Les pouvoirs des enquêteurs face au travail dissimulé**, par Jean-Baptiste Perrier, Professeur à l'Université d'Auvergne, Directeur du Centre Michel de l'Hospital (N° Lexbase : N6585BWS).

**Les actions en justice liées au travail dissimulé**, par Marc Segonds, Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole, Directeur de l'Institut d'études judiciaires, Avocat au barreau de Toulouse (N° Lexbase : N7202BWN).

**Le travail dissimulé**

**dans la jurisprudence de la Chambre criminelle**, par Grégoire Finidori, Conseiller honoraire à la Cour de Cassation (N° Lexbase : N6700BW3).

**Travail dissimulé et procédures collectives**, par Bastien Brignon, Maître de conférences HDR à Aix-Marseille Université (N° Lexbase : N6494BWG).

**Ingénierie juridique frauduleuse et travail dissimulé**, par Jean-Victor Borel, Avocat au Barreau d'Aix-en-Provence, ancien Maître de conférences associé à l'IEP d'Aix-en-Provence (N° Lexbase : N7604BWK).

**La responsabilité des donneurs d'ordres privés et publics en matière de travail dissimulé**, par Didier Del Prete, Maître de conférences à l'IEP d'Aix-en-Provence, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence (N° Lexbase : N6712BWI).

**Lutte contre le travail dissimulé et actions en justice.** La lutte contre le travail dissimulé est une lutte que les pouvoirs publics ne cessent de vouloir renforcer en alliant prévention, répression et réparation. Or, à la différence de la prévention, répression et réparation ne peuvent se concevoir sans actions en justice. Ces actions en justice constituent ainsi "le bras armé" de la lutte contre le travail dissimulé ou, en s'inspirant de la célèbre formule de Demolombe, ce que l'on pourrait considérer comme "*le droit* [du travail dissimulé] *à l'état de guerre*".

**Les actions en justice spécialement dédiées à la lutte contre le travail dissimulé.** L'évocation des actions en justice liées au travail dissimulé nécessite de répondre essentiellement à trois questions : quelles sont les actions en justice auxquelles le travail dissimulé est susceptible de donner naissance ? De quelles natures sont-elles ? Quels en sont les demandeurs ?

A ces multiples questions, indissociables les unes des autres, le Code du travail apporte une réponse nouvelle bien faible (tout au moins en apparence). En effet, lorsque l'on se rapporte au Livre II, consacré à la lutte contre le travail illégal, l'intitulé de la section II chapitre III du titre II est libellé "Actions en justice"... alors que l'article L. 8223-2 du Code du travail (N° Lexbase : L7802I3D) n'est porteur que la faculté offerte aux organisations syndicales représentatives de se substituer, comme dans bien d'autres domaines, à un salarié dans l'exercice des actions qui pourraient résulter de l'application des dispositions législatives relatives au travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié. De façon similaire, la lecture du Code de procédure pénale peut apparaître tout aussi décevante puisqu'un seul article (C. pr. pén., art. 2-21-1 N° Lexbase : L2554LB9) (1) est spécifiquement consacré à la lutte contre le travail dissimulé et ce, seulement depuis la loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014, visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale (N° Lexbase : L7015I39), complétée très récemment par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, de modernisation de la justice du XXIème siècle (N° Lexbase : L1605LB3) (2). A contenir des actions en justice "dérogatoires", tant le Code du travail que le Code de procédure pénale, invitent, alors, à prendre en considération les actions en justice "de droit commun" et, ainsi, à examiner leur articulation globale.

**Le travail dissimulé : délits sans victime ou délits aux "cents" victimes ?** La *ratio legis* des délits de travail dissimulé aurait pu commander de faire figurer cette catégorie d'infractions parmi les infractions sans victime. Pareille analyse a été systématiquement écartée toutes les fois où la Chambre criminelle et la Chambre sociale de la Cour de cassation ont eu à se prononcer, ces dernières, à l'inverse, n'ayant jamais hésité à ouvrir très largement l'action en réparation par une très large détermination de la qualité des demandeurs à ladite action. Ainsi, le travail dissimulé possède désormais un nombre de victimes -au sens de l'article 2 du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L9908IQZ)— particulièrement élevé. Alors que la diversité des actions en justice liées au travail dissimulé ne cesse de croître (I), il apparaît nécessaire d'en interroger le sens afin d'en apprécier la cohérence (II).

## I — La recrudescence des actions en justice liées au travail dissimulé

**La concurrence de l'action publique et des actions civiles.** L'hégémonie de l'action publique, tentation à laquelle la jurisprudence criminelle a parfois cédé, n'a jamais trouvé à s'affirmer au détriment de l'action civile en présence des délits du travail dissimulé. Les actions en justice "traditionnelles" que sont l'action publique et l'action civile cohabitent ainsi conformément au droit commun (A). A ces actions traditionnelles, s'ajoutent de nouvelles actions dont la portée doit alors être appréciée (B).

### A — La cohabitation certaine des actions en justice traditionnelles

**Du refus de réduire les actions en justice à la seule action publique.** La Chambre criminelle de la Cour de cassation n'a jamais tenté de cantonner les actions en justice liées au travail dissimulé à la seule action publique. Bien au contraire, la Chambre criminelle de la Cour de cassation n'a eu de cesse d'ouvrir l'exercice de l'action civile non seulement au bénéfice du salarié mais également au bénéfice des organismes sociaux.

**La mise à l'écart de la théorie des infractions d'intérêt général.** La Chambre criminelle de la Cour de cassation n'a jamais cédé à la tentation de faire figurer les délits de travail dissimulé parmi les infractions dites "d'intérêt général", qu'il s'agisse des délits de travail dissimulé par dissimulation d'activité ou par dissimulation d'emploi salarié. Ainsi, la Haute juridiction a très nettement approuvé les juges d'avoir, en présence d'un vendeur automobile, auteur d'une dissimulation d'activité -consistant en des achats et ventes— concomitante à son activité de salarié, déclaré recevable la citation opérée par son employeur. La Chambre criminelle a, ainsi, très nettement énoncé que, "*si la législation sur le travail clandestin a été édictée en vue de l'intérêt général, elle n'en tend pas moins également à la protection des particuliers qui peuvent, lorsque sa méconnaissance leur a causé un préjudice direct et personnel, en obtenir réparation devant la juridiction pénale*" (3). Admise à propos du travail dissimulé par dissimulation d'activité, pareille solution devait également l'être en présence du délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, alors que l'auteur du pourvoi avait entendu soutenir que "*seuls les intérêts généraux de la société sont protégés par l'incrimination du travail clandestin, d'où il suit qu'aucune indemnisation n'a pu en principe être allouée de ce chef au plaignant dont l'action civile est proscrite*". La Chambre criminelle a alors approuvé les juges du fond d'avoir, par

un arrêt infirmatif, déclaré recevable la constitution de partie civile du salarié (4), dont il faut désormais apprécier la portée.

**La portée de l'ouverture de l'exercice de l'action civile au salarié victime.** L'exercice de l'action civile du salarié, victime d'un délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié était susceptible de se heurter à deux obstacles, l'un tiré de l'existence d'une indemnité forfaitaire, l'autre tiré de la connivence du salarié.

Quant à l'existence d'une indemnisation forfaitaire sise à l'article L. 8223-1 du Code du travail (N° Lexbase : L780313E) : cette dernière, à l'instar de l'indemnisation forfaitaire liée aux accidents du travail, est-elle de nature à priver le salarié de son droit de demander réparation tout en préservant son droit de poursuite ? La Chambre criminelle de la Cour de cassation apporte une réponse négative à cette question et, en conséquence, admet tant la recevabilité de la constitution de partie civile du salarié que le droit de demander réparation sur le fondement de l'article 2 du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L99081QZ).

En l'espèce, l'auteur du pourvoi entendait précisément faire grief aux juges du fond de l'avoir condamné au paiement de dommages et intérêts sur le fondement de l'article 2 du Code de procédure pénale alors qu'il avait été précédemment condamné par la juridiction prud'homale au paiement de l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé. Or, le moyen a été très nettement rejeté par la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui a estimé que la cour d'appel n'avait violé ni les dispositions du Code du travail, ni les dispositions du Code de procédure pénale, en allouant aux parties civiles des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 2 du Code de procédure pénale, en réparation du préjudice dont elles ont personnellement souffert du fait de l'infraction de travail dissimulé, article 2... distinct de l'indemnité forfaitaire due en application du Code du travail (5). Deux raisons militent en faveur de ce principe de solution.

Première raison : à la différence des dommages et intérêts octroyés sur le fondement de l'article 2 du Code de procédure pénale, l'indemnité forfaitaire n'est pas liée à la seule existence d'un travail dissimulé. Elle est liée à l'existence de la rupture du contrat de travail du salarié victime d'un travail dissimulé. Alors que l'article 2 du Code de procédure pénale a pour cause efficiente le délit de travail dissimulé, l'indemnité forfaitaire a pour cause efficiente la rupture du contrat de travail du salarié victime de la dissimulation, étant précisé que, selon la Chambre sociale, *"si l'indemnité de travail dissimulée est due en raison de l'inexécution par l'employeur de ses obligations, elle n'est exigible qu'en cas de rupture de la relation de travail"* (6). La *"spécialité"* de l'indemnité justifie, par conséquent, qu'elle ne puisse tenir en échec l'indemnisation du préjudice direct et personnel, qui résulte du délit même de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié ni devant le juge pénal, ni devant le juge social.

Seconde raison : ainsi que le Conseil constitutionnel l'a rappelé, *"le caractère forfaitaire de l'indemnité est destiné à compenser la difficulté, pour ce salarié, de prouver le nombre d'heures de travail accompli"* (7). Parce qu'il n'a jamais été dans les intentions du législateur de limiter le droit à réparation du salarié victime du travail dissimulé, mais uniquement de le dispenser de l'obligation de rapporter la preuve des heures accomplies, véritable *diabolico probatio*, l'indemnité forfaitaire ne peut juridiquement épuiser le droit du salarié, victime du travail dissimulé, de demander réparation de son préjudice sur le fondement de l'article 2 du Code de procédure pénale.

Quant à la connivence du salarié : cette connivence peut résulter de ce que le salarié *"a volontairement choisi de ne pas être déclaré ou d'être payé avec l'argent versé en espèces, sans bulletin de paie, afin de percevoir indûment des revenus de remplacement ou de cumuler illicitement un autre emploi, ou, lorsqu'il est étranger, de travailler, hors de toute contrainte ou menace quelconque, en violation délibérée de la réglementation relative à la main d'œuvre étrangère"* (8). Fait-elle alors obstacle à la recevabilité de l'action civile ? Parce qu'elle a pour effet de faire figurer le salarié de connivence parmi les personnes punissables au titre du délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié (9), pareille connivence pourrait faire obstacle à la recevabilité de l'action civile. Certains ont objecté que le salarié de connivence ne peut être déclaré coauteur de l'infraction de dissimulation d'emploi salarié car le délit n'est imputable qu'à la personne de l'*"employeur"* (10). L'argument n'est, cependant, pas convaincant car si, à l'évidence, le salarié ne peut être déclaré auteur ou coauteur à défaut de posséder la qualité d'employeur, le salarié peut parfaitement être déclaré complice par instigation de son employeur. Ainsi, si l'on se remémore que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a déjà estimé qu'était irrecevable la constitution de partie civile à raison d'une infraction à laquelle l'on a participé (11), il est possible d'approuver l'opinion selon laquelle *"il convient de réserver la situation du salarié travaillant en parfaite connaissance de cause du caractère illégal de son activité"* (12). En faveur de cette opinion, il faut également observer que, le Code de la Sécurité sociale fait obligation aux agents de contrôle qui constate que le salarié a accepté de travailler de façon dissimulé d'opérer un signalement aux organismes de protection sociale ou d'assurance chômage et ce, en vue de la mise en œuvre des sanctions prévues par le Code de la Sécurité sociale (13).

**L'action en recouvrement des cotisations sociales et l'exercice de l'action civile.** Dès lors que l'action en recouvrement des cotisations sociales obéit à des règles spécifiques, il serait tentant d'en déduire l'impossibilité, pour

l'URSSAF, de se prévaloir du bénéfice de l'article 2 du Code de procédure pénale en présence des délits de travail dissimulé. La Chambre criminelle de la Cour de cassation ne l'entend pas ainsi puisqu'elle a très nettement censuré les juges du fond -au visa de l'article 1382 du Code civil (N° Lexbase : L1018KZQ)— qui avaient pouvoir de débouter l'URSSAF de ses prétentions indemnitaires (14), tout en observant que la recevabilité de l'action civile émanant d'une caisse de mutualité sociale a également été admise (15).

## B — L'apport véritable des actions en justice nouvelles

### L'action syndicale de substitution : l'action issue de l'article L. 8223-4 du Code du travail (N° Lexbase : L7733I3S).

Conforme aux canons dégagés par le Conseil constitutionnel, l'action syndicale de substitution, telle qu'elle est définie à l'article L. 8223-4 du Code du travail, ne constitue qu'une nouveauté très relative. Dérogeant à la règle selon laquelle "*nul ne plaide par procureur*" et, par conséquent, de droit étroit, l'action de substitution ne peut être associée qu'à des hypothèses spéciales... au gré des désirs du législateur. Alors que cette action existait déjà en présence des délits de marchandage et de prêt illicite de main d'œuvre, elle est désormais étendue par l'effet de la loi n° 2014-788 du 10 juillet 2014, tendant au développement, à l'encadrement des stages et à l'amélioration du statut des stagiaires (N° Lexbase : L7013I37), à la fraude au détachement au travail dissimulé. De la sorte, se trouvent unifier les actions en justice liées à la lutte contre le travail illégal. Surtout, il convient de souligner que cette action de substitution a elle-même pour objet toutes "*les actions résultant de l'application du présent titre [travail dissimulé] en faveur d'un salarié*". La création de cette action de substitution emporte ainsi, implicitement mais nécessairement, la reconnaissance des actions exercées par le salarié sur le fondement de l'article 2 du Code de procédure pénale et sur le fondement de l'article L. 8223-4.

**L'action associative et l'action syndicale nouvelle.** Aux termes du nouvel article 2-21-1 du Code de procédure pénale, "*toute association, tout syndicat professionnel ou tout syndicat de salariés de la branche concerné régulièrement déclaré depuis au moins deux ans à la date des faits et dont l'objet statutaire, comporte la défense des intérêts collectifs des entreprises et des salariés, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions définies au livre II de la huitième partie du Code du travail même si l'action publique n'a pas été mise en mouvement par le ministère public ou par la partie lésée*". Cette disposition, à la rédaction perfectible (16), est innovante mais se révèle, malgré tout, bien relative.

Innovante car aucune association n'avait été admise à se constituer partie civile dans le champ des délits relatifs au travail illégal et ce, d'autant plus que le rôle des associations en droit pénal du travail demeure réduit (17). En outre, l'association considérée peut indifféremment être une association de salariés ou une association patronale... ou autre.

Une nouveauté relative, car les syndicats sont, à l'évidence, déjà admis à se constituer partie civile, sur le fondement de l'article L. 2132-3 du Code du travail (N° Lexbase : L2122HgH). Il est vrai que la jurisprudence a parfois hésité à admettre le droit pour les syndicats de se constituer partie civile du chef de travail dissimulé. Des juges du fond -en première instance et en appel— ont été censurés par la Chambre criminelle de la Cour de cassation au visa même de l'article L. 2132-3 du Code du travail et ce, pour avoir retenu que le syndicat n'avait établi l'existence d'aucun préjudice, même indirect, porté à l'intérêt collectif de la profession, distinct de l'intérêt général et du préjudice individuel subi par les salariés. Il est à souligner que la Haute juridiction a pris le soin de préciser que, l'exercice d'un travail dissimulé était effectivement de nature à causer à la profession représentée par le syndicat demandeur, un préjudice distinct de celui subi personnellement par les salariés concernés (18). C'est ainsi trouvé réaffirmée la solution déjà énoncée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation par un arrêt de cassation (19).

De la sorte, il est légitimement permis de s'interroger sur l'apport juridique procuré par le nouvel article 2-21-1 du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L2554LB9). D'une part, s'il repose sur une distinction pour le moins surprenante -puisque sont distingués tout syndicat professionnel ou tout syndicat de salariés de la branche concerné-, ledit article permet à une organisation syndicale de ne plus être tenue de rapporter la preuve de l'existence "*d'un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu' ils représentent* [les syndicats professionnels]", au sens de l'article L. 2132-3 du Code du travail, puisqu'il faut, et il suffit que les statuts du syndicat fassent référence "*à la défense des intérêts collectifs des entreprises et [sic] des salariés*". De la sorte, il faut en conclure à l'avènement d'un nouvel assouplissement des conditions de l'action civile... non point à l'égard de l'article 2 du Code de procédure pénale seulement, mais également à l'égard de l'article L. 2132-3 du Code du travail.

En tant que tel, ce nouvel assouplissement a sa part de logique. Si seules les associations avaient été concernées, pareil dispositif aurait abouti à conférer aux associations des droits plus étendues que les syndicats professionnels eux-mêmes. Ne serait-ce qu'au regard du principe d'égalité, l'alignement opéré entre les syndicats et les associations était donc indispensable. Autre observation à formuler : il convient de rappeler que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé que le concurrent de l'auteur d'une dissimulation d'activité n'était pas admis à se constituer partie civile, faute de souffrir d'un préjudice direct (20). A l'avenir, ce préjudice indirect pourra parfaitement fonder l'action civile d'une association patronale puisque l'article 2-21-1 du Code de procédure pénale déroge aux conditions



posées à l'article 2 du Code de procédure pénale.

## II – La cohérence des actions en justice liées au travail dissimulé

**Indépendance et dissociation des actions en justice considérées.** Au regard de leur diversité, action publique, action civile qui se décline en autant d'action individuelle (salarié, organismes sociaux) ou collective (syndicale ou associative), l'articulation des différentes actions en justice liées au travail dissimulé doit être vérifiée. Pour certaines d'entre-elles, la question de leur articulation est une question résolue par le législateur lui-même. Ainsi, l'action de substitution n'existe qu'à la condition que l'action du salarié n'ait pas été déclenchée. Leur existence est alternative et non point cumulative, le salarié étant libre de reprendre à son compte l'action exercée pour son compte (21). En revanche, l'articulation des autres actions en justice n'est pas évidente, de sorte qu'il convient d'en mesurer le degré d'indépendance et la possible dissociation.

### A – La mesure de l'indépendance des actions en justice

**La relative indépendance de l'action publique, l'action civile et l'action à fins civiles.** Il n'est guère besoin d'insister sur la nécessité de prendre en considération, ici, deux principes essentiels, que sont l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil (ou le social, en l'occurrence) et le sursis à statuer. A cet égard, l'autorité du pénal sur le social en matière de travail dissimulé ne fait aucun doute puisque, tel que l'a admis la Chambre sociale de la Cour de cassation, la décision de la juridiction pénale, devenue définitive, qui a condamné une société pour travail clandestin de la partie civile, a autorité de la chose jugée à l'égard de tous et implique l'existence d'un contrat de travail entre la société et la partie civile (22).

En revanche, il est évident que cette autorité, ainsi conçue, ne sera susceptible de jouer avec certitude que dans la mesure où la décision pénale sera antérieure à la décision sociale. A cet égard, la limitation du sursis à statuer à la seule action civile, au sens de l'article 2 du Code de procédure pénale, a pour conséquence de rendre le sursis à statuer facultatif à l'égard de l'action en justice liée à l'indemnité de travail dissimulé, au sens de l'article L. 8223-1 du Code du travail. Cette dernière action, qui ne peut s'analyser que comme une action à fins civiles, au sens de l'article 4, alinéa 3 du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L9885IQ8), laissera le juge social libre de faire droit à la demande de sursis à statuer qui lui sera présentée (23). Par l'effet de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale (N° Lexbase : L5930HU8), ayant réduit le champ d'application du sursis à statuer, la cohérence de l'action publique et de l'action à des fins civiles n'est plus dictée par la loi, mais dépendante du bon vouloir du juge du contrat de travail (24). Au plaideur de se montrer convaincant... tout en rappelant que l'octroi par le juge social de l'indemnité forfaitaire ne suppose pas que le juge pénal ait condamné pénalement l'employeur pour travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié (25). Plus précisément, la Chambre sociale a énoncé que le paiement de l'indemnité forfaitaire n'est pas subordonné à l'existence d'une décision pénale préalable déclarant l'employeur coupable du délit de travail dissimulé, après avoir pris soin de noter qu'aucune demande de sursis à statuer n'avait été formée à raison de poursuites pénales engagées contre l'employeur du chef du délit de travail dissimulé.

**La complète indépendance de l'action publique et l'action fondée sur l'article 2-21-1 du Code de procédure pénale.** Les rapports de l'action publique et la nouvelle action issue de l'article 2-21-1 du Code de procédure pénale sont effectivement placés sous le signe de l'indépendance. Expressément, le Code de procédure pénale dispose que l'action associative ou syndicale peut être exercée même si l'action publique n'a pas été mise en mouvement par le ministère public. En conséquence, cette action peut parfaitement être exercée par la voie de l'intervention ou par la voie de l'action. Elle pourra avoir pour effet de déclencher non seulement l'action civile proprement dite, mais également l'action pénale. Egalement, il est expressément précisé que cette même action pourra être exercée même si l'action publique n'a pas été mise en mouvement par la partie civile, autrement même en l'absence d'une plainte avec constitution de partie civile ou d'une citation directe émanant de la partie lésée.

### B – Des actions en justice dissociées

**L'intérêt de la voie répressive.** Que l'action publique et l'action civile puissent être dissociées, nul n'en disconvient, puisqu'un tel principe est inscrit à l'article 4, alinéa 1er du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L9885IQ8), de sorte que le choix de la voie pénale ou de la voie civile appartiendra au plaideur en fonction de la stratégie qu'il entendra développer. Cependant, en présence du travail dissimulé, l'exercice de l'action civile devant la juridiction pénale, offrira au plaideur l'espoir d'une condamnation plus aisée que devant le juge social. Le tableau de comparaison, déjà dressé en la matière, semble s'orienter (en termes de sévérité), essentiellement dans l'appréciation de l'élément intentionnel, vers la voie pénale. Il est vrai que, fort de l'autorité de la chose jugée, le plaideur aura certainement tout intérêt à emprunter la voie pénale avant d'emprunter la voie sociale. En revanche, il faut réserver l'hypothèse où le travail dissimulé s'accompagne de la rupture du contrat de travail, hypothèse alors révélatrice des limites de l'emprunt de la voie répressive.



**Les limites de la voie répressive.** Ces limites ont d'ores et déjà été perçues par les plaideurs qui ont tenté d'obtenir du juge pénal, l'indemnité forfaitaire prévue par le Code du travail. Au visa des articles 2 et 3 (N° Lexbase : L9886IQg) du Code de procédure pénale, la Chambre criminelle de la Cour de cassation n'a pas hésité à prononcer la censure des juges d'appel qui, par un arrêt infirmatif, avaient alloué au salarié victime d'un travail dissimulé, une somme correspondant à l'indemnité forfaitaire de l'article L. 8223-1 du Code du travail. De façon très nette, la Haute juridiction a énoncé que l'indemnité en cause, liée à la rupture du contrat de travail, relevait de la compétence exclusive de la juridiction prud'homale et ne pouvait constituer, au sens des articles 2 et 3 du Code de procédure pénale, la réparation du préjudice causé par l'infraction déclarée établie (26).

Si les arguments de la Haute juridiction peuvent être entendus, ils aboutissent, au final, à ce que le salarié victime d'un travail dissimulé ne puisse se contenter de l'emprunt de la voie pénale pour être rempli de ses droits. Techniquement, il est bien difficile de percevoir l'intérêt pour la justice de vouloir préserver ainsi la compétence exclusive du juge social, seul autorisé de la sorte à constater la rupture d'un contrat de travail pour en déduire des conséquences indemnitaires... alors que le juge pénal s'est toujours arrogé le droit de pouvoir apprécier l'existence d'un lien de subordination juridique, notion clef du contentieux social, s'il en est. Alors que la justice du XXIème siècle se targue de simplifier les contentieux, il est permis de se demander, si le principe de l'unicité de l'instance ne mériterait pas d'être corrigé, avec pour bénéfice immédiat, de mener la lutte contre le travail dissimulé dans le cadre non pas de deux instances, devant deux juridictions différentes, mais dans le cadre d'une seule instance menée devant une seule et même juridiction.

(1) Selon lequel, *"toute association, tout syndicat professionnel ou tout syndicat de salariés de la branche concerné régulièrement déclaré depuis au moins deux ans à la date des faits et dont l'objet statutaire comporte la défense des intérêts collectifs des entreprises et des salariés peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions définies au livre II de la huitième partie du Code du travail même si l'action publique n'a pas été mise en mouvement par le ministère public ou par la partie lésée"*.

(2) L'article 2-21-1 du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L2554LBg) a ainsi été complété par l'alinéa suivant : *"toute fondation reconnue d'utilité publique peut exercer les droits reconnus à la partie civile dans les mêmes conditions et sous les mêmes réserves que l'association mentionnée au présent article"*.

(3) Cf. Cass. crim., 17 novembre 1998, n° 97-81.754, inédit (N° Lexbase : A0648CWW) : Dr. pén., 1999, comm. 44, obs. J. — H. Robert.

(4) Cf. Cass. crim., 6 février 2001, n° 00-81.526, publié (N° Lexbase : A2820AY4) : Bull. crim. n° 32 ; D., 2002, p. 1457, obs. J. Pradel.

(5) Cf. Cass. crim., 8 juin 1989, n° 88-80.027, publié (N° Lexbase : A0121AB4) ; Dr. pén., 2013, chron. 10, n° 13, nos obs..

(6) Cf. Cass. soc., 2 mars 2016, n° 14-15.611, F-D (N° Lexbase : A0731QYQ) ; Cass. soc., 2 mars 2016, n° 14-15.612, F-D (N° Lexbase : A0820QYZ) ; *adde.* Cass. soc., 14 avril 2010, n° 08-43.124, FS-P+B (N° Lexbase : A0495EWA) : JCP éd. S, 1327, obs. Ch. Willmann. En l'espèce, il avait été réclamé, outre l'indemnité forfaitaire, le paiement de dommages et intérêts liés à la privation d'allocations sociales (allocation chômage d'aide au retour à l'emploi et bénéfice d'indemnités journalières).

(7) Cf. Cons. const., décision n° 2011-111 QPC, du 25 mars 2011 (N° Lexbase : A3848HHY).

(8) Cf. R. Salomon et A. Martinel, *Droit pénal social*, Economica, 2014, p. 249, n° 460.

(9) Cf. R. Salomon et A. Martinel, *préc.*.

(10) Cf. F. Salas, *La mise en cause des bénéficiaires du travail clandestin*, Dr. soc., 1996, p. 913.

(11) Cf. Cass. crim., 17 janvier 1967, n° 66-90.399, publié (N° Lexbase : A8025CHP) : Bull. crim. n° 24.

(12) Cf. R. Salomon et A. Martinel, *préc.*, p. 270, n° 497.

(13) Cf. CSS, art. L.114-17, 3° (N° Lexbase : L5836KGA).

(14) Cf. Cass. crim., 13 mai 2014, n° 13-81.240, F-P+B+I (N° Lexbase : A9734MKQ) : Bull. crim. n° 132.

(15) Cf. Cass. crim., 14 septembre 2004, n° 03-87.679, publié (N° Lexbase : A4278DDS) : Bull. crim. n° 203.

- (16) En témoigne la référence à la défense des intérêts collectifs des entreprises et des salariés... à moins d'y voir un hommage posthume aux corporations...
- (17) Cf. C. proc. pén., art. 2-2 (N° Lexbase : L7914LC4), 2-6 (N° Lexbase : L7913LC3) et 2-18 (N° Lexbase : L2558LBD).
- (18) Cf. Cass. crim., 6 décembre 2011, n° 10-86.829, FS-P+B (N° Lexbase : A1940H4M), Bull. crim. 2011, n° 244 ; Rev. dr. soc., 2012, p. 726, note R. Salomon.
- (19) Cf. Cass. crim., 15 novembre 1983, n° 82-94.092, publié (N° Lexbase : A6226CH3) ; Bull. crim. n° 299. *Adde* Cass. crim., 27 novembre 2001, n° 01-83.767, inédit (N° Lexbase : A3802C4L) ; Cass. crim., 11 octobre 2005, n° 05-82.414, F-P+F (N° Lexbase : A0403DLI), Bull. crim. 2005, n° 254.
- (20) Cf. Cass. crim., 17 octobre 2006, n° 05-85.672 et n° 05-85.666 (N° Lexbase : A5673TNG).
- (21) L'article L. 8223-4, alinéa 3, du Code du travail (N° Lexbase : L7733I3S) dispose expressément que "*l'intéressé peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat et y mettre un terme à tout moment*".
- (22) Cf. Cass. crim., 27 mars 2001, n° 01-80.549, inédit (N° Lexbase : A0365C4B) ; Bull. crim. n° 105.
- (23) Cf. J. — Y. Frouin et V. Malabat, *Définition du travail dissimulé : dialogue ou opposition des Chambres sociale et criminelle ?*, Dr. pén., 2014, n° 9, dossier 4.
- (24) Cf. Cass. soc., 17 septembre 2008, n° 07-43.211, FS-P+B (N° Lexbase : A4090EAQ) ; AJP, 2008, p. 510, obs. C. Porteron.
- (25) Cf. Cass. soc., 15 octobre 2002, n° 00-45.082, publié (N° Lexbase : A2557A34), Bull. civ. V, n° 312.
- (26) Cf. Cass. crim., 30 octobre 2012, n° 11-81.694, FS-P+B (N° Lexbase : A3343IWQ) ; Bull. crim. 2012, n° 226 ; Dr. soc., 2013, p. 142, note R. Salomon et A. Martinel. *Adde* Cass. crim., 16 avril 2013, n° 12-81.767, FS-P+B (N° Lexbase : A4051KCZ) ; JCP éd. E, 2013, 1525, note S. Brissy ; Cass. crim., 24 février 2015, n° 14-82.045, F-D (N° Lexbase : A5107NC7).

**[Travail dissimulé] Evénement****Le travail dissimulé dans la jurisprudence de la Chambre criminelle**

14386525

N° Lexbase : N6700BW3



par Grégoire Finidori, conseiller honoraire à la Cour de cassation

La Faculté de droit et de science politique d'Aix-en-Provence, en partenariat avec le Laboratoire de droit privé et de science criminelles (LDPSC) et l'Urssaf Provence-Alpes-Côte d'Azur, a organisé le vendredi 18 novembre 2016 une journée d'études consacrée aux grands enjeux de la lutte contre le travail dissimulé, et la distinction entre l'optimisation sociale, licite et bénéfique pour les entreprises, et la fraude sociale par le travail dissimulé, illicite, qui est lourdement sanctionnée, au regard des dernières évolutions du droit. Les travaux de cette journée étaient présidés par Jean-Victor Borel, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence et ancien Maître de conférences associé à l'IEP d'Aix-en-Provence. Partenaires de cet événement, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver l'intégralité des actes de ce colloque.

Sous la direction scientifique de Jean-Victor Borel, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence, ancien Maître de conférences associé à l'IEP d'Aix-en-Provence

**Propos introductifs**, par Jean-Victor Borel, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence, ancien Maître de conférences asso

cié à l'IEP d'Aix-en-Provence, Directeur scientifique du colloque (N° Lexbase : N7204BWQ).

**Les pouvoirs des enquêteurs face au travail dissimulé**, par Jean-Baptiste Perrier, Professeur à l'Université d'Auvergne, Directeur du Centre Michel de l'Hospital (N° Lexbase : N6585BWS).

**Les actions en justice liées au travail dissimulé**, par Marc Segonds, Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole, Directeur de l'Institut d'études judiciaires, Avocat au barreau de Toulouse (N° Lexbase : N7202BWN).

**Le travail dissimulé dans**

**la jurisprudence de la Chambre criminelle**, par Grégoire Finidori, Conseiller honoraire à la Cour de Cassation (N° Lexbase : N6700BW3).

**Travail dissimulé et procédures collectives**, par Bastien Brignon, Maître de conférences HDR à Aix-Marseille Université (N° Lexbase : N6494BWG).

**Ingénierie juridique frauduleuse et travail dissimulé**, par Jean-Victor Borel, Avocat au Barreau d'Aix-en-Provence, ancien Maître de conférences associé à l'IEP d'Aix-en-Provence (N° Lexbase : N7604BWK).

**La responsabilité des donneurs d'ordres privés et publics en matière de travail dissimulé**, par Didier Del Prete, Maître de conférences à l'IEP d'Aix-en-Provence, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence (N° Lexbase : N6712BWI).

Le Code du travail distingue entre travail dissimulé par dissimulation d'activité, articles L. 8221-3 (N° Lexbase : L4534IRD) et L. 8221-4 (N° Lexbase : L3595H9Z), et travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, article L. 8221-5 (N° Lexbase : L7404K94). L'article L. 8221-1 (N° Lexbase : L3589H9S) interdit la publicité, par quelque moyen que ce soit, tendant à favoriser, en toute connaissance de cause, le travail dissimulé (2°) ainsi que le fait de recourir sciemment, directement ou par personne interposée, aux services de celui qui exerce un travail dissimulé (3°).

Comme nous le verrons, la majeure partie des arrêts rendus par la Chambre criminelle porte sur des infractions de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié.

Précisons que, par un arrêt du 22 juin 2016 (1), la Chambre criminelle a jugé que le délit de travail dissimulé tendait à la "régulation du marché du travail" ainsi qu'à la "garantie d'une égale et loyale concurrence entre entreprises supportant les mêmes charges". Ce principe guide, en quelque sorte, sa jurisprudence.

Rappelons, enfin, que pour déclarer une personne morale coupable de travail dissimulé, la cour d'appel doit, comme pour les autres infractions, rechercher si les faits ont été commis pour le compte de la personne morale poursuivie, par l'un de ses organes ou représentants. Faute de quoi, la cassation est encourue (2).

## I — En matière de recours à personne exerçant un travail dissimulé, est intervenu un arrêt du 1er décembre 2015

Cet arrêt (3) est classique en ce qu'il rappelle l'obligation de vérification qui pèse sur toute personne lors de la conclusion d'un contrat dont l'objet porte sur une obligation d'un montant minimum (C. trav., art. L. 8222-1 N° Lexbase : L5106IQ8 et R. 8222-1 N° Lexbase : L0218LBP).

En l'espèce, une société avait conclu avec deux entreprises, dirigées par les mêmes personnes, plusieurs marchés de rénovation de couverture de ses bâtiments pour un montant global de plus de 800 000 euros ; les dirigeants des deux entreprises contractantes avaient été condamnés pour travail dissimulé.

Pour rejeter le pourvoi contre l'arrêt qui avait déclaré la société en cause coupable de recours aux services de personnes exerçant un travail dissimulé, la Chambre criminelle retient que la cour d'appel avait justifié sa décision **dès lors que commet sciemment le délit de recours aux services d'une personne exerçant un travail dissimulé celui qui ne vérifie pas, alors qu'il y est tenu par l'article L. 8222-1 du Code du travail, la régularité au regard des articles L. 8221-3 et L. 8221-5 dudit code, de la situation de l'entrepreneur dont il utilise les services.**

## II — Travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié

### 1 — Nécessité de caractériser l'existence d'un lien de subordination

a) Pour qu'il y ait travail dissimulé, encore faut-il **caractériser l'existence d'un lien de subordination** déterminant l'existence d'un contrat de travail. A ainsi été cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait déclaré un infirmier libéral coupable de travail dissimulé pour ne pas avoir procédé à la déclaration nominative préalable à l'embauche de trois infirmiers appelés à le remplacer, sans caractériser l'existence d'un tel lien de subordination (4).

Une autre cassation, faute de caractérisation d'un lien de subordination, est intervenue le 24 mai 2016 (5), dans une situation qui semblait traduire une motivation trop légère de la part des juges, sans que la solution au fond soit nécessairement erronée.

Quoi qu'il en soit, ces deux exemples montrent que la Chambre criminelle fait preuve de rigueur en matière de contrôle des arrêts rendus pour travail dissimulé.

b) Le **statut de l'avocat lié par un contrat de collaboration libérale** a donné lieu à un arrêt de rejet rendu le 15 mars 2016 (6). La Chambre criminelle a jugé qu'il appartenait à cet avocat, qui entendait établir sa qualité de salarié, au sens de l'article 7 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, portant réformes de certaines professions (N° Lexbase : L6343AGZ), de rapporter la preuve de ce qu'ayant manifesté la volonté de développer une clientèle personnelle, il en avait été empêché en raison des conditions d'exercice de son activité. Avait, dès lors, justifié sa décision, la chambre de l'instruction qui, pour dire n'y avoir lieu à le suivre du chef de travail dissimulé, avait énoncé que l'instruction n'avait pas permis de caractériser la **subordination effective** dans ses conditions de travail de l'avocat et avait relevé que celui-ci n'établissait pas s'être trouvé dans l'impossibilité de développer une clientèle personnelle.

### 2 — Point de départ du délai de prescription

Par un arrêt du 17 mars 2015 (7), la Chambre criminelle a dit que le délit de travail dissimulé était une **infraction instantanée** et a approuvé une chambre de l'instruction d'avoir jugé que le point de départ du délai de prescription était constitué par le jour où la relation de travail avait pris fin.

### 3 – Allégation d'une erreur sur le droit

Un employeur de nationalité allemande, exerçant en France une activité industrielle, ne déclarait ses salariés qu'après la période d'essai et non préalablement à l'embauche ; pour sa défense, il soutenait qu'il ignorait que la législation française, contrairement à la législation allemande, imposait une déclaration préalable à l'embauche et non à l'issue de la période d'essai ; il se prévalait ainsi d'une erreur sur le droit.

Pour rejeter le pourvoi formé contre l'arrêt de condamnation, la Chambre criminelle, par arrêt du 20 janvier 2015 (8), rappelle que pour bénéficier de la cause d'irresponsabilité prévue par l'article 122-3 du Code pénal (N° Lexbase : L2316AMQ), la personne poursuivie doit justifier avoir cru, par une erreur sur le droit, qu'elle n'était pas en mesure d'éviter pouvoir légitimement accomplir le fait reproché et que tel n'était pas le cas du prévenu, dont l'entreprise était implantée en France de longue date et qui pouvait s'informer auprès des services de l'inspection du travail sur l'étendue de ses obligations en matière d'embauche des salariés.

Cet arrêt constitue un exemple supplémentaire de la rigueur manifestée par la Cour de cassation pour admettre l'existence d'une erreur sur le droit.

### 4 – Les multiples cas de fraude

Une des situations les plus simples est la **minoration, sur le bulletin de paie, du nombre d'heures de travail réellement accomplies**, pratique prohibée par l'article L. 8221-5, 2°, du Code du travail. La Chambre criminelle a rendu de nombreux arrêts en la matière, notamment, le 15 décembre 2015 (9), infraction commise à l'occasion de l'exploitation d'un établissement de restauration et le 26 janvier 2016 (10), à l'occasion de l'exploitation d'un hôtel.

De façon plus anecdotique, l'arrêt du 1er décembre 2015 (11) constitue la première application, par la Chambre criminelle, du 3° de l'article L. 8221-5 du Code du travail, qui répute travail dissimulé, par dissimulation d'emploi salarié, le fait de se soustraire intentionnellement aux déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale en vertu des dispositions légales.

En l'espèce, une société exploitant un restaurant dans une station de sport d'hiver et le gérant de celle-ci ont été déclarés coupables du chef de travail dissimulé, **par dissimulation d'emplois salariés, pour avoir omis d'intégrer dans l'assiette des cotisations sociales de l'URSSAF les pourboires centralisés et répartis par l'employeur**.

Pour approuver la cour d'appel qui était entrée en voie de condamnation du chef de travail dissimulé, la Chambre criminelle a dit que les juges du fond avaient caractérisé en tous ses éléments, matériel et intentionnel, le délit de travail dissimulé prévu par l'article L. 8221-5, 3°, du Code du travail, dans sa rédaction issue des lois n° 2010-1594 du 20 décembre 2010, de financement de la Sécurité sociale pour 2011 (N° Lexbase : L9761INT) et n° 2011-672 du 16 juin 2011, relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité (N° Lexbase : L4969IQ4), dont elle a déclaré les prévenus coupables, dès lors que, d'une part, il résulte des articles L. 3244-1 (N° Lexbase : L0901HgA) et L. 3244-2 (N° Lexbase : L0903HgC) du Code du travail, que toutes les perceptions faites "pour le service" par l'employeur ainsi que toutes les sommes remises volontairement par les clients pour le service entre les mains de l'employeur, ou centralisées par celui-ci, doivent être intégralement versées au personnel en contact avec la clientèle et s'ajoutent au salaire fixe, sauf dans le cas où un salaire minimum a été garanti par l'employeur, et d'autre part, selon l'article L. 242-1 du Code de la Sécurité sociale (N° Lexbase : L0433LCZ), ces pourboires sont soumis aux cotisations sociales.

Un autre cas de fraude, qui caractérise également le délit de prêt illicite de main d'œuvre, se constate dans **le recours de manière systématique, massive et durable, à des salariés intérimaires** mis à la disposition de la société utilisatrice par des entreprises de travail temporaire créées à cet effet, dans l'objectif de s'assurer de la disponibilité d'une main-d'œuvre en éludant les charges sociales et financières qu'aurait représenté son emploi par ladite société. Le 10 mai 2016 (12), la Chambre criminelle a rejeté le pourvoi d'une société condamnée de ce chef en retenant que la pratique litigieuse n'avait pu être dictée par une croissance exceptionnelle de l'activité et avait été une source de profit.

Un autre cas, nouvellement apparu, dont la Chambre criminelle (13) a eu à connaître, est celui du recours à des anciens salariés devenus, théoriquement, **auto-entrepreneurs**. Elle a, ainsi, rejeté les pourvois des dirigeants d'une société exerçant une activité de téléprospection téléphonique et les a condamnés pour travail dissimulé, pour avoir eu recours à de tels auto-entrepreneurs. La Chambre criminelle a retenu que ces derniers fournissaient, en réalité, à la société des prestations dans des conditions les plaçant dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de la société dont ils étaient anciennement les salariés. Il s'agissait donc, en réalité, de véritables salariés, les juges du fond ayant, à bon droit, procédé à la requalification des liens contractuels qui s'imposait.



Une telle fraude se rencontre fréquemment dans les activités de gardiennage et de sécurité (14).

Est également pratiquée la **sous-traitance fictive**. Une société A conclut un contrat de sous-traitance avec une société B qui est sans compétence particulière et qui ne fournit qu'une main-d'œuvre non spécialisée, le pouvoir de direction et de gestion du chantier appartenant à la société A qui détermine le nombre d'ouvriers nécessaires, ce qui conditionne leur recrutement ; en outre, les versements de la société A à la société B ne correspondent pas aux versements contractuellement prévus et attestent de pratiques illicites généralisées procédant d'une stratégie préalablement arrêtée. Dans une telle hypothèse, la société A est le véritable employeur des salariés et, faute d'avoir souscrit une déclaration préalable à l'embauche, a commis le délit de travail dissimulé (15).

La **sous-traitance fictive** peut s'accompagner **d'éléments d'extranéité**, comme dans l'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 10 mai 2016 (16). En l'espèce, quatre personnes de nationalité roumaine travaillaient dans une entreprise d'ostréiculture dont le dirigeant avait déclaré qu'elles y avaient été placées par un tiers représentant une société italienne dans le cadre de contrats de sous-traitance ; or la société italienne, inconnue en France et sans activité réelle, n'était pas une entreprise de travail temporaire, et, aucun des salariés roumains n'avait fait l'objet d'une quelconque déclaration obligatoire auprès des organismes de prestation sociale italiens comme français, ni d'aucune déclaration de détachement, l'entreprise française contrôlant la conception et l'exécution de la prestation. Il s'agissait donc d'une fausse sous-traitance et le pourvoi contre l'arrêt de condamnation du chef de travail dissimulé ne pouvait qu'être rejeté.

Une autre situation, de plus en plus fréquente, est celle du **prétendu détachement de salariés**, dont nous reparlerons ultérieurement. La Chambre criminelle (17), a connu du cas du dirigeant d'une société de droit lituanien ayant pour activité la fabrication de remorques et qui avait pris à bail, sur le territoire français, des locaux à usage d'atelier et de bureau, afin d'assurer l'entretien et la maintenance de ses véhicules circulant en Europe de l'Ouest ; cette société détachait en France, par roulement, toutes les trois semaines, une équipe de deux salariés. La Chambre criminelle rejette le pourvoi contre l'arrêt de condamnation, en relevant que le dirigeant de la société lituanienne avait développé de manière habituelle, stable et continue, dans des locaux loués à cet effet et en y affectant le personnel nécessaire, une activité à but lucratif participant à la vie économique de ce territoire, quand bien même elle ne s'adressait pas principalement à ses ressortissants.

D'autres cas de faux détachements sont constitués par la création, par des Français, de sociétés à l'étranger, en Roumanie, par exemple (18), qui détachent ensuite, et en grand nombre, des salariés en France, sans respecter les dispositions réglementaires applicables en matière de prestations de services internationales, les activités de ces sociétés prenant place exclusivement en France. La cour d'appel ayant relevé que les activités de la société roumaine, créée par un fils afin que son père, chef d'entreprise, "*puisse disposer de personnels motivés*" n'entraient pas dans le cadre juridique du détachement de travailleurs au sein de l'Union européenne, le pourvoi contre l'arrêt prononçant la condamnation du chef de complicité de travail dissimulé est rejeté.

Toujours le 30 mars 2016 (19), et encore en matière d'agriculture, la Chambre criminelle a rejeté le pourvoi d'une personne déclarée coupable de travail dissimulé, qui employait dix personnes de nationalité roumaine censées être salariées d'une société de droit roumain. Les juges avaient relevé qu'un lien de subordination effectif existait entre le prévenu et les ressortissants roumains travaillant sur son domaine, que ce lien était matérialisé par l'absence de tout autre encadrement que le sien, la délivrance d'instructions précises, la mise à disposition du matériel nécessaire, le suivi des travaux, alors que la réalité d'un lien de droit avec la société roumaine ne pouvait être envisagée en l'état de la production de documents antidatés, manifestement établis pour les besoins de la cause, et en l'absence de toute déclaration de détachement desdits salariés.

La société peut également être créée en Pologne et envoyer des salariés travailler en Champagne à l'occasion des vendanges (20). En l'espèce, la société polonaise ne disposait pas en Pologne du matériel nécessaire à la réalisation des prestations, celui-ci étant stocké au domicile du viticulteur champenois et remis aux salariés par ce dernier ; la société polonaise n'ayant eu aucune activité réelle en Pologne et n'ayant satisfait, en France, à aucune des obligations déclaratives découlant de cette situation, les conditions du détachement n'étaient pas réunies.

Des montages plus complexes peuvent être mis au point (21). Un chef d'entreprise, dirigeant trois sociétés de transport, avait créé, en Pologne, une société dont il détenait 90 % des actions ; les sociétés françaises donnaient en location à la société polonaise des véhicules de transport, les mêmes véhicules, avec un conducteur, faisant en retour, l'objet d'un contrat de location aux sociétés françaises.

Pour déclarer les prévenus coupables de travail dissimulé, marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre, l'arrêt de la cour d'appel a retenu qu'il appartenait aux juges de **rechercher la véritable qualification applicable** à la relation de travail existant entre les prévenus et les conducteurs polonais et a ajouté que l'examen attentif des contrats de location réciproques révélait l'existence d'un montage juridique, sans aucune finalité commerciale effective, l'objec-



tif recherché étant la fourniture prolongée de main-d'œuvre par la structure implantée en Pologne. Les juges ont relevé que ces contrats ne portaient que sur la location de moyens humains, en dehors des dispositions relatives au travail temporaire, et ont observé que certains des chauffeurs, payés à des salaires bien inférieurs à ceux versés aux chauffeurs français, avaient été détachés pour de très longues périodes, n'avaient plus aucun contact avec l'entreprise polonaise, ne retournaient dans leur pays que pour les congés, qu'il existait un lien direct entre eux et les entreprises françaises qui les géraient, auprès desquelles ils prenaient directement leurs ordres et qui leur avaient remis des téléphones portables ainsi que des cartes de paiement. Les juges ont, enfin, conclu à l'existence d'une relation de subordination entre les chauffeurs polonais et les prévenus dissimulée par un habillage juridique.

Ces motifs ne pouvaient qu'entraîner le rejet du pourvoi.

### III — Travail dissimulé par dissimulation d'activité

#### 1 — Quelques applications récentes

Le 30 mars 2016, la Chambre criminelle (22) a cassé un arrêt de relaxe en matière de travail dissimulé prononcé au profit de deux individus qui achetaient, sur des marchés, des objets divers et les revendaient, parfois à l'étranger. Les juges du fond avaient relevé que les prévenus n'exerçaient qu'une activité très limitée, dont le caractère professionnel n'était pas démontré, que s'ils avaient réalisé de très nombreux achats d'objets divers, notamment des véhicules revendus sur internet, et constitué un stock, il leur était loisible de ne pas revendre ces objets et qu'au demeurant, les opérations de revente n'étaient pas, aux dires des prévenus, réalisées sur le territoire français.

Pour casser ce trop indulgent arrêt, la Chambre criminelle a retenu qu'acquiert la qualité de commerçant, assujetti à l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, quiconque, agissant en son nom propre et pour son propre compte, se livre de manière habituelle et professionnelle, à des achats de biens meubles, en vue de les revendre, que ces ventes aient lieu en France ou à l'étranger et qu'est réputé travail dissimulé par dissimulation d'activité, l'accomplissement d'actes de commerce, par toute personne qui se soustrait intentionnellement à l'obligation de demander son immatriculation au registre du commerce et des sociétés lorsque celle-ci est obligatoire.

Le même jour, la Chambre criminelle (23), s'agissant de l'exercice d'une activité d'expertise comptable, a jugé que l'obligation de procéder aux déclarations qui doivent être faites aux organismes de protection sociale ou à l'administration fiscale en vertu des dispositions en vigueur, dont la méconnaissance constitue selon le paragraphe 2° de l'article L. 8221-3 du Code du travail, l'une des formes de travail dissimulé par dissimulation d'activité incriminé par ce texte, concerne **tant la déclaration initiale de l'activité économique que les déclarations périodiques**.

#### 2 — Les arrêts "Vueling Airlines" du 11 mars 2014 (24), et "Easyjet Airline Company", du même jour (25), concernant deux entreprises de transport aérien

La société Vueling Airlines, qui a son siège en Espagne, a embauché plusieurs dizaines de salariés navigants, commerciaux ou techniques et les a détachés sur son établissement de l'aéroport Charles de Gaulle, à Roissy. Ces salariés étaient titulaires d'un certificat E 101, attestant qu'ils étaient maintenus, pendant la période de détachement, au régime de Sécurité sociale de leur pays d'origine, en l'espèce, l'Espagne.

L'inspection du travail a considéré que la société susvisée, qui employait les salariés sur une base d'exploitation, au sens de l'article R. 330-2-1 du Code de l'aviation civile (N° Lexbase : L2008HWB), ne pouvait se prévaloir des dispositions relatives au détachement, son activité étant entièrement orientée vers le territoire national et étant réalisée dans des locaux ou avec des infrastructures situées sur ce territoire à partir desquels elle était exercée de façon habituelle, stable et continue. Un procès-verbal a été établi pour travail dissimulé.

Pour déclarer la société Vueling Airlines coupable de travail dissimulé par dissimulation d'activité pour avoir omis de déclarer ses salariés aux organismes de protection sociale français, les juges du second degré ont relevé que :

— la prévenue exerçait son activité en France, dans le cadre d'une succursale ou d'un établissement, et en tout cas d'une base d'exploitation, au sens de l'article R. 330-2-1 du Code de l'aviation civile, en employant trois salariés au sol, titulaires d'un contrat à durée indéterminée, et des dizaines de navigants recrutés en Espagne, présentés comme détachés en France, employés par contrats à durée déterminée et immatriculés au régime de protection sociale espagnol ;

— la succursale ouverte en France était dirigée par un directeur de pays, ayant le statut de cadre dirigeant, au sens de l'article L. 3111 2 du Code du travail (N° Lexbase : L0290HgM), assisté d'un chef de base, et dans ces conditions, l'employeur ne pouvait, aux termes de l'article L. 1262-3 dudit code (N° Lexbase : L2130KGY), se prévaloir des dispositions applicables au détachement ;

— la délivrance de certificats d'affiliation E 101, par l'autorité de protection sociale espagnole, ne saurait valoir présomption de la validité des détachements des salariés en cause et interdire au juge pénal français de constater la violation intentionnelle des dispositions légales applicables en France, la société Vueling Airlines ayant, d'évidence, volontairement méconnu ces règles pour se placer sous un régime social et fiscal moins lourd et plus permissif.

Pour rejeter le pourvoi formé contre cet arrêt, sans qu'il y ait lieu de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, la Chambre criminelle a jugé que la cour d'appel a justifié sa décision, dès lors :

— qu'en l'absence de détachement de salariés entrant dans les prévisions de l'article 14, § 1, a du Règlement n° 1408/71 du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de Sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (N° Lexbase : L4570DLT), en vigueur à la date des faits poursuivis, la société Vueling Airlines, dont l'activité, entièrement orientée vers le territoire national, réalisée de façon habituelle, stable et continue dans des locaux ou avec des infrastructures situées sur ce territoire, relevait du droit d'établissement au sens des dispositions de l'article L. 1262-3 du Code du travail et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, ne pouvait se prévaloir des certificats, dits "formulaires E 101", qu'elle invoquait ;

— et que, se trouvait constituée à son encontre, conformément aux dispositions d'ordre public de l'article L. 8221-3, 2°, du code susvisé, l'infraction de travail dissimulé, faute d'avoir procédé en France, pour ses salariés, personnels navigants techniques et commerciaux occupés à l'établissement de Roissy, aux déclarations devant être faites aux organismes de protection sociale.

Il convient de relever que pour écarter toute notion de détachement, et dire que la société relevait du droit d'établissement, la Cour de cassation s'est fondée, essentiellement, tant sur les dispositions de l'article 14, § 1, du Règlement n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de Sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (N° Lexbase : L4570DLT), que sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Si la délivrance d'un certificat E 101 vaut présomption de la validité des détachements et régularité d'affiliation, la Chambre criminelle a jugé, par l'application même du droit de l'Union européenne, que la société en cause ne pouvait se prévaloir de ces certificats pour tenter d'échapper à ses obligations déclaratives.

La société Easyjet avait développé, à partir de 2004, une activité de transport aérien présentant sur le territoire national les caractéristiques d'habitude, de stabilité, de continuité et de permanence et s'était dotée à l'aéroport d'Orly de comptoirs et de bureaux ; elle avait recruté des salariés français, dans leur majorité, résidant en France et affectés de manière durable à ladite base aéroportuaire, malgré les termes de leur contrat de travail les présentant comme des salariés détachés.

Pour entrer en voie de condamnation, les juges du fond avaient notamment relevé, qu'en application du Règlement n° 1408/71 du 14 juin 1971, le personnel navigant des entreprises de transports internationaux de passagers par voie aérienne, était soumis à la législation de l'Etat où l'entreprise a son siège, sauf si le travailleur est occupé de manière prépondérante sur l'Etat membre où il réside, ce qui était le cas en l'espèce, de sorte que la société aurait dû procéder à la déclaration nominative préalable à l'embauche de ses salariés affectés à la base d'Orly.

Pour rejeter le pourvoi formé par la société Easyjet, la Chambre criminelle a dit que la cour d'appel avait justifié sa décision dès lors qu'elle avait exactement retenu que l'activité de la société relevait, sur le territoire national, des règles applicables au droit d'établissement, exclusives des dispositions relatives au détachement transnational, et non de la liberté de prestation de services, au sens des articles 52 et suivants du Traité de Rome (N° Lexbase : L8486IS4).

Ces arrêts ont fait l'objet d'appréciations divergentes.

Certains auteurs leur ont reproché de méconnaître la primauté du droit de l'Union européenne (26).

D'autres ont approuvé la position prise par la Chambre criminelle (27).

L'Assemblée plénière a eu à se pencher sur la question, le 6 novembre 2015.

Par deux arrêts (28), elle a dit que le certificat E 101 délivré conformément à l'article 11, paragraphe 1, du Règlement n° 574/72 du 21 mars 1972 (N° Lexbase : L7131AUN) était le seul document *susceptible d'attester* la régularité de la situation sociale du cocontractant établi ou domicilié à l'étranger au regard du Règlement n° 1408/71, au sens du premier de ces textes.

Par un arrêt (29), s'agissant d'une société allemande ayant une succursale sur le territoire de la Confédération helvétique, qui exploitait deux bateaux de croisière naviguant en France sur le Rhône et la Saône, alors que des irrégularités avaient été relevées par l'administration, s'agissant de salariés occupant des fonctions hôtelières, lesquelles avaient été suivies de redressements en matière de recouvrement de cotisations et contributions sociales, l'Assemblée plénière a renvoyé à la Cour de justice de l'Union européenne la question suivante : l'effet attaché au certificat E 101 s'impose-t-il, d'une part, aux institutions et autorités de l'Etat d'accueil, d'autre part, aux juridictions du même Etat membre, lorsqu'il est constaté que les conditions de l'activité du travailleur salarié n'entrent manifestement pas dans le champ d'application matériel des règles dérogatoires de l'article 14, paragraphes 1 et 2, du Règlement n° 1408/71 ?

En d'autres termes, si la question est bien comprise, l'effet attaché au certificat E 101 s'impose-t-il encore en cas de fraude à la loi ?

- (1) Cass. crim., 22 juin 2016, n° 14-80.041, F-P+B (N° Lexbase : [A2435RUQ](#)).
- (2) Cass. crim., 20 janvier 2015, n° 13-83.301, F-D (N° Lexbase : [A2594NAC](#)).
- (3) Cass. crim., 1er décembre 2015, n° 14-85.828, F-P+B (N° Lexbase : [A6115NY7](#)), Bull. n° 274.
- (4) Cass. crim., 23 juin 2015, n° 14-83.023, F-D (N° Lexbase : [A9956NLC](#)).
- (5) Cass. crim., 24 mai 2016, n° 15-81.914, F-D (N° Lexbase : [A0248RRM](#)).
- (6) Cass. crim., 15 mars 2016, n° 14-85.328, F-P+B (N° Lexbase : [A3493Q8U](#)), Bull. n° 77.
- (7) Cass. crim., 17 mars 2015, n° 13-87.950, F-D (N° Lexbase : [A1826NED](#)).
- (8) Cass. crim., 20 janvier 2015, n° 14-80.532, F-P+B+I (N° Lexbase : [A4949M98](#)), Bull. n° 19 ; cf. l'Encyclopédie Droit du travail N° Lexbase : [E7320ESW](#)).
- (9) Cass. crim., 15 décembre 2015, n° 14-86.413, F-D (N° Lexbase : [A8704NZE](#)).
- (10) Cass. crim., 26 janvier 2016, n° 14-83.265, F-D (N° Lexbase : [A3440N7K](#)).
- (11) Cass. crim., 1er décembre 2015, n° 14-85.480, F-P+B (N° Lexbase : [A6149NYE](#)), Bull. n° 273.
- (12) Cass. crim., 10 mai 2016, n° 14-88.194, F-D (N° Lexbase : [A0869RPU](#)).
- (13) Cass. crim., 15 décembre 2015, n° 14-85.638, F-P+B (N° Lexbase : [A8518NZI](#)), Bull. n° 302.
- (14) Crim. 24 mai 2016, deux arrêts, n° 15-83.680 (N° Lexbase : [A0160RRD](#)) et n° 15-81.886 (N° Lexbase : [A0353RRI](#)), F-D.
- (15) Cass. crim., 23 juin 2015, n° 14-82.833, F-D (N° Lexbase : [A0104NMS](#)).
- (16) Cass. crim., 10 mai 2016, n° 15-82.050, F-D (N° Lexbase : [A0766RP3](#)).
- (17) Cass. crim., 7 juin 2016, n° 14-87.369, F-D (N° Lexbase : [A6844RSB](#)).
- (18) Cass. crim., 30 mars 2016, n° 14-84.644, F-D (N° Lexbase : [A1512RBM](#)).
- (19) Cass. crim., 30 mars 2016, n° 14-88.519, F-D (N° Lexbase : [A1603RBY](#)).
- (20) Cass. crim., 8 septembre 2015, n° 14-80.665, F-D (N° Lexbase : [A9496NNZ](#)).
- (21) Cass. crim., 21 juin 2016, n° 15-82.651, F-D (N° Lexbase : [A2484RUK](#)).
- (22) Cass. crim., 30 mars 2016, n° 15-81.478, F-P+B (N° Lexbase : [A1633RB4](#)), Bull. n° 115 ; cf. l'Encyclopédie Droit du travail N° Lexbase : [E7304ESC](#)).
- (23) Cass. crim., 30 mars 2016, n° 15-80.761, FS-P+B (N° Lexbase : [A1644RBI](#)), Bull. n° 116 ; cf. l'Encyclopédie Droit du travail N° Lexbase : [E7305ESD](#)).
- (24) Cass. crim., 11 mars 2014, n° 12-81.461, FS-P+B+I (N° Lexbase : [A5032MGH](#)), Bull. n° 75.
- (25) Cass. crim., 11 mars 2014, n° 11-88.420, FS-P+B+I (N° Lexbase : [A5033MGI](#)), Bull. n° 74.

(26) Lire, N. Chavrier, SSL, 2014, du 9 juillet 2015, qui y a vu *"une atteinte grave à la primauté du droit de l'Union européenne"*; J. — Cl. Fillon, LSE, n° 350 du 3 au 16 avril 2014 : *"un trou d'air dans l'application du droit européen"*; J. — Ph. Lhermoud, *L'étonnante leçon anti-européenne de la Chambre criminelle à propos du formulaire E 101*, RJS, 2014, p. 307. J. Icard, Cahiers sociaux, 1er avril 2014, n° 262, p. 255, qui, s'il relève que la solution est *"peu respectueuse de la logique européenne"* n'en discute pas l'opportunité qui ne *"vise qu'à évincer les pratiques évidentes de dumping social"*.

(27) R. Salomon, Dr. soc., 2014, p. 832. A. Cerf-Hollander, RSC, 2014, p. 355, qui relève qu'est déjouée la fraude, *"les salariés faussement détachés devenant alors des salariés dissimulés"* et qui se demande si la Cour de justice de l'Union européenne, qui a jugé que le juge national n'est pas habilité à vérifier la validité d'un certificat E 101, aurait la même position dans le cadre d'un contentieux pénal, ce qui *"équivaldrait à donner un blanc-seing aux fraudeurs"*. H. Guichaoua, directeur du travail, *Une avancée remarquable dans la lutte contre le travail illégal et le dumping social du fait des entreprises étrangères : les arrêts "Easyjet" et "Vueling"*, Dr. ouvr., juin 2014, n° 791, p. 385.

(28) Ass. plén., 6 novembre 2015, deux arrêts, n° 14-10.182, (N° Lexbase : A0368NWK) et n° 14-10.193 (N° Lexbase : A0297NWW), P+B+R+I, lire, Ch. Willmann, Lexbase, éd. soc., n° 633, 2015 (N° Lexbase : N0009BWA).

(29) Ass. plén., 6 novembre 2015, n° 13-25.467, P+B+R+I (N° Lexbase : A8408NUX).

**[Travail dissimulé] Événement****Travail dissimulé et procédures collectives**

14386500

N° Lexbase : N6494BWG



par Bastien Brignon, Maître de conférences — HDR à l'Université d'Aix-Marseille, Membre du Centre de droit économique (EA 4224) et de l'Institut de droit des affaires (IDA), Directeur du Master professionnel Ingénierie des sociétés

**La Faculté de droit et de science politique d'Aix-en-Provence, en partenariat avec le Laboratoire de droit privé et de science criminelles (LDPSC) et l'Urssaf Provence-Alpes-Côte d'Azur, a organisé le vendredi 18 novembre 2016 une journée d'études consacrée aux grands enjeux de la lutte contre le travail dissimulé, et la distinction entre l'optimisation sociale, licite et bénéfique pour les entreprises, et la fraude sociale par le travail dissimulé, illicite, qui est lourdement sanctionnée, au regard des dernières évolutions du droit. Les travaux de cette journée étaient présidés par Jean-Victor Borel, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence et ancien Maître de conférences associé à l'IEP d'Aix-en-Provence. Partenaires de cet événement, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver l'intégralité des actes de ce colloque.**

Sous la direction scientifique de Jean-Victor Borel, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence, ancien Maître de conférences associé à l'IEP d'Aix-en-Provence

**Propos introductifs**, par Jean-Victor Borel, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence, ancien Maître de conférences asso

cié à l'IEP d'Aix-en-Provence, Directeur scientifique du colloque (N° Lexbase : N7204BWQ).

**Les pouvoirs des enquêteurs face au travail dissimulé**, par Jean-Baptiste Perrier, Professeur à l'Université d'Auvergne, Directeur du Centre Michel de l'Hospital (N° Lexbase : N6585BWS).

**Les actions en justice liées au travail dissimulé**, par Marc Segonds, Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole, Directeur de l'Institut d'études judiciaires, Avocat au barreau de Toulouse (N° Lexbase : N7202BWN).

**Le travail dissimulé dans**

**la jurisprudence de la Chambre criminelle**, par Grégoire Finidori, Conseiller honoraire à la Cour de Cassation (N° Lexbase : N6700BW3).

**Travail dissimulé et procédures collectives**, par Bastien Brignon, Maître de conférences HDR à Aix-Marseille Université (N° Lexbase : N6494BWG).

**Ingénierie juridique frauduleuse et travail dissimulé**, par Jean-Victor Borel, Avocat au Barreau d'Aix-en-Provence, ancien Maître de conférences associé à l'IEP d'Aix-en-Provence (N° Lexbase : N7604BWK).

**La responsabilité des donneurs d'ordres privés et publics en matière de travail dissimulé**, par Didier Del Prete, Maître de conférences à l'IEP d'Aix-en-Provence, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence (N° Lexbase : N6712BWI).

Les liens entre travail dissimulé et procédures collectives sont très forts. En effet, lorsqu'un entrepreneur fait l'objet d'un redressement ou d'une liquidation judiciaires, force est de constater que, souvent, il n'est à jour ni de ses impôts ni de ses cotisations sociales. D'ailleurs, les Urssaf sont des créanciers qui assignent les débiteurs en procédures collectives en cas de besoin. Pire, les cotisations n'ont parfois pas été réglées tout simplement parce que le droit du travail a été éludé. Autrement dit, le débiteur est coupable de travail dissimulé. Le problème vient de ce que, compte tenu de la nature dissimulée du travail, il est bien difficile d'établir le montant de cotisations éludées, dont on rappellera que le mécanisme est fondé sur un système uniquement déclaratif.

C'est dans ces conditions qu'il faut s'interroger sur les perspectives de recouvrement par l'Urssaf lorsque son débiteur, coupable de travail dissimulé, fait l'objet d'une procédure collective, soit à l'initiative de l'Urssaf elle-même, ce dont elle peut avoir intérêt, soit à l'initiative d'un tiers, étant rappelé que la saisine d'office du tribunal, hormis quelques exceptions, a été abrogée, en abordant les voies de droit ouvertes à l'Urssaf en droit des procédures collectives (en qualité de créancier privilégié, éventuellement après désignation en qualité de contrôleur, etc.), et plus largement les sanctions susceptibles d'être encourues par ceux qui se rendent coupables de travail dissimulé, en cas d'ouverture d'une procédure collective (les hypothèses de responsabilité personnelle du dirigeant de personne morale, etc.), avec l'importante question de savoir si un dirigeant coupable de travail dissimulé peut faire l'objet d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

Dès lors, la question se pose de savoir si le droit des procédures collectives contribue, ou au contraire fait obstacle, à la lutte contre le travail dissimulé, et au recouvrement des créances sociales par l'Urssaf. Or, il s'avère que tantôt il y contribue (I) et tantôt il y fait à l'inverse obstacle (II).

## **I – Le droit des procédures collectives contribue à la lutte contre le travail dissimulé**

Le droit des entreprises en difficulté contribue à la lutte contre le travail dissimulé de deux manières : timidement (A) ou nettement (B).

### **A – Tantôt timidement**

Les manifestations de cette intervention plutôt timide se matérialisent à travers deux prérogatives de l'Urssaf.

D'une part, lorsque le débiteur rencontre des difficultés dans le paiement de ses cotisations sociales, et après plusieurs échéances restées impayées, malgré les relances, mises en demeure, majorations et pénalités, l'Urssaf peut prendre, sur l'entreprise considérée, des inscriptions et ce, moyennant formalités au greffe du tribunal de commerce. Cela permettra à l'Urssaf d'avoir la position par la suite de créancier privilégié.

D'autre part, lorsque les difficultés se font plus sérieuses et confinent à la cessation des paiements, voire à la situation irrémédiablement compromise, l'Urssaf peut assigner le débiteur en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire pour non-paiement des cotisations sociales ayant conduit à la cessation des paiements, étant rappelé que la saisine d'office, hormis deux ou trois hypothèses, n'est plus possible. Etre ainsi à l'origine de la procédure collective offrira à l'Urssaf la maîtrise du temps et des délais (notamment en vue de déclarer des créances antérieures), voire la possibilité intéressante d'être désigné contrôleur.

### **B – Tantôt de manière bien plus franche**

L'Urssaf dispose d'une prérogative dont peu de créanciers peuvent se prévaloir, à savoir la possibilité de déclarer des créances à titre provisionnel, ce qui, dans le système de la déclaration de créances, est assez exceptionnel.

Pour rappel, l'article L. 622-24 du Code de commerce (N° Lexbase : L7290IZZ) indique qu'à partir de la publication du jugement au Bodacc, tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, adressent la déclaration de leurs créances au mandataire judiciaire dans un délai de deux mois à compter de ladite publication. Lorsque le créancier a été relevé de forclusion conformément à l'article L. 622-26 (N° Lexbase : L8103IZ7), les délais ne courent qu'à compter de la notification de cette décision ; ils sont alors réduits de moitié. Les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié sont avertis personnellement ou, s'il y a lieu, à domicile élu. Le délai de déclaration court à l'égard de ceux-ci à compter de la notification de cet avertissement (al. 1er). Surtout, la déclaration des créances doit être faite alors même qu'elles ne sont pas établies par un titre. Celles dont le montant n'est pas encore définitivement fixé sont déclarées sur la base d'une évaluation. Les créances du Trésor public et des organismes de prévoyance et de Sécurité sociale ainsi que les créances recouvrées par les organismes visés aux articles L. 5427-1 (N° Lexbase : L1305I7H) à L. 5427-6 du Code du travail qui n'ont pas fait l'objet d'un titre exécutoire au moment de leur déclaration sont admises à titre provisionnel pour leur montant déclaré. En tout état de cause, les déclarations du Trésor et de la Sécurité sociale sont toujours faites sous réserve des impôts et autres créances non établis à la date de la déclaration. Sous réserve des procédures



judiciaires ou administratives en cours, leur établissement définitif doit, à peine de forclusion, être effectué dans le délai prévu à l'article L. 624-1 (N° Lexbase : L7294IZ8). Toutefois, si une procédure administrative d'établissement de l'impôt a été mise en œuvre, l'établissement définitif des créances qui en font l'objet doit être effectué avant le dépôt au greffe du compte rendu de fin de mission par le mandataire judiciaire. Le délai de cet établissement définitif est suspendu par la saisine de l'une des commissions mentionnées à l'article L. 59 du Livre des procédures fiscales (N° Lexbase : L3888KW/W) jusqu'à la date de réception par le contribuable ou son représentant de l'avis de cette commission ou celle d'un désistement (al. 4).

L'Urssaf doit donc penser à déclarer les créances antérieures, dans un délai de deux mois. Le problème est qu'en matière de travail dissimulé, étant donné que par définition les cotisations ne sont pas connues, il y a un risque pour l'Urssaf à être hors délai concernant les créances antérieures. L'Urssaf doit alors pouvoir être relevée de sa forclusion en pareille circonstance, conformément aux dispositions de l'article L. 622-26 du Code de commerce. Il ne fait, en effet, pas de doute qu'aucune négligence ne peut être imputée à l'Urssaf lorsque, par exemple, c'est le volet pénal de l'affaire qui révèle l'existence d'un redressement judiciaire. En revanche, l'Urssaf commettrait une négligence si en cas de conversion d'un redressement judiciaire en liquidation judiciaire les créances de cotisations n'étaient pas déclarées. Le jugement de liquidation judiciaire ouvrant à l'Urssaf un nouveau délai de deux mois, elle doit procéder à la déclaration. Quant à l'éventuelle action en relevé de forclusion faite lorsque le débiteur était encore en redressement judiciaire, elle doit en principe être mesurée à l'aune de la conversion en liquidation et de l'attitude de l'Urssaf en conséquence.

Par ailleurs, l'Urssaf a la possibilité d'être désignée contrôleur. La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, de sauvegarde des entreprises (N° Lexbase : L5150HGT) a prévu à l'article L. 622-20 du Code de commerce (N° Lexbase : L7288IZX) que : *"Le mandataire judiciaire désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers. Toutefois, en cas de carence du mandataire judiciaire, tout créancier nommé contrôleur peut agir dans cet intérêt dans des conditions fixées par décret"*. La loi confère ainsi aux contrôleurs des prérogatives importantes : celle d'agir, dans le contexte général de la procédure, aux fins de défendre l'intérêt collectif des créanciers, et celle de demander l'engagement de sanctions patrimoniales et personnelles.

Il faut savoir que l'institution du contrôleur dans le décret du 28 décembre 2005 (décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005, pris en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises N° Lexbase : L3297HET) se trouve réglementée dans un chapitre intitulé *"Des organes de la procédure collective et les contrôleurs"*, de sorte que le contrôleur pourrait avoir la qualité de partie au sens de l'article 546 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L6697H78) pour pouvoir interjeter appel. En outre, en vertu de l'article L. 622-20 du Code de commerce précité, les contrôleurs ont la possibilité de formuler à tout moment de la procédure des observations qui doivent être communiquées par le mandataire de justice au tribunal et au ministère public, qu'il les aient suivies ou non, dispositions qui ont été maintenues par la loi du 26 juillet 2005. En outre encore, le mandataire de justice est tenu de communiquer à chaque créancier, outre les propositions de l'administrateur ou du débiteur, relatives aux délais de paiement et remises de dettes en vue du plan de sauvegarde ou de continuation, l'avis des contrôleurs (décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985, relatif au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises N° Lexbase : L9117AGR, abrogé, art. 42, 3° ; C. com., art. R. 626-7, H, 3° N° Lexbase : L4932IPD). La loi impose, par ailleurs, dans de nombreuses situations, de recueillir avant toute décision l'avis des contrôleurs et pendant la période d'observation, non seulement les contrôleurs doivent recevoir le rapport sur la situation économique et sociale de l'entreprise, mais doivent aussi être consultés sur son contenu et notamment sur le projet de plan (C. com., art. L. 621-61 ancien, al. ter et art. L. 626-8 nouveau, al. 1 et 2 N° Lexbase : L3369ICR). Aussi, avant de statuer sur la prolongation de la période d'observation, le tribunal doit prendre connaissance des observations émises par les contrôleurs (décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985, relatif au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises N° Lexbase : L9117AGR, abrogé, art. 20, al. 3 ; C. com., art. R. 621-9 N° Lexbase : L6106I3K). Enfin, en ce qui concerne le sort de l'entreprise, il est arrêté par le tribunal au vu du rapport de l'administrateur et après consultation notamment de tous les contrôleurs ; que dans de telles conditions, si le mandataire, le débiteur, le ministère public et le tribunal sont soumis au respect du contradictoire à l'égard du contrôleur, cela signifie que ce dernier est également partie à la procédure, car, le principe du contradictoire ne trouve à s'appliquer qu'à l'égard des parties à la procédure.

Tout cela pour dire que l'Urssaf a tout intérêt, dans la plupart des cas, à être désignée contrôleur. Cela étant, et presque paradoxalement, cette qualité de contrôleur ne paraît, toutefois, pas lui conférer la qualité de partie à l'instance, ce qui peut être handicapant, d'où l'intérêt alors, pour y pallier, d'être pour l'Urssaf à l'origine de l'ouverture de la procédure collective.

## II – Le droit des procédures collectives fait obstacle à la lutte contre le travail dissimulé

Le droit des entreprises en difficulté fait obstacle, parfois, à la lutte contre le travail dissimulé et ce, comme précédemment, de deux manières : tantôt de manière insidieuse (A) et tantôt de manière plus franche (B).

## A — Tantôt de manière insidieuse

On pense ici, pour faire le lien avec la conclusion de la première partie, à la notion ou qualité de partie à l'instance : si l'Urssaf n'a pas été le créancier à l'origine du redressement ou de la liquidation judiciaires, matérialisé par une assignation en ce sens, l'Urssaf ne saurait avoir la qualité de partie à l'instance. En conséquence de quoi, n'étant pas partie à l'instance, l'Urssaf ne saurait avoir qualité pour interjeter appel d'un jugement afférent à la procédure collective du débiteur concerné.

A ce sujet, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a pu rendre un arrêt, en date du 13 octobre 2016, riche d'enseignement (CA Aix-en-Provence, 13 octobre 2016, n° 15/15 707 N° Lexbase : A2482R8G), en particulier au regard de la notion de partie à l'instance. Dans cette affaire, le problème se posait d'un créancier -qui n'était pas l'Urssaf— qui avait été désigné contrôleur, et qui souhaitait interjeter appel contre un jugement adoptant un plan de sauvegarde. Or, les juges aixois estiment qu'en vertu de l'article 546 du Code de procédure civile, le droit d'appel n'appartient qu'aux parties, qualité de celui qui a une prétention à soutenir au sens des articles 4 (N° Lexbase : L1113H4Y) et 31 (N° Lexbase : L1169H43) du Code de procédure civile. Or, il ne résulte d'aucun des arguments développés par le créancier contrôleur qu'il est une partie au sens de la définition précitée. En conséquence, son appel contre l'adoption d'un plan de sauvegarde a été déclaré irrecevable. Il faut en conclure que la désignation de l'Urssaf en tant que contrôleur ne saurait suffire, et qu'il est préférable, en vue de pouvoir éventuellement interjeter appel d'un jugement afférent à la procédure collective, d'avoir cette qualité de partie à l'instance. Pour ce faire, l'Urssaf peut assigner le débiteur en redressement ou liquidation judiciaires. Sinon, seule la voie assez fermée de la tierce-opposition lui sera ouverte, sauf à démontrer éventuellement une atteinte à ses droits et obligations (2).

L'autre manifestation insidieuse de l'obstacle des procédures collectives au recouvrement des créances sociales par l'Urssaf peut être constituée par l'ajout, depuis la loi "Macron" du 6 août 2015 (loi n° 2015-990 du 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques N° Lexbase : L4876KEC), de l'adverbe "*sciemment*" dans les interdictions de gérer. En effet, selon l'article L. 653-8 du Code de commerce (N° Lexbase : L2082KGg), relatif aux interdictions de gérer prononcées à l'encontre des dirigeants sociaux, une telle interdiction peut être prononcée à l'encontre de toute personne mentionnée à l'article L. 653-1 (N° Lexbase : L2743LBg) du même code qui a omis sciemment de demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire dans le délai de quarante-cinq jours à compter de la cessation des paiements, sans avoir, par ailleurs, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation (al. 3). De sorte que l'entrepreneur qui n'aurait pas omis sciemment de formuler pareille demande ne risquerait pas d'être sous le coup d'une interdiction de gérer.

Cependant, en réaction à cette évolution législative, les juges ont estimé que pour caractériser l'adverbe "*sciemment*", ajout de la loi "Macron" qui complique le prononcé d'une interdiction de gérer pour écarter le dirigeant incompetent, il faut rechercher dans le passé judiciaire du mis en cause ou dans son comportement antérieur, des éléments qui permettent de déterminer qu'il ne pouvait ignorer ses obligations légales (3).

## B — Tantôt de manière assez nette

Parfois, c'est de manière bien plus franche que le droit des procédures collectives fait obstacle à la lutte contre le travail dissimulé. On peut citer, en premier lieu, le grand principe de l'interdiction des paiements des créances antérieures, et l'un de ses corollaires, l'attestation de vigilance. Il faut savoir, en effet, que les créances de cotisations sociales échues avant le jugement d'ouverture ne sont plus exigibles pendant la période d'observation (4).

Pour rappel, dans un souci de lutter contre le travail dissimulé, le législateur a souhaité renforcer la responsabilité des donneurs d'ordre. L'article L. 8222-1 du Code du travail (N° Lexbase : L5106IQ8), plusieurs fois modifié, impose ainsi à toute personne qui conclut un contrat en vue de l'exécution d'une prestation d'un montant fixé depuis le 1er janvier 2012 à 5 000 euros, de vérifier que son cocontractant s'est immatriculé et a procédé aux déclarations auprès des organismes de protection sociale et de l'administration fiscale. A défaut, il peut engager sa responsabilité financière solidaire. De même, une entreprise qui souhaite candidater pour l'attribution d'un marché public doit justifier qu'elle est à jour du paiement de ses cotisations et qu'elle n'est pas condamnée pour travail dissimulé (article 45 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, relative aux marchés publics N° Lexbase : L9077KBS, abrogeant et remplaçant le Code des marchés publics et son article 46). L'article L. 243-15 du Code de la Sécurité sociale (N° Lexbase : L0841Z8), créé par la loi n° 2010-1594 du 20 décembre 2010, de financement de la Sécurité sociale pour 2011 (N° Lexbase : L9761INT), a donc instauré une attestation de vigilance établie par l'Urssaf et qui constate non seulement que l'entreprise respecte ses obligations de déclaration mais aussi ses obligations de paiement de cotisations. Le cocontractant doit donc présenter au donneur d'ordre ou lorsqu'il postule pour l'attribution d'un marché public cette attestation. Cette attestation doit-elle être délivrée lorsque l'entreprise faisant l'objet d'une procédure de redressement judiciaire n'a pas payé une partie de ses cotisations antérieures au jugement d'ouverture ? C'est à cette question que répond la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans l'arrêt publié en date du 16 juin 2016.

Et, au grand dam de l'Urssaf, elle y répond par la positive. En l'espèce, après sa mise en redressement judiciaire ouverte le 21 mars 2013, une société demande à l'Urssaf pendant la période d'observation la délivrance d'une attestation de vigilance constatant qu'elle respecte ses obligations déclaratives ainsi que ses obligations de paiement, en vue du renouvellement d'un marché public. L'Urssaf lui adresse un document précisant qu'il ne vaut pas attestation de vigilance au sens de l'article L. 243-15 du Code de la Sécurité sociale. La société ainsi que les organes de la société demandent alors au juge-commissaire de condamner l'Urssaf à délivrer cette attestation sous astreinte, ce que le juge-commissaire accepte. L'Urssaf forme un pourvoi en cassation et reproche au juge-commissaire d'avoir violé cet article dans la mesure où, même si la société était à jour de ses cotisations pendant la période d'observation, il restait des cotisations impayées au titre de la période antérieure au jugement d'ouverture. La Cour de cassation rejette le pourvoi : la cour d'appel a exactement décidé que l'Urssaf devait délivrer cette attestation. Elle affirme que *"selon l'article L. 622-7 du Code de commerce (N° Lexbase : L7285IZT), le jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes ; qu'il en résulte que les cotisations et contributions sociales afférentes à la période antérieure au jugement d'ouverture ne sont plus exigibles au sens de l'article L. 243-15 du Code de la Sécurité sociale"*. Par ailleurs, la société était à jour de ses cotisations pendant la période d'observation.

Par conséquent, l'attestation de vigilance doit être délivrée alors même que l'entreprise fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire et qu'une partie de ses cotisations sociales antérieures au jugement d'ouverture n'a pas été payée. Bien entendu, la question ne se poserait pas si l'ensemble des cotisations était payé. Or, compte tenu du travail dissimulé, tel n'est évidemment pas le cas. Cependant, cette attestation ne concerne que les créances exigibles qui ont été payées à leur échéance. Pour les créances postérieures au jugement d'ouverture, il faut rappeler que, selon l'article L. 622-29 (N° Lexbase : L3749HBH), le jugement d'ouverture ne rend pas exigibles les créances non échues au jour du jugement d'ouverture d'une sauvegarde ou d'un redressement. Elles sont alors exigibles à leur date d'échéance prévue. C'est pourquoi l'arrêt précise que l'entreprise était à jour du paiement de ses cotisations pendant la période d'observation. Le non-paiement de ces créances postérieures utiles donnerait lieu à un classement intéressant en vertu de l'article L. 622-17 du Code de commerce (N° Lexbase : L8102IZ4) et entraînerait la non-délivrance de cette attestation de vigilance. En matière de liquidation judiciaire, sans maintien provisoire de l'activité, l'article L. 643-1 du Code de commerce (N° Lexbase : L3504ICR) rend au contraire exigibles les créances non échues et il est alors fort probable que l'attestation de vigilance ne soit pas délivrée. Les créances antérieures au jugement d'ouverture étaient exigibles et n'ont pas été payées à leur échéance. Elles font partie du passif exigible permettant de caractériser l'état de cessation des paiements. Il faut rappeler également que l'interdiction de payer les créances antérieures concerne aussi les organismes sociaux, soumis à la discipline collective (5). Cette règle applicable à la sauvegarde, au redressement et à la liquidation judiciaires, permet d'avoir un traitement égalitaire des créanciers mais aussi de donner à l'entreprise les moyens de rebondir et de se redresser. Cette solution oblige donc l'URSSAF à délivrer cette attestation de vigilance à l'entreprise qui va pouvoir passer des contrats ou postuler à des marchés publics, sauf si elle est en liquidation judiciaire (Ord. du 23 juillet 2015, préc., art. 45).

Précisons, en outre, que l'article L. 643-1 du Code de commerce prévoit que les créances non échues deviennent exigibles par l'effet du jugement de liquidation sans pour autant autoriser les poursuites en paiement lorsqu'il s'agit de créances non privilégiées au sens de l'article L. 641-13 (N° Lexbase : L2747LBD). La Cour précise, d'ailleurs, que cette perte ne concerne que l'article L. 243-15 du Code de la Sécurité sociale et non les autres dispositions, tels que les recours possibles pendant la période d'observation contre les coobligés personnes morales (C. com., art. L. 622-28 N° Lexbase : L1072KZQ). La déclaration de créance mentionne d'ailleurs les dates d'exigibilité, les créances de cotisations sociales à échoir étant déclarées à titre provisionnel.

En second lieu, les procédures collectives font franchement obstacle au recouvrement des cotisations sociales au regard de la nature des dettes et de la notion de professionnel indépendant.

Pendant longtemps, nombre de professionnels n'étaient pas éligibles aux procédures collectives. On pense aux auto-entrepreneurs, lesquels, dans les premiers pas de leur existence, n'étaient admis ni au surendettement des particuliers, ni au bénéfice des procédures collectives (car ils n'étaient pas immatriculés au RCS). Aujourd'hui, les auto-entrepreneurs sont éligibles au Livre VI du Code de commerce (6). On pense également aux professionnels libéraux qui, sauf à être constitués en sociétés, n'étaient pas appréhendés par les procédures collectives. La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 rend toutefois et désormais les professionnels libéraux éligibles aux procédures collectives.

Au-delà, c'est nombre de professionnels que le droit des entreprises en difficulté met à l'épreuve. Il est, en effet, systématiquement vérifié leur éligibilité au droit des procédures collectives (7). C'est ainsi qu'il est jugé que le gérant d'une SARL, fût-il associé majoritaire et donc, en tant que tel, affilié au RSI pour les cotisations de Sécurité sociale, ne revêt pas la qualité d'un professionnel indépendant (il n'est pas commerçant), si bien qu'en cas de difficultés financières, il ne saurait pouvoir faire l'objet d'une procédure collective (8). Il peut en revanche faire l'objet d'une

procédure de surendettement (9).

On avoue toutefois ne pas comprendre la cohérence de ces solutions. En effet, si le gérant de SARL n'est pas un indépendant, l'agriculteur gérant d'une EARL l'est en revanche (10). En matière de SNC, les associés étant des commerçants en vertu de la loi, ils sont éligibles aux procédures collectives (11).

Le problème est que si les gérants de SARL ne sont pas éligibles aux procédures collectives, la question se pose nécessairement de savoir si les dettes liées aux cotisations sociales ont la nature de dettes personnelles ou professionnelles. La réponse à cette question est d'importance car il en va de leur possible effacement. Or, jusqu'à une époque récente, le débat n'était pas tranché quant à la nature de ces dettes : professionnelles ou personnelles ? Dans un important avis, la Cour de cassation a considéré qu'il s'agissait de dettes professionnelles, et qu'ainsi elles ne pouvaient pas être effacées dans le cadre d'un rétablissement personnel. Voilà qui est plutôt favorable à l'Urssaf mais la solution n'évite pas la critique, ce qui la fragilise (12).

En outre, le professionnel libéral qui exerce individuellement puis qui passe en société peut échapper à la procédure collective car, un peu à l'instar du gérant de SARL, il perd sa qualité d'indépendant (13). Il doit donc être assigné, conformément à la loi, dans le délai d'une année, à compter de sa cessation d'activité (synonyme d'association) ; à défaut, il échappera à la procédure collective. Le ministère public n'est cependant pas soumis au respect d'un tel délai, si bien que la solution consiste parfois à passer par le procureur. Le passage en société peut donc permettre d'éviter les procédures collectives et par là-même réduire à néant les chances de recouvrement par l'Urssaf des cotisations sociales.

Deux points pour conclure. D'abord, dans deux récentes QPC, le Conseil constitutionnel a admis le cumul des poursuites civiles et pénales sous certaines conditions (14). Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé conformes à la Constitution les dispositions prévoyant la possibilité pour le juge civil ou commercial de prononcer des sanctions de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer identiques à celles encourues devant la juridiction pénale pour les mêmes manquements constitutifs du délit de banqueroute, dès lors que le juge pénal peut condamner l'auteur de ce délit à une peine d'emprisonnement et à une peine d'amende, ainsi qu'à plusieurs autres peines complémentaires d'interdictions. Les faits prévus et réprimés par les dispositions contestées doivent, en effet, être regardés comme susceptibles de faire l'objet de sanctions de nature différente. Les dispositions contestées ne méconnaissent donc pas le principe de nécessité et de proportionnalité des peines. Dès lors, le Conseil constitutionnel déclare ainsi conformes à la Constitution :

— le 6° de l'article L. 653-5 du Code de commerce (N° Lexbase : L73461Z4), dans sa rédaction résultant de la loi du 26 juillet 2005, relatif aux manquements aux obligations comptables ;

— l'article L. 654-2, 2°, du Code de commerce (N° Lexbase : L34331C7), relatif aux faits de détournement ou de dissimulation d'actif ;

— les mots "*ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, soit d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale*" figurant au 2° de l'article L. 654-5 (N° Lexbase : L25321BE).

Mais, il y a un *quid* mais de taille, à savoir que l'article L. 654-6 du Code de commerce (N° Lexbase : L3503LAY) a été censuré car s'il interdit au juge pénal de prononcer la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer prévue à l'article L. 653-8 lorsqu'une juridiction civile ou commerciale a déjà prononcé une telle mesure par une décision définitive prise à l'occasion des mêmes faits, la même interdiction n'est pas prévue pour le juge civil ou commercial en cas de décision antérieure du juge pénal. L'article L. 654-6 du Code de commerce méconnaît donc le principe d'égalité devant la loi.

Par ailleurs et enfin, la question reste entière de savoir si un dirigeant qui omet sciemment de régler des cotisations sociales et ce, compte tenu d'un travail dissimulé, peut être recherché en responsabilité pour insuffisance d'actif (C. com., art. L. 651-2 N° Lexbase : L7679LBZ). Même si la loi "Sapin 2" du 9 décembre 2016 (loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique N° Lexbase : L6482LBP) a réduit son champ d'application en précisant, en son article 146, qu'"en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée", on peut penser qu'un dirigeant qui ne déclarerait pas certaines activités commettraient une faute de gestion, en conséquence de quoi il devrait pouvoir être poursuivi en responsabilité pour insuffisance d'actif. Mais l'action ne pourrait pas être diligentée par l'Urssaf car il s'agit d'une action attitrée. Pourrait notamment agir en la matière le mandataire judiciaire et sous réserve de respecter l'ensemble des conditions requises pour pouvoir



engager une telle action.

(1) La forme orale de l'intervention a été conservée.

(2) En ce sens v., Cass. com., 18 mai 2016, n° 14-19.622, FS-P+B (N° Lexbase : A0883RQR) : JurisData n° 2016-009 439, nos obs., JCP éd. E, 2016, 1361 : le recours contre les ordonnances du juge-commissaire rendues en application de l'article L. 642-18 du Code de commerce (N° Lexbase : L7335IZP) est formé devant la cour d'appel ; ce recours est ouvert aux parties et aux personnes, dont les droits et obligations sont affectés par ces décisions, dans les dix jours de leur communication ou notification. Ainsi, le créancier hypothécaire inscrit sur l'immeuble cédé est recevable à former le recours devant la cour d'appel contre l'ordonnance du juge-commissaire qui en a autorisé la vente de gré à gré, prévu par l'article R. 642-37-1 du Code de commerce (N° Lexbase : L0334INP).

(3) T. com. Valenciennes, 27 juin 2016, aff. n° 2016/001 321 ; T. com. Valenciennes, 4 juillet 2016, aff. n° 2015/00 822 ; CA Besançon, 4 mai 2016, n° 15/02 047 (N° Lexbase : A8735RNT) : JurisData n° 2016-009 590, JCP éd. E, 2016, 1417, note Ch. Delattre.

(4) Cass. civ. 2, 16 juin 2016, n° 15-20.231, F-P+B (N° Lexbase : A5631RTQ) : JurisData n° 2016-011 579 ; Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales, n° 13, Juillet 2016, alerte 184, note L. Fin-Langer.

(5) Cass. soc., 8 octobre 1986, n° 85-12 488, publié (N° Lexbase : A5729AAG) : Bull. civ. V, 1986, n° 484 : pour une caisse de Sécurité sociale. Cass. com., 17 février 2015, n° 13-26.931, F-P+B (N° Lexbase : A0107NCX) : JurisData n° 2015-003 003 ; Gaz. Pal., 5 mai 2015, p. 35 : pour une caisse de RSI.

(6) V. par ex., T. com. Caen, 12 janvier 2011, n° RG 2010/014 613, Dalloz actualité, 10 février 2011, note X. Delpech : le tribunal de commerce de Caen prononce la liquidation judiciaire d'un auto-entrepreneur, alors même que l'essentiel de son passif ne provient pas de son activité professionnelle. Logiquement, il fait application des règles de la procédure de liquidation judiciaire simplifiée. V. égal. Cass. civ. 2, 26 septembre 2013, n° 12-17.100, F-P+B (N° Lexbase : A9554KLG), Dalloz actualité, 8 octobre 2013, note V. Avena-Robardet : pour exclure un couple de la procédure de surendettement, la commission et le juge doivent analyser la situation de chacun de ses membres.

(7) C. Vincent, *La qualité du débiteur dépourvu d'entreprise*, JCP éd. E, 2016, étude 1340.

(8) Cass. com., 12 novembre 2008, n° 07-16.998, FS-P+B+R+I (N° Lexbase : A2091EB3), notamment, JCP éd. E, 2009, 1023, concl. R. Bonhomme ; Cass. com., 12 novembre 2008, n° 07-15.648, FS-D (N° Lexbase : A2300EBS) : JurisData n° 2008-045 819. Sur ces arrêts, v. JCP éd. E, 2009, 1023, note Ch. Lebel ; Dr. sociétés, 2009, comm. 15, note J. — P. Legros ; D., 2008, p. 2929, obs. A. Lienhard ; BJS, 2009, p. 278, note P. M. Le Corre ; Defrénois 2009, 1397, obs. D. Gibirila ; Rev. sociétés, 2009, p. 607, note Ph. Roussel Galle ; Dr. et patrimoine, septembre 2009, p. 107, obs. M. — H. Monsérié-Bon. Cass. civ. 2, 21 janvier 2010, n° 08-19.984, F-P+B (N° Lexbase : A4641EQX) : JurisData n° 2010-051 170 ; Rev. proc. coll., 2010, comm. 38, note S. Gjidara-Decaix ; JCP éd. E, 2010, 1296, n° 2, obs. Ph. Pétel ; JCP éd. E, 2010, 1357, note Ch. Lebel ; D., 2010, p. 321, obs. A. Lienhard ; RTD com., 2010, p. 437, obs. G. Paisant ; LEDEN, avril 2010, p. 3, obs. P. Rubellin ; Defrénois 2010, 1472, obs. D. Gibirila ; RJ com., 2010, p. 305, note J. — P. Sortais. CA Besançon, 22 octobre 2008, n° 08/01 385 N° Lexbase : A8457GEX).

(9) Cass. civ. 2, 13 octobre 2016, n° 15-24.301, F-P+B (N° Lexbase : A9562R7B) : JurisData n° 2016-021 140 ; JCP éd. E, 2016, act. 866 : au visa des articles L. 333-3 du Code de la consommation (N° Lexbase : L6601IMG), ensemble les articles L. 223-1 (N° Lexbase : L0915IEM), L. 631-2 (N° Lexbase : L8853INg) et L. 640-2 (N° Lexbase : L8862INK) du Code de commerce, la Cour de cassation juge que la seule qualité d'associé unique et de gérant d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ne suffit pas à faire relever la personne concernée du régime des procédures collectives et à l'exclure du champ d'application des dispositions du Code de la consommation relatives au surendettement des particuliers.

(10) Cass. com., 4 novembre 2014, n° 13-20.711, F-D (N° Lexbase : A9251MZN) : JurisData n° 2014-027 144 ; BJS, 2015, p. 26, nos obs. ; BJE, 2015, p. 13, note A. Cerati-Gauthier ; Dr. rural, 2015, comm. 41, note Ch. Lebel ; J. — P. Legros, *Dirigeant associé et procédure collective*, Dr. sociétés, 2016, repère 1.

(11) Cass. civ. 2, 5 décembre 2013, n° 11-28.092, F-P+B (N° Lexbase : A8437KQK) : JurisData n° 2013-027 856 ; JCP éd. E, 2013, act. 929 ; JCP éd. E, 2014, 1207, note Ch. Lebel ; Rev. sociétés, 2014, p. 199, note L. — C. Henry ; BJS, 2014, n° 3, p. 184, note F. — X. Lucas ; JCP éd. G, 2014, 96, note Ph. Roussel Galle ; Rev. proc. coll. 2014, comm. 51, note B. Saintourens ; BJE, 2014, n° 2, p. 78, note J. — P. Sortais.

(12) Cass. avis, 8 juillet 2016, n° 16 007 (N° Lexbase : A0213RX8), Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales, n° 15, octobre 2016, alerte 204, note V. Legrand.



(13) Cass. com., 9 février 2010, 3 arrêts, n° 08-15.191 (N° Lexbase : A7436ERT), n° 08-17.144 (N° Lexbase : A7437ERU) et n° 08-17.670 (N° Lexbase : A7438ERW), FS-P+B+R+I : Bull. civ. IV, 2010, nos 35, 36 et 38 ; D., 2010, chron. C. cass. p. 1113, obs. I. Orsini ; D., 2010, act. jurispr. p. 434, obs. A. Lienhard ; RTD com., 2010, p. 391, obs. M. — H. Monsérié-Bon ; Defrénois 2010, p. 1474, obs. D. Gibirila ; JCP éd. E, 2010, 1296, spéc. n° 1, obs. P. Pétel et 1267, note A. Cerati-Gauthier ; JCP éd. G, 2010, 220 et 602, note J. — J. Barbiéri ; LEDEN, mars 2010, p. 1, obs. F. — X. Lucas ; Act. proc. coll. 2010, n° 70, obs. J. Vallansan ; Dr. sociétés, 2010, n° 76, note J. — P. Legros ; Gaz. Pal., 14-16 mars 2010, p. 8, note M. — P. Dumont-Lefrand ; Gaz. Pal., 2-3 juillet 2010, p. 19, obs. F. Reille ; Rev. proc. coll., 2010, n° 131, obs. Ch. Lebel, et n° 148, obs. B. Saintourens ; RJDA, 2010, n° 538 ; Bull. Joly Sociétés, 2010, 489, note J. — J. Daigre ; Dr. et patrimoine, octobre 2010, 83, obs. C. Saint-Alary-Houin et M. — H. Monsérié-Bon ; Bull. Joly Entreprises en difficulté, mars 2011, p. 12, note V. Martineau-Bourgninaud ; Rev. proc. coll., 2010, étude 6, concl. R. Bonhomme ; RJDA, 5/2010, n° 538 ; ibid. 6/2010, p. 564, chron. D. Gibirila. V. égal. CA Aix-en-Provence, 19 septembre 2014, n° 14/00 507 (N° Lexbase : A6777MWW) : nos obs., Lexbase, éd. prof., n° 182, 2014 (N° Lexbase : N4728BUN). Passage d'un exercice individuel à un exercice en SELEURL : Cass. com., 16 septembre 2014, n° 13-17.147, F-P+B (N° Lexbase : A8462MWC) : D., 2014, p. 1869 ; Bull. Joly Sociétés, novembre 2014, p. 449, note J. Malet-Vigneaux ; JCP éd. E, 2014, 1550, note A. Cerati-Gauthier ; Journ. sociétés, novembre 2014, chron. CEDJ, nos obs.. Pour une infirmière libérale : CA Paris, 3°, A, 20 novembre 2007, n° 07/03 359 (N° Lexbase : A8583D3B) ; Bull. Joly Sociétés, 2008, p. 210, note N. Tagliarino-Vignal, et Cass. com., 17 mai 2011, n° 10-13.460, F-P+B+I (N° Lexbase : A2867HRM) ; Bull. Joly Entreprises en difficulté, 2011, p. 240, note N. Tagliarino-Vignal. V. également CA Aix-en-Provence, 16 avril 2015, n° 13/24 662 (N° Lexbase : A5841SCC) ; Bull. Joly Sociétés, novembre 2014, p. 438, note J. — F. Barbiéri. Sur les conséquences de la perte d'indépendance, v. A. Cerati-Gauthier, *Avocat et droit des entreprises en difficulté*, Journ. sociétés, janvier 2012, dossier "Avocat et droit des affaires", n° 94, p. 26 ; J. — F. Barbiéri, *Exercice professionnel en SEL : responsabilités civiles*, Journ. sociétés, février 2014, dossier "Le renouveau des SEL et des SPFPPL", p. 27, spéc. n° 12 ; A. Reygrobelle, *Responsabilités professionnelles et sociétés d'exercice professionnel*, in Les Cahiers du chiffre et du droit, RJ com., 2013, p. 31. Nos obs., Lexbase, éd. prof., n° 181, 2014 (N° Lexbase : N4447BUA).

(14) Cons. const., décision n° 2016-570 QPC du 29 septembre 2016 (N° Lexbase : A7361R4E) ; Cons. const., décision n° 2016-573 QPC du 29 septembre 2016 (N° Lexbase : A7364R4I), JCP éd. E, 2016, act. 792.

**[Travail dissimulé] Événement****Ingénierie juridique frauduleuse et travail dissimulé : l'exemple des transmissions universelles de patrimoine transfrontalières (1)**

14386532

N° Lexbase : N7604BWK



par Jean-Victor Borel, Avocat associé à la cour d'appel d'Aix-en-Provence — Responsable du département droit privé et des affaires — Borel & Del Prete — Ancien Maître de conférences associé des Universités — Directeur scientifique du colloque

La Faculté de droit et de science politique d'Aix-en-Provence, en partenariat avec le Laboratoire de droit privé et de science criminelles (LDPSC) et l'Urssaf Provence-Alpes-Côte d'Azur, a organisé le vendredi 18 novembre 2016 une journée d'études consacrée aux grands enjeux de la lutte contre le travail dissimulé, et la distinction entre l'optimisation sociale, licite et bénéfique pour les entreprises, et la fraude sociale par le travail dissimulé, illicite, qui est lourdement sanctionnée, au regard des dernières évolutions du droit. Les travaux de cette journée étaient présidés par Jean-Victor Borel, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence et ancien Maître de conférences associé à l'IEP d'Aix-en-Provence. Partenaires de cet événement, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver l'intégralité des actes de ce colloque.

Sous la direction scientifique de Jean-Victor Borel, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence, ancien Maître de conférences associé à l'IEP d'Aix-en-Provence

**Propos introductifs**, par Jean-Victor Borel, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence, ancien Maître de conférences asso

cié à l'IEP d'Aix-en-Provence, Directeur scientifique du colloque (N° Lexbase : N7204BWQ).

**Les pouvoirs des enquêteurs face au travail dissimulé**, par Jean-Baptiste Perrier, Professeur à l'Université d'Auvergne, Directeur du Centre Michel de l'Hospital (N° Lexbase : N6585BWS).

**Les actions en justice liées au travail dissimulé**, par Marc Segonds, Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole, Directeur de l'Institut d'études judiciaires, Avocat au barreau de Toulouse (N° Lexbase : N7202BWN).

**Le travail dissimulé dans**

**la jurisprudence de la Chambre criminelle**, par Grégoire Finidori, Conseiller honoraire à la Cour de Cassation (N° Lexbase : N6700BW3).

**Travail dissimulé et procédures collectives**, par Bastien Brignon, Maître de conférences HDR à Aix-Marseille Université (N° Lexbase : N6494BWG).

**Ingénierie juridique frauduleuse et travail dissimulé**, par Jean-Victor Borel, Avocat au Barreau d'Aix-en-Provence, ancien Maître de conférences associé à l'IEP d'Aix-en-Provence (N° Lexbase : N7604BWK).

**La responsabilité des donneurs d'ordres privés et publics en matière de travail dissimulé**, par Didier Del Prete, Maître de conférences à l'IEP d'Aix-en-Provence, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence (N° Lexbase : N6712BWI).

Si, entre optimisation et fraude, la frontière n'est pas toujours claire, entre la fiction et la réalité, il n'y a parfois qu'un pas... Or, le célèbre film *Arrête-moi si tu peux!* (2), réalisé par Steven Spielberg, dans lequel s'affrontent Leonardo DiCaprio et Tom Hanks, pourrait assez bien illustrer et résumer le phénomène objet de la présente contribution... En effet, de façon générale, la lutte contre la fraude peut consister en une véritable course de vitesse, lors de laquelle les fraudeurs tentent d'avoir un coup d'avance sur ceux qui s'efforcent de les combattre, tant en termes d'inventivité qu'en termes de réactivité. Et de ce point de vue, la lutte contre le travail dissimulé, forme de fraude sociale, en fournit un parfait cas d'application (3).

En effet, si certains employeurs qui se rendent coupables de travail dissimulé adoptent des comportements plutôt basiques, et espèrent simplement passer entre les mailles du filet en n'étant pas découverts (ce qui correspond au cas classique du "travail au noir"), d'autres élaborent de véritables stratégies, reposant sur des montages juridiques pouvant s'avérer plus ou moins ingénieux, dans le but d'échapper en tout ou partie à l'obligation de paiement des cotisations sociales, et de faire échec aux poursuites des organismes sociaux, dont l'Urssaf.

Ces montages juridiques peuvent être conçus soit seulement sur la base du droit français, soit plus largement sur la base de l'articulation entre le droit français et d'autres droits nationaux au regard, notamment, du droit européen et/ou du droit international, dans un contexte de mondialisation des relations économiques. Ils sont, dans tous les cas, le fruit d'une analyse des systèmes juridiques en cause, et sont généralement destinés à en exploiter les failles, réelles ou supposées.

Ces montages juridiques peuvent être mis en œuvre en amont, par ceux qui cherchent à se soustraire à la législation sociale et aux obligations déclaratives et financières qui en découlent. Sur le plan purement interne, il peut s'agir de pratiques telles que le recours à la fausse sous-traitance, au faux statut d'auto-entrepreneur, ou encore au faux statut de gérant de société. Quelles que soient les variantes, la stratégie consiste principalement à dissimuler le lien de subordination entre l'employeur et ses salariés (4) derrière l'apparence, trompeuse, de l'indépendance d'un prestataire qui travaillerait pour un client. A l'échelon international, il peut également s'agir de la pratique dite du faux détachement communautaire, constatée dans différents secteurs d'activité, notamment dans le domaine du transport aérien (5). L'objectif poursuivi par ceux qui ont recours à cette technique est évidemment financier : améliorer leur rentabilité, ou assurer la pérennité de leur modèle économique, en se soumettant au régime social le moins coûteux pour eux, et en profitant ainsi des différences qui existent à cet égard entre les régimes sociaux des divers Etats membres. La technique consiste à se prévaloir frauduleusement, ou abusivement, d'une présomption de régularité de l'affiliation des salariés détachés au régime social de l'Etat dit d'envoi, qui découle de la délivrance de documents administratifs (6) par cet Etat, alors que les conditions réelles de travail des salariés concernés doivent normalement entraîner leur assujettissement au régime social de l'Etat dit d'accueil. Il s'agit, là encore, de se prévaloir d'une forme d'apparence trompeuse.

Ces montages juridiques peuvent également être mis en œuvre en aval, non pas pour éviter l'application de la législation sociale, mais plutôt pour échapper aux conséquences de son application. Il s'agit, notamment pour les débiteurs de cotisations sociales, de faire échec aux tentatives de recouvrement des créanciers, en particulier l'Urssaf, en engageant une véritable course de vitesse. La stratégie consiste, ici, pour les fraudeurs, à transférer leurs actifs patrimoniaux potentiellement saisissables avant que leurs créanciers n'aient eu le temps d'agir. Ces débiteurs indécents se comportent ainsi un peu à l'image de Leonardo DiCaprio qui nargue Tom Hanks en lui disant "*Arrête-moi si tu peux!*" dans le film éponyme précité, dans une variante qui pourrait s'intituler cette fois *Attrape mon argent si tu peux!*

Ils utilisent, pour ce faire, une grande variété de techniques de transmission d'actifs. Il peut, bien entendu, s'agir de mouvements de fonds classiques (vider un compte bancaire et transférer l'argent sur d'autres comptes, notamment à l'étranger), lorsque les fonds sont déjà entrés dans le patrimoine (et plus précisément sur les comptes bancaires) de ceux qui vont ainsi chercher à les faire disparaître avant qu'ils ne soient saisis. Mais, il peut aussi s'agir d'autres techniques destinées à éviter les mesures d'exécution forcées, en faisant en sorte que cet argent ne soit pas encaissé directement par les débiteurs de cotisations sociales, mais par des tiers. Il pourra ainsi s'agir, à titre illustratif, de l'utilisation de la technique de la cession de créance, qui permet à un tiers de réclamer le paiement de l'argent qui devait être initialement versé au débiteur de cotisations sociales, au titre, par exemple, d'une prestation de service. On rencontre également, en pratique, l'utilisation de techniques destinées à transférer les contrats (et les droits et obligations qui en découlent), en vertu desquels des prestations ont vocation à être exécutées en contrepartie du paiement d'un prix, et donc du versement de sommes d'argent. Il s'agit, dans ce cas, de transférer non pas directement de l'argent, mais simplement la possibilité de percevoir de l'argent après exécution d'une prestation. Il peut s'agir, par exemple, de l'utilisation de la technique de la cession de fonds de commerce (7), ou de celle de la location-gérance (8). De telles techniques présentent un intérêt évident pour une entreprise coupable de travail dissimulé et ainsi exposée à un risque de redressement Urssaf, dans la mesure où elle est potentiellement susceptible de faire échec aux tentatives de recouvrement forcé de l'Urssaf. En effet, cette transmission de contrat au profit d'un tiers

fait disparaître le rapport d'obligations qui existait entre l'entreprise (devant, par ailleurs, des cotisations sociales à l'Urssaf) et son client, et sur lequel pourrait être fondée une éventuelle saisie-attribution : à la suite de la transmission du contrat au profit d'un autre prestataire, seul ce dernier a désormais vocation à exécuter les prestations prévues au contrat, et à réclamer, ainsi, le paiement du prix afférent.

Mais malgré les avantages importants qu'elles peuvent présenter pour les débiteurs de cotisations sociales qui en font usage, ces techniques présentent des limites. En effet, dans les différents cas ainsi envisagés, les débiteurs de cotisations sociales sont très souvent des personnes morales de type société commerciale. Ces sociétés commerciales ont certes pu se rendre insolvables, mais se retrouvent tout de même exposées au risque de faire l'objet d'une procédure collective (9). Or, une telle procédure collective présente notamment l'inconvénient majeur, pour ceux qui cherchent à échapper à leurs obligations, de permettre à un mandataire judiciaire de "mettre son nez dans les comptes", de veiller à la réalisation des actifs susceptibles de l'être, et le cas échéant d'envisager de rechercher la responsabilité personnelle des dirigeants de la personne morale qui s'est ainsi rendue coupable de travail dissimulé, et qui a organisé son insolvabilité (10).

La meilleure solution pour les dirigeants de ces personnes morales consiste, dès lors, à utiliser un montage permettant d'éviter les écueils liés à l'ouverture d'une procédure collective, en faisant disparaître la personne morale avant l'ouverture d'une éventuelle procédure collective. Parmi les techniques susceptibles de permettre d'atteindre cet objectif, on rencontre, en pratique, celle de la dissolution confusion transfrontalière, à laquelle nous allons consacrer les développements qui suivent. Il s'agit là d'un phénomène important et complexe (I), contre lequel la lutte s'organise, de façon relativement efficace mais encore perfectible (II).

## I — Le phénomène des dissolutions confusions transfrontalières frauduleuses

### A — Une ingénierie des sociétés

La technique de la dissolution confusion relève du droit des sociétés. Cette technique est fondée sur les dispositions de l'article 1844-5, alinéas 3 et 4 du Code civil (N° Lexbase : L2025ABM), selon lesquelles *"en cas de dissolution, celle-ci entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique, sans qu'il y ait lieu à liquidation. Les créanciers peuvent faire opposition à la dissolution dans le délai de trente jours à compter de la publication de celle-ci. Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes. La transmission du patrimoine n'est réalisée et il n'y a disparition de la personne morale qu'à l'issue du délai d'opposition ou, le cas échéant, lorsque l'opposition a été rejetée en première instance ou que le remboursement des créances a été effectué ou les garanties constituées. Les dispositions du troisième alinéa ne sont pas applicables aux sociétés dont l'associé unique est une personne physique"*.

Ces dispositions légales permettent ainsi à l'associé unique, lorsqu'il s'agit d'une personne morale, de dissoudre la société et de provoquer la transmission universelle du patrimoine de ladite société dissoute à son profit. L'une des particularités de ce processus réside dans le fait que la transmission universelle du patrimoine de la société concernée va s'opérer sans liquidation amiable. Il n'y aura donc pas lieu à désignation d'un liquidateur chargé notamment d'apurer le passif. En outre, cette dissolution va avoir pour effet d'entraîner la disparition subséquente de la personnalité morale de la société objet de cette dissolution confusion. *In fine*, la société dissoute va être ainsi confondue au sein de la société qui recueille son patrimoine. C'est pourquoi on parle d'opération de dissolution confusion.

Lorsque cette technique est mise en œuvre avant que les créanciers, notamment l'Urssaf, n'aient pu agir, par exemple, aux fins d'ouverture d'une procédure collective, cela leur interdit théoriquement d'exercer ensuite une telle action, puisque la société qui en ferait l'objet est juridiquement morte sous l'effet de la disparition de sa personnalité morale. Or, une action en justice ne peut pas être exercée valablement à l'encontre d'une personne morale qui n'existe plus.

Pour autant, en soi, cette technique de la dissolution confusion présente une limite, dans la mesure où elle emporte la transmission universelle du patrimoine de la société confondue au profit de la société confondante, à savoir l'associé unique personne morale de la société qui fait ainsi l'objet de cette opération. Il en résulte que les créanciers sociaux, dont l'Urssaf, peuvent théoriquement se retourner contre la société confondante afin de réclamer leur dû, dans la mesure où cette transmission universelle de patrimoine emporte transmission de l'intégralité du passif, et donc transmission de la dette éventuelle de cotisations sociales.

Si la dissolution confusion est utilisée dans une situation purement interne, où la société confondue et la société confondante sont toutes deux françaises, la société confondante va se retrouver elle-même exposée au risque de faire l'objet des poursuites des créanciers, et d'un recouvrement forcé sur son propre patrimoine, qui ne pose pas de difficultés techniques particulières dans ce schéma.

En revanche, si la dissolution confusion est utilisée dans un cas où la société confondante est une société étrangère,

dont le patrimoine est lui-même à l'étranger, les conséquences d'une telle opération de dissolution confusion sont alors différentes. Cela peut s'avérer beaucoup plus avantageux pour les personnes physiques qui, derrière l'écran des personnes morales, sont les véritables bénéficiaires d'une telle opération, et cherchent à échapper aux poursuites des créanciers. Cette opération, souvent qualifiée par les praticiens de transmission universelle de patrimoine transfrontalière, ou "TUP TRANS" peut, en effet, permettre un transfert des actifs potentiellement saisissables dans un pays étranger. Et dans ce cas, la situation s'avère beaucoup plus délicate pour les créanciers sociaux, et notamment pour l'Urssaf..

Lorsqu'elle est utilisée dans un cadre transfrontalier, cette opération de dissolution confusion peut aboutir à faire disparaître, en quelque sorte, la dette de cotisations sociales, en dissuadant tout simplement les créanciers sociaux d'agir, et de tenter de recouvrer leur créance dans un pays étranger, compte tenu notamment de la complexité potentielle d'une telle tentative de recouvrement : nécessité de se soumettre à une éventuelle procédure d'*exequatur* du titre exécutoire français, pouvant s'avérer longue et coûteuse, risque d'échec des tentatives de recouvrement dans le pays étranger, notamment en cas de nouvelle organisation frauduleuse d'insolvabilité, et donc de dépense d'énergie et d'argent en pure perte, etc..

Si elle peut ainsi servir les intérêts de ceux qui souhaitent échapper à leurs obligations sociales, il n'en demeure pas moins que cette technique de la dissolution confusion est, en soi, parfaitement licite. Pourtant, à y regarder de plus près, cette opération peut revêtir, au regard des circonstances, une dimension frauduleuse..

## **B – Une ingénierie frauduleuse**

La dissolution confusion est, en soi, un mode légal de transmission de droits et obligations, couramment utilisé dans le monde des affaires, qui peut, par exemple, s'inscrire dans une opération de restructuration d'un groupe. De prime abord, on pourrait ainsi considérer que l'utilisation de cette technique par les débiteurs de cotisations sociales relève d'une forme d'optimisation sociale parfaitement licite. Or, ainsi que cela a été précédemment exposé, ce mécanisme de la dissolution confusion transfrontalière peut être utilisé dans le but de faire échec aux poursuites de l'Urssaf en sa qualité de créancier. C'est précisément là que se pose la question de savoir si la ligne de démarcation entre optimisation et fraude n'est pas alors franchie.

En effet, la fraude peut notamment être définie comme le fait d'éluder une règle obligatoire par l'emploi, à dessein, d'un moyen efficace, qui rend ce résultat *a priori* inattaquable sur le terrain du droit positif (11). On ne peut, ainsi, parler de fraude au sens strict que dans le cas où le moyen utilisé par le sujet est *a priori* efficace, tant sur le plan juridique que sur le plan matériel, c'est-à-dire lorsque son résultat n'est pas, en principe, susceptible d'être remis en cause au regard du droit positif. Sur le plan théorique, contrairement à l'abus de droit, qui est généralement appréhendé comme le mauvais exercice par le sujet d'un droit qui lui est reconnu, la fraude est plutôt le détournement par le sujet d'une règle juridique dans le but d'acquérir un droit dont il est privé (12). Dans le cas de la fraude aux droits des créanciers, il pourrait ainsi s'agir pour le sujet d'acquérir, en quelque sorte, le droit de ne pas payer ses dettes.

Or, pour remédier justement aux inconvénients inhérents à de telles situations, jugées néfastes socialement, la théorie de la fraude a été consacrée, dans notre droit positif, notamment au travers de la jurisprudence de la Cour de cassation, et ce dès le début du XIX<sup>ème</sup> siècle. Cette théorie de la fraude est parfois qualifiée, par certains auteurs, de mécanisme d'auto-défense du droit, lui permettant de corriger les déviations auxquelles peut conduire la mise en œuvre des règles juridiques (13). Cette correction est opérée en privant d'efficacité le moyen juridique utilisé frauduleusement, afin de permettre l'application de la règle que le sujet a voulu éviter par la ruse. Le remède est ainsi l'inopposabilité du moyen utilisé de façon frauduleuse, notamment à l'égard des créanciers, lorsqu'il s'agit d'un cas de fraude à leurs droits. Lorsque le moyen utilisé frauduleusement est un acte juridique, cet acte sera jugé inopposable aux créanciers, mais demeurera valable à l'égard des tiers, sans être annulé purement et simplement.

Ceci étant posé, le recours à la théorie de la fraude se justifie, en principe, lorsque le droit positif n'a pas prévu d'autre remède, d'autres correctifs, et notamment des voies de recours au profit des créanciers.

Or, qu'en est-il s'agissant de la dissolution confusion transfrontalière ?

## **II – La lutte contre les dissolutions confusions transfrontalières frauduleuses**

### **A – Les stratégies actuelles**

S'agissant de la transmission universelle de patrimoine transfrontalière, par dissolution confusion, le législateur a prévu une voie de recours au profit des créanciers de la société objet de cette dissolution confusion. Cette voie de recours, prévue par l'article 1844-5 du Code civil (N° Lexbase : L2025ABM), consiste en le droit de former opposition à cette dissolution confusion devant le Tribunal de commerce dans le ressort duquel est situé le siège social de la



société confondue lorsqu'il s'agit d'une société commerciale, cas le plus fréquent. Si elle est formée par un créancier, cette opposition est susceptible de faire échec à la transmission universelle du patrimoine de la société confondue au profit de la société confondante (son associé unique personne morale), et à la disparition subséquente de la personnalité morale de la société confondue. En effet, si le juge estime que l'opposition est recevable et fondée, il ordonnera alors la suspension des effets de la "TUP TRANS" jusqu'à ce que le créancier opposant ait été désintéressé, de sorte que la société objet de la dissolution confusion va conserver jusque-là son patrimoine et sa personnalité morale. Cette voie de recours prévue par le législateur qu'est l'opposition peut ainsi constituer un moyen efficace de lutter contre les transmissions universelles de patrimoine transfrontalières frauduleuses.

Toutefois, cette opposition constitue une action en justice devant être exercée dans un certain délai, à peine d'irrecevabilité. Or, le délai pour former opposition est plutôt bref, à savoir 30 jours, sachant que ce délai commence à courir à compter de la publication dans un journal d'annonces légales de la décision de dissolution confusion prise par l'associé unique personne morale. Concrètement, cela nécessite, pour le créancier, d'obtenir l'information concernant la dissolution confusion, et de réagir en formant opposition, avant l'expiration du délai légal précité de 30 jours. Or, en pratique, les créanciers ne sont pas toujours capables de faire preuve de la réactivité nécessaire, surtout les structures de type administration, comme l'Urssaf (14), dont la taille engendre souvent une certaine inertie.

Lorsque le délai d'opposition à la dissolution confusion est expiré, les créanciers sociaux peuvent-ils tenter d'invoquer à leur profit la théorie de la fraude ? Dans cette situation, la question se pose notamment de savoir si la théorie de la fraude peut avoir vocation à s'appliquer alors même que les créanciers disposaient de voies de recours qu'ils n'ont pas utilisées, ou bien si elle ne peut s'appliquer que dans les cas où aucune voie de recours n'est ouverte aux créanciers.

Cette question a justement été posée à la Cour de cassation dans le cadre d'une affaire assez emblématique et éclairante, dite "Sécurité", ayant donné lieu à un arrêt publié rendu le 11 septembre 2012 par la Chambre commerciale (15), qui fixe, à l'heure actuelle, le droit positif. En l'espèce, une société dénommée Sécurité, avait exercé pendant plusieurs années une activité de gardiennage et de sécurité grâce à des salariés employés de façon dissimulée, et se trouvait donc être débitrice de cotisations sociales importantes à l'égard de l'Urssaf (16). L'Urssaf a assigné cette société en liquidation judiciaire. A la suite de cette assignation, l'associé unique de cette société a décidé de céder l'intégralité de ses parts sociales à une société à responsabilité limitée de droit allemand en cours de constitution, et cette société de droit allemand a immédiatement décidé de pratiquer une dissolution confusion à son profit, qu'elle s'est empressée de publier dans un journal d'annonces légales (17). Parallèlement, la société Sécurité a comparu devant le tribunal de commerce saisi de l'action en liquidation judiciaire de l'Urssaf, aux fins de s'opposer à l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, et ce sans révéler l'existence de cette opération de dissolution confusion. N'ayant pas obtenu l'information concernant la dissolution confusion avant l'expiration du délai légal de 30 jours, l'Urssaf n'a pas formé opposition à temps, et a décidé d'exercer une action sur le fondement de la théorie de la fraude, dans le but d'obtenir l'annulation, ou à tout le moins l'inopposabilité, de cette dissolution confusion transfrontalière qu'elle estimait être frauduleuse. La société confondante est intervenue volontairement dans le cadre de cette instance. L'action de l'Urssaf, fondée sur la théorie de la fraude ayant été accueillie favorablement par les juges du fond, la société confondante a formé un pourvoi en cassation, en soutenant notamment que la théorie de la fraude ne pouvait s'appliquer en l'espèce, dans la mesure où l'Urssaf pouvait former une opposition, et n'a pas exercé ce droit, alors qu'il lui appartenait de le faire. La Chambre commerciale a rejeté ce pourvoi en estimant au regard des circonstances de l'espèce, que :

— cette opération litigieuse était le fruit d'une ingénierie juridique frauduleuse visant à éluder l'application d'une règle d'ordre public, et permettant d'échapper au débat sur l'éventuel état de cessation des paiements de la société Sécurité, susceptible d'entraîner l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire ;

— le stratagème ainsi mis en œuvre au détriment de l'Urssaf avait également permis de priver d'efficacité la faculté d'opposition prévue par l'article 1844-5, alinéa 3 du Code civil, au profit des créanciers.

Ce faisant, la Cour de cassation a adopté une conception assez souple de la fraude, dans le but évident de sanctionner un comportement jugé contraire au droit, reposant sur une ingénierie juridique frauduleuse. Il en résulte que les créanciers sociaux qui n'ont pu former à temps d'opposition à une dissolution confusion transfrontalière peuvent tenter d'invoquer à leur profit la théorie de la fraude, sachant que la fraude sera caractérisée en fonction des circonstances.

Ainsi, l'utilisation de la technique de la dissolution confusion pourra, par exemple, être jugée frauduleuse lorsqu'une société commerciale fait l'objet d'une dissolution confusion transfrontalière concomitamment à un contrôle Urssaf et une verbalisation pour travail dissimulé. La fraude pourra apparaître d'autant plus évidente lorsque les parts sociales composant le capital de la société concernée sont cédées précipitamment à une personne morale de droit étranger, qui décide le même jour de procéder à une dissolution confusion à son profit, *a fortiori* si une telle opération précipitée

ne peut être justifiée par un motif licite. Cette hypothèse est loin d'être purement théorique car on en rencontre un certain nombre d'exemples en pratique. L'affaire dite "Sécurance" précitée en constitue, d'ailleurs, une parfaite illustration, puisque la plupart des critères précités y étaient réunis...

Si la consécration par la jurisprudence de l'applicabilité de la théorie de la fraude en matière de dissolution confusion transfrontalière offre ainsi un outil supplémentaire important pour lutter contre l'évasion sociale, il n'en demeure pas moins que le recours à cette voie de droit ne doit pas être privilégié en termes d'efficacité. En effet, dans une telle situation, le recouvrement effectif des sommes dues peut s'avérer très difficile, car les éléments d'actifs potentiellement saisissables ont généralement déjà été transférés à l'étranger. L'optimisation des chances de recouvrement nécessite ainsi, pour les créanciers, d'agir le plus tôt possible, en formant opposition aux dissolutions confusions dans les délais légaux, et en pratiquant des saisies, notamment conservatoires, susceptibles d'être converties, ensuite, en saisies attributions. Les créanciers doivent s'efforcer de gagner la course de vitesse que leur imposent les auteurs de ces fraudes. En l'état actuel du droit positif, c'est difficile mais néanmoins possible, à condition notamment de procéder à des veilles juridiques et à des placements sous surveillance systématiques des sociétés débitrices, ce qui nécessite des moyens matériels et humains.

Les créanciers sociaux, tels que les Urssaf, se sont clairement adaptés à cet égard, et ont considérablement amélioré leur efficacité ces dernières années (18). On constate également une amélioration significative de l'expertise juridique des Urssaf, leur permettant de faire face à des fraudes toujours plus complexes. Tout cela se traduit en chiffres, au travers d'une amélioration significative des performances en termes de recouvrement des sommes dues au titre du travail dissimulé. Mais il serait possible de lutter encore plus efficacement contre l'évasion sociale liée au travail dissimulé en procédant à un certain nombre d'adaptations.

## **B – Les stratégies d'avenir**

Ainsi que cela a été précédemment souligné, la première difficulté pour les créanciers sociaux, dont l'Urssaf, est d'obtenir à temps l'information concernant les dissolutions confusions publiée dans les journaux d'annonces légales, de façon à pouvoir former opposition dans les délais légaux. Or, même s'il existe aujourd'hui des outils destinés à recenser les annonces légales, comme le site internet (19), on constate, en pratique, que les informations disponibles ne sont pas toujours actualisées suffisamment vite pour pouvoir être exploitées utilement. L'efficacité de ces outils existants mériterait ainsi d'être améliorée.

On pourrait également envisager une réforme destinée à aligner le régime de publication des dissolutions confusions sur celui des jugements rendus en matière de procédure collective, en instaurant une publication obligatoire au Bodacc (20), en complément de la publication dans un journal d'annonces légales, afin d'en assurer une plus large diffusion, et de renforcer ainsi l'information des créanciers sociaux. Cette idée n'est pas nouvelle, mais les tentatives de réforme sur ce point se sont heurtées jusqu'ici à des résistances qui en ont empêché la réalisation.

L'enjeu à cet égard est pourtant très important car on constate, en pratique, l'existence d'organisations structurées de grande ampleur, qui font usage de ces techniques d'ingénierie juridique frauduleuse de façon quasi industrielle, au niveau européen notamment. Les sommes qui sont ainsi en jeu sont considérables.

Si les moyens de lutte contre cette forme d'évasion sociale peuvent être puisés dans le droit civil et le droit des sociétés, ils peuvent également être trouvés dans l'arsenal pénal existant. En effet, les auteurs de ces fraudes sont susceptibles d'être pénalement poursuivis, non seulement au titre du travail dissimulé en lui-même (21), qui peut être imputé tant aux personnes morales qu'à leurs dirigeants personnes physiques, mais également au titre de l'infraction pénale de blanchiment (22), le cas échéant avec la circonstance aggravante de bande organisée (23). Ceux qui conseillent les auteurs de ces fraudes sont eux-mêmes exposés au risque d'être poursuivis en qualité de complices (24). Ces poursuites peuvent non seulement conduire à des sanctions (25) pénales à l'encontre des auteurs de ces fraudes, mais également au désintéressement des victimes de ces infractions, dont l'Urssaf, qui peuvent se constituer parties civiles, et demander ainsi réparation (26). Toutefois, de telles poursuites pénales demeurent trop rares par rapport à un phénomène qui prend de l'ampleur. Si les textes existants traduisent un durcissement de la politique pénale en la matière, leur mise en œuvre passe par l'exercice effectif de poursuites par les Parquets, ce qui nécessite qu'ils soient sensibles à ces questions, et qu'ils détectent les fraudes au stade des enquêtes. Or, ils manquent souvent de moyens (27), et notamment de personnels formés relativement à ces problématiques complexes. C'est là qu'une collaboration plus systématique avec des organismes comme les Urssaf peut s'avérer particulièrement utile. Depuis quelques années, il semble que l'on en prenne progressivement le chemin en pratique, ce qui laisse augurer une efficacité accrue de la lutte contre ce type de fraude.

La fraude est ainsi un jeu dangereux, tant sur le plan personnel que sur le plan patrimonial. Et dans le film précité, Tom Hanks finit par arrêter Leonardo DiCaprio. Or, entre fiction et réalité, il n'y a parfois qu'un pas. Comme entre fraude et optimisation...

- (1) L'intervention orale, sur la base de laquelle le présent article a été rédigé, portait plus largement sur la problématique de l'ingénierie juridique frauduleuse en matière de travail dissimulé dans son ensemble. Le champ du présent article a quant à lui été volontairement circonscrit au cas particulier des transmissions universelles de patrimoine transfrontalières. Pour autant, la diversité des techniques susceptibles d'être utilisées à des fins frauduleuses est abordée dans l'introduction du présent article.
- (2) Traduction française du titre original en anglais : "*Catch me if you can*".
- (3) Dans le domaine sportif, la lutte contre le dopage en constitue une autre illustration.
- (4) Caractéristique de la relation de travail salarié, et critère majeur de qualification du contrat de travail.
- (5) Lire notamment sur ce point, dans ce dossier, la contribution de M. Le Conseiller G. Finidori, *Le travail dissimulé dans la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation*, Lexbase, éd. soc., n° 695, 2017 (N° Lexbase : [N6700BW3](#)), dans laquelle il aborde les affaires "Easyjet" et "Vueling".
- (6) En l'occurrence des certificats (anciennement dénommés E101, et désormais A1) délivrés en application des règlements européens de coordination des régimes de Sécurité sociale.
- (7) La cession de fonds de commerce est, en effet, susceptible d'emporter le transfert des différents contrats initialement conclus par le cédant au profit du cessionnaire de ce fonds, notamment si le contrat de cession de fonds le prévoit.
- (8) La location-gérance est également susceptible d'emporter le transfert au profit du locataire gérant de tout ou partie des contrats initialement conclu par le loueur du fonds, en vertu de stipulations en ce sens dans le contrat de location-gérance.
- (9) Lire à ce sujet, dans ce dossier, la contribution de M. B. Brignon, *Travail dissimulé et procédures collectives*, Lexbase, éd. soc., n° 695, 2017 (N° Lexbase : [N6494BWG](#)).
- (10) En cas de clôture de la liquidation pour cause d'insuffisance d'actif, sachant que la responsabilité personnelle du dirigeant peut même être recherchée par deux créanciers désignés contrôleurs, en cas d'inaction du liquidateur. Lire sur ce point, dans ce dossier, la contribution précitée de M. B. Brignon.
- (11) J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, D., 1957, p. 341.
- (12) J. — L. Bergel, *Théorie générale du droit*, D., n° 242.
- (13) J. — L. Bergel, *op. cit.*, n° 242.
- (14) Les Urssaf sont des personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public.
- (15) Cass. com., 11 septembre 2012, n° 11-11.141, F-P+B (N° Lexbase : [A7417ISI](#)).
- (16) Il s'agissait, en l'espèce, de l'Urssaf des Bouches du Rhône, devenue Urssaf Paca depuis la régionalisation des Urssaf intervenue le 1er Janvier 2014.
- (17) En l'occurrence, le journal *CHR L'Auvergnat de Paris*.
- (18) C'est d'ailleurs particulièrement vrai pour l'Urssaf Paca qui est l'une des plus en pointe dans ce domaine en France.
- (19) Site internet créé dans le cadre de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives (N° Lexbase : [L5099ISN](#)), édité par l'Association de la presse pour la transparence économique (Apte), dont les membres fondateurs sont les organisations professionnelles représentatives des principaux journaux habilités à publier des annonces légales en France. Depuis le 1er janvier 2013, la publication sur papier des annonces légales est obligatoirement complétée par leur mise en ligne sur une base de données centrale, afin de renforcer la transparence de la vie économique.
- (20) Bulletin Officiel des annonces civiles et commerciales.
- (21) Cette infraction est prévue de façon générale par l'article L. 8221-1, 1° du Code du travail (N° Lexbase : [L3589H9S](#)),

qui renvoie aux articles L. 8221-3 (N° Lexbase : L4534IRD) (travail dissimulé par dissimulation d'activité) et L. 8221-5 (N° Lexbase : L7404K94) (travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié) du Code du travail. Elle est réprimée par les articles L. 8224-1 (N° Lexbase : L3622H9Z) et suivants du Code du travail.

(22) L'infraction de blanchiment est prévue et réprimée par l'article 324-1 du Code pénal (N° Lexbase : L1789AM9). Le blanchiment peut, en effet, être constitué lorsqu'il s'agit d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit, en l'occurrence le produit direct ou indirect du délit de travail dissimulé.

(23) La circonstance aggravante de bande organisée est prévue de façon générale par l'article 132-71 du Code pénal (N° Lexbase : L0425DZR), sachant qu'elle est prévue spécifiquement en matière de travail dissimulé par l'article L. 8224-1 du Code pénal.

(24) La complicité est prévue par l'article 121-7 du Code pénal (N° Lexbase : L5525AIH). Le complice d'un crime ou d'un délit (en l'occurrence le délit de blanchiment du produit direct ou indirect de l'infraction de travail dissimulé) est, en effet, notamment celui qui en a facilité sciemment la préparation ou la consommation par aide ou assistance.

(25) Les peines encourues par les auteurs des fraudes précitées sont prévues par les articles L. 8224-1 et suivants du Code du travail.

(26) Conformément à l'article 2 du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L9908IQZ), l'Urssaf est, en effet, en droit de demander réparation de son préjudice financier découlant du défaut de paiement des cotisations sociales en matière de travail dissimulé (Cass. crim., 13 mai 2014, n° 13-81.240, F-P+B+I N° Lexbase : A9734MKQ).

(27) Or, la question des moyens, notamment humains, est cruciale, en particulier au stade des enquêtes préalables à d'éventuelles poursuites. Lire sur ce point, dans ce dossier, l'analyse du Professeur J. — B. Perrier, *Les pouvoirs des enquêteurs face au travail dissimulé*, Lexbase, éd. soc., n° 695, 2017 (N° Lexbase : N6585BWS).

**[Travail dissimulé] Evénement****La responsabilité des donneurs d'ordres privés et publics en matière de travail dissimulé**

14386538

N° Lexbase : N6712BWI



par *Didier Del Prete, Avocat associé, SCP Borel & Del Prete, Maître de conférences à l'Institut d'Etudes Politiques d'Aix-en-Provence*

La Faculté de droit et de science politique d'Aix-en-Provence, en partenariat avec le Laboratoire de droit privé et de science criminelles (LDPSC) et l'Urssaf Provence-Alpes-Côte d'Azur, a organisé le vendredi 18 novembre 2016 une journée d'études consacrée aux grands enjeux de la lutte contre le travail dissimulé, et la distinction entre l'optimisation sociale, licite et bénéfique pour les entreprises, et la fraude sociale par le travail dissimulé, illicite, qui est lourdement sanctionnée, au regard des dernières évolutions du droit. Les travaux de cette journée étaient présidés par Jean-Victor Borel, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence et ancien Maître de conférences associé à l'IEP d'Aix-en-Provence. Partenaires de cet événement, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver l'intégralité des actes de ce colloque.

Sous la direction scientifique de Jean-Victor Borel, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence, ancien Maître de conférences associé à l'IEP d'Aix-en-Provence

**Propos introductifs**, par Jean-Victor Borel, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence, ancien Maître de conférences asso

cié à l'IEP d'Aix-en-Provence, Directeur scientifique du colloque (N° Lexbase : N7204BWQ).

**Les pouvoirs des enquêteurs face au travail dissimulé**, par Jean-Baptiste Perrier, Professeur à l'Université d'Auvergne, Directeur du Centre Michel de l'Hospital (N° Lexbase : N6585BWS).

**Les actions en justice liées au travail dissimulé**, par Marc Segonds, Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole, Directeur de l'Institut d'études judiciaires, Avocat au barreau de Toulouse (N° Lexbase : N7202BWN).

**Le travail dissimulé dans**

**la jurisprudence de la Chambre criminelle**, par Grégoire Finidori, Conseiller honoraire à la Cour de Cassation (N° Lexbase : N6700BW3).

**Travail dissimulé et procédures collectives**, par Bastien Brignon, Maître de conférences HDR à Aix-Marseille Université (N° Lexbase : N6494BWG).

**Ingénierie juridique frauduleuse et travail dissimulé**, par Jean-Victor Borel, Avocat au Barreau d'Aix-en-Provence, ancien Maître de conférences associé à l'IEP d'Aix-en-Provence (N° Lexbase : N7604BWK).

**La responsabilité des donneurs d'ordres privés et publics en matière de travail dissimulé**, par Didier Del Prete, Maître de conférences à l'IEP d'Aix-en-Provence, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence (N° Lexbase : N6712BWI).



"Le travail illégal fragilise les fondements de notre économie et de notre modèle social" a écrit l'Acoss dans son rapport de 2014 (1). Pourtant, cela n'allait pas de soi. En effet, selon le Conseil national de prélèvements obligatoires, la fraude en matière sociale, comme en matière fiscale, a longtemps bénéficié d'une relative mansuétude en France (2).

Ainsi que l'a souligné le Vice-président du Conseil d'Etat Jean-Marc Sauvé, dans un colloque intitulé "Fraudes et protection sociale" (3), deux évolutions ont probablement conduit à atténuer, voire aujourd'hui à inverser, cette analyse. La première, est la prise de conscience de l'enjeu représenté par la lutte contre la fraude, dans un contexte de dégradation des comptes sociaux (4). La seconde est, selon lui, la mutation de l'opinion publique, qui procède elle-même des inquiétudes croissantes qui se font jour sur la pérennité de notre système de protection sociale.

Afin de lutter plus efficacement contre le travail dissimulé, qualifié autrefois de travail clandestin, ou de travail au noir dans le langage courant, le législateur a progressivement pris conscience de la nécessité de responsabiliser les donneurs d'ordres, c'est-à-dire les clients. C'est ainsi qu'est apparu, en 1991, la notion de la responsabilité solidaire du donneur d'ordres dont la vigilance a fait défaut. Ce défaut de vigilance s'est traduit par la reconnaissance d'une obligation de solidarité financière pour ce dernier.

Le champ d'application de cette solidarité a, cependant, été initialement limité par le législateur. Ainsi, la mise en œuvre du mécanisme de la solidarité financière ne pouvait porter que sur les impôts, taxes et cotisations dus au Trésor public et aux organismes de Sécurité sociale ou de mutualité sociale agricole, et ne concernaient que les cocontractants d'un travailleur clandestin condamnés pour avoir recouru à ses services (5). Il a, ensuite, été étendu par la loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991, renforçant la lutte contre le travail clandestin et la lutte contre l'organisation de l'entrée et du séjour irréguliers d'étrangers en France (N° Lexbase : L0112IQ9). La solidarité du cocontractant du travailleur clandestin a, ainsi, été étendue aux aides publiques et aux rémunérations et charges salariales.

La législation évolue encore avec la loi n° 97-210 du 11 mars 1997, relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal (N° Lexbase : L7487Al7), qui substitue à l'expression de "travail clandestin" celle de "travail dissimulé" et étend, ainsi, la solidarité financière des "donneurs d'ordres" aux pénalités et majorations. Ces modifications ont été intégrées dans le Code du travail aux articles L. 324-13-1 (N° Lexbase : L6216AC9) et L. 324-14 (N° Lexbase : L1740GUY) qui ont, ensuite, été abrogées et remplacées par l'article L. 8222-2 du Code du travail (N° Lexbase : L3605H9E) (6).

Ainsi que l'a rappelé l'Acoss dans son rapport de 2014, "le renforcement de la lutte contre le travail illégal doit non seulement se manifester par une répression des comportements frauduleux mais également se traduire par la capacité des organismes à recouvrer les créances qui y sont afférentes" (7). Le processus de recouvrement des créances "lutte contre le travail illégal" passe, à cet égard, par la mise en jeu de la responsabilité des donneurs d'ordres à travers le mécanisme de la solidarité financière. Au regard de la potentielle insolvabilité des entreprises -voire de leur disparition— lors du constat des infractions de travail dissimulé, cette garantie solidaire et subsidiaire présente l'avantage d'offrir de meilleures perspectives de recouvrement.

Ce principe de solidarité trouve son fondement dans les dispositions de l'article 1200 de l'ancien Code civil (N° Lexbase : L1302ABT). La solidarité constitue, selon les dispositions de l'article 1313 (N° Lexbase : L0967KZT) et suivant du Code civil, une garantie donnant le droit au créancier de réclamer, à n'importe lequel de ses débiteurs, le paiement de la totalité de la dette. Dans le même ordre d'idées, le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2015-479 QPC du 31 juillet 2015 (N° Lexbase : A0565NNA) (8), a considéré que cette solidarité "constitue une garantie pour le recouvrement de la créance du Trésor public et de celle des organismes de protection sociale" (9). A la différence du Code civil, cette solidarité financière n'est possible que dans la limite des sommes dues par l'auteur du travail dissimulé, ainsi que cela a été précisé par la circulaire relative à la solidarité financière des donneurs d'ordre en matière de travail dissimulé du 31 décembre 2005 (10). Autrement dit, la solidarité financière s'analyse comme le mécanisme visant "à rendre le donneur d'ordres redevable du paiement des sommes dues par l'auteur du travail dissimulé".

Cette responsabilisation des donneurs répond à un double objectif : lutter contre le principe du travail dissimulé et préserver les intérêts financiers du Trésor et des organismes sociaux face au risque d'insolvabilité des auteurs du travail dissimulé. Il s'agissait, pour agir efficacement, de rechercher celle des donneurs d'ordres qui sont souvent les véritables bénéficiaires et les instigateurs des pratiques frauduleuses, génératrices d'une importante évasion sociale et fiscale. Les dispositions afférentes au "défaut de vigilance" auraient donc pour objectif premier de lutter efficacement contre le travail dissimulé et l'exploitation des sous-traitants par les donneurs d'ordres, et plus généralement, de lutter contre la concurrence sociale déloyale, comme en témoigne la loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014, visant à lutter contre les fraudes au détachement de travailleurs (N° Lexbase : L7015J39), dite "Savary II" et le décret d'application n° 2015-364 du 30 mars 2015, relatif à la lutte contre les fraudes au détachement de travailleurs et à la lutte contre le travail illégal (N° Lexbase : L2770I84) (11), ou encore la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (N° Lexbase : L4876KEC), dite "Macron" (12).

Au-delà d'un éventuel risque pénal, le législateur a ouvert, sur le plan civil, une action permettant notamment de

préserver les intérêts des organismes sociaux en facilitant le recouvrement des créances et ainsi éviter le risque important d'insolvabilité. Dans ces conditions, lorsqu'une infraction de travail dissimulé est constatée par procès-verbal, les organismes sociaux ont, en effet, tout intérêt à rechercher la solidarité du donneur d'ordres. Ainsi en 2014, la solidarité financière à l'encontre de donneurs d'ordres a été engagée à 271 reprises par le réseau des Urssaf pour plus de 25 millions d'euros (13).

Si les objectifs recherchés sont légitimes et répondent à un but d'intérêt général dont les fondements sont constitutionnels, ils doivent, cependant, être conciliés avec le respect des droits fondamentaux des personnes concernées. L'organisation de la Sécurité sociale en France, fondée sur le principe de solidarité nationale et le principe d'égalité, qui est son corollaire, justifie pleinement la mise en jeu de la responsabilité du donneur d'ordres. Le travail dissimulé, du fait de sa nature même, méconnaît incontestablement le principe d'égalité de traitement entre les assurés et les contribuables sociaux (14). Il est, par conséquent, susceptible d'affecter le principe de solidarité nationale, fondement du système français. Il en va d'autant plus ainsi que l'équilibre financier de la Sécurité sociale a été érigé en objectif à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel (15). Cela s'inscrit dans le prolongement de l'exigence de bon usage des deniers publics découlant de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 (N° Lexbase : L1360A9A) (16). On comprend mieux pourquoi le principe de responsabilité a pu être renforcé pour les donneurs d'ordres public, ou encore plus récemment, pour les donneurs d'ordres dans le cadre de la réalisation de prestations de services internationales.

Si la lutte contre le travail dissimulé constitue un objectif impératif d'intérêt général, elle doit s'articuler avec les droits fondamentaux, tels que le droit au respect de la vie privée, les droits qui découlent du droit au procès équitable, ou encore le droit de propriété, comme en témoignent les différentes QPC portant sur des dispositions législatives en lien avec le travail dissimulé.

Ainsi, nous verrons que la responsabilité du donneur d'ordres est étendue, et que sa mise en œuvre est effective.

## I — Une responsabilité étendue respectant les droits fondamentaux des donneurs d'ordres

### A — Les obligations étendues des donneurs d'ordres

Le législateur a retenu une conception extensive de la notion de donneur d'ordres. Cela vise une personne qui confie la réalisation d'une prestation (travaux, fournitures et services) à un professionnel (à un prestataire ou à un sous-traitant) quelle que soit sa nationalité, et dont il est le destinataire ou le bénéficiaire final (17). Sont ainsi visés : le maître de l'ouvrage, l'entreprise principale, l'entreprise utilisatrice d'intérimaires, à l'exception des particuliers. Cela inclut bien évidemment les personnes publiques.

Plusieurs obligations ont, à cet égard, été instituées par le législateur pour les donneurs d'ordres. D'une part, la loi prévoit une obligation du donneur d'ordres de vérifier la régularité de la situation de son futur cocontractant avant la signature du contrat (18), à compter du seuil de 5 000 euros hors taxes, depuis le décret n° 2015-364 du 30 mars 2015, relatif à la lutte contre les fraudes au détachement de travailleurs et à la lutte contre le travail illégal (19). Ainsi, le donneur d'ordres (personne morale de droit public et personne physique ou morale de droit privé) est tenu de solliciter la production des pièces établissant que son potentiel cocontractant s'acquitte des formalités. De manière plus concrète, le donneur d'ordres doit se faire remettre les pièces prévues par les articles D. 8222-4 (N° Lexbase : L6780H9Y) et D. 8222-5 (N° Lexbase : L2627IRQ) du Code du travail pour le cocontractant établi en France, et D. 8222-6 (N° Lexbase : L6776H9T) à D. 8222-8 du Code du travail, pour celui établi à l'étranger. En particulier, le cocontractant établi en France doit justifier qu'il est à jour de ses obligations de déclaration et de paiement auprès des organismes de recouvrement que sont les Urssaf, les caisses générales de Sécurité sociale, les caisses d'allocations familiales et les caisses de mutualité sociale agricole, dans les conditions de l'article L. 243-15 du Code de la Sécurité sociale (N° Lexbase : L0841Z8).

Cette obligation de contrôle a, d'ailleurs, été renforcée, depuis le 1er janvier 2012 (20). Le donneur d'ordres doit vérifier l'authenticité de cette attestation auprès de l'organisme de recouvrement des cotisations de Sécurité sociale en application des dispositions de l'article D. 8222-5 et D. 8222-7 du Code du travail (N° Lexbase : L2628IRR). Le défaut de vérification de ces documents, et si son cocontractant s'avère avoir recours au travail dissimulé, expose le donneur d'ordres à être reconnu solidairement responsable des sommes dues par l'auteur du travail dissimulé, sur le fondement des dispositions de l'article L. 8222-2 du Code du travail (N° Lexbase : L3605H9E).

D'autre part, cette obligation de vigilance se poursuit lors de l'exécution du contrat (21). Elle est, en outre, renforcée par un dispositif d'alerte (22).

En ce qui concerne le dispositif de vigilance, le donneur d'ordres demande à son cocontractant, tous les six mois, jusqu'à la fin de l'exécution du contrat, les mêmes pièces que celles exigées avant la signature du contrat. A défaut,

il est solidairement responsable des sommes dues par le contrevenant, en application de l'article L. 8222-2 du Code du travail.

S'agissant du dispositif d'alerte pour les donneurs d'ordres, personnes morales de droit privé, ou pour les maîtres de l'ouvrage ou donneurs d'ordres, personnes morales de droit public, les modalités sont identiques. Le donneur d'ordres est informé, par écrit, par un agent de contrôle, que son cocontractant ne respecte pas ses obligations au regard de la réglementation sur le travail dissimulé. Il en résulte que le donneur d'ordres doit mettre en demeure son cocontractant de faire cesser, sans délai, cette situation. A défaut, il est, là encore, susceptible d'engager sa responsabilité solidaire, sur le fondement de l'article L. 8222-2 du Code du travail.

Lorsque le donneur d'ordres est une personne morale de droit public, des obligations supplémentaires ont été instituées par le législateur et le droit des marchés publics. Il doit, à cet égard, informer l'agent auteur du signalement, des suites données par l'entreprise à son injonction. Lorsqu'il n'a pas transmis, à l'agent auteur du signalement, la réponse de son cocontractant à la mise en demeure, le donneur d'ordres est solidairement responsable sur le fondement des dispositions précitées du Code du travail. Il en est également de même lorsque le contrat se poursuit sans que l'entreprise n'ait apporté la preuve de la mise en conformité de sa situation, dans un délai de six mois après la mise en demeure.

Par ailleurs, si le cocontractant n'a pas apporté la preuve de la régularisation de sa situation dans un délai de deux mois, le donneur d'ordres peut rompre le contrat, sans indemnités, aux frais et risques de l'entrepreneur (23). Depuis le 1er avril 2016, les marchés publics sont régis par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, sur les marchés publics (N° Lexbase : L9077KBS) et son décret d'application n° 2016-360 du 25 mars 2016 (N° Lexbase : L3006K7H). L'article 49, alinéa 1, de ladite d'ordonnance prévoit que, lorsqu'un opérateur économique est, au cours de la procédure de passation ou de l'exécution du marché public, placé dans l'une des situations mentionnées notamment à l'article 45, l'acheteur peut résilier le marché public pour ce motif. Parmi les cas précisés à l'article 45, figurent les personnes qui ont notamment été sanctionnées pour méconnaissance des obligations prévues aux articles L. 8221-1 (N° Lexbase : L3589H9S), L. 8221-3 (N° Lexbase : L4534IRD), L. 8221-5 (N° Lexbase : L7404K94), L. 8231-1 (N° Lexbase : L3633H9G), L. 8241-1 (N° Lexbase : L3539I8L), L. 8251-1 (N° Lexbase : L5110IQC) et L. 8251-2 (N° Lexbase : L9236K4T) du Code du travail.

Ces dispositions donnent donc le droit à la collectivité publique de rompre unilatéralement un marché public lorsque le titulaire a été sanctionné ou condamné pour travail dissimulé, marchandage, prêt illicite de main d'œuvre, et emploi d'étrangers non autorisés à travailler. En pareille hypothèse, le pouvoir adjudicataire a également la possibilité de se référer aux cahiers des clauses administratives générales (CCAG) pour déterminer les clauses du marché public (24). Dans ce cas, la collectivité peut résilier le marché public lorsque le titulaire contrevient aux obligations légales ou réglementaires relatives au travail, puisque cette infraction est l'un des cas de résiliation pour faute du titulaire précisé par les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) (25). Cela rejoint la position du juge administratif (26).

Le but recherché est de prévenir les situations de travail dissimulé, et ainsi de lutter plus efficacement contre la concurrence sociale déloyale, qualifiée de "*dumping social*". Les obligations de vigilance des maîtres d'ouvrage et des donneurs d'ordres ont ainsi été renforcées par loi précitée du 10 juillet 2014, complétée par le décret d'application n° 2015-364 du 30 mars 2015, à propos des salariés détachés en France. Ils doivent, notamment, demander à chaque sous-traitant ou prestataire, avant le début de chaque détachement, une copie de détachement transmise à la Direccte, ainsi qu'une copie du document désignant le représentant de l'entreprise (27). Le décret n° 2016-27 du 19 janvier 2016, relatif aux obligations des maîtres d'ouvrage et des donneurs d'ordres dans le cadre de la réalisation de prestations de services internationales (N° Lexbase : L6141KWD) (28) vient très récemment de renforcer les obligations des maîtres d'ouvrage et des donneurs d'ordres faisant appel aux prestataires hors de France détachant des salariés (29). Il leur impose, dans le cas où ils ne se sont pas fait remettre la copie de la déclaration de détachement, d'adresser eux-mêmes une déclaration à l'inspection du travail dans les 48 heures suivant le début du détachement, sous peine d'une amende administrative.

Si le donneur d'ordres a des obligations renforcées, cela doit se faire dans le respect des droits fondamentaux.

## **B — La constitutionnalité du principe de responsabilité solidaire du donneur d'ordres**

L'objectif de lutte contre la fraude sociale doit s'articuler avec le respect des droits fondamentaux. A cet égard, rappelons que la Cour de cassation avait refusé de transmettre une QPC relative à l'article L. 8222-1 du Code du travail (N° Lexbase : L5106IQ8), jugeant que ce texte était conforme à la Constitution car il ne contrevenait pas à la garantie des droits (30).

Cette solidarité financière n'était pas sans soulever des questions essentielles s'agissant des droits fondamentaux du donneur d'ordres, comme en témoigne une QPC du 31 juillet 2015 transmise par le Conseil d'Etat au Conseil constitu-

tionnel (31). L'analyse de cette décision démontre que cette solidarité financière est considérée comme permettant de préserver l'intérêt général en luttant contre le travail dissimulé et ses conséquences financières dans le respect des droits fondamentaux du donneur d'ordres.

Il s'agissait de se prononcer sur la constitutionnalité du mécanisme de solidarité financière du donneur d'ordres pour le paiement des sommes dues par un cocontractant ou sous-traitant au Trésor public et aux organismes de protection sociale en cas de travail dissimulé institué par le législateur. Cette disposition prévoit que le donneur d'ordres qui ne procède pas aux vérifications prévues à l'article L. 8222-1 du Code du travail est tenu solidairement responsable avec celui qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour délit de travail dissimulé *"au paiement des impôts, taxes et cotisations obligatoires ainsi que des pénalités et majorations dus par celui-ci au Trésor ou aux organismes de protection sociale"*.

Le Conseil constitutionnel a, dans cette décision, déclaré le deuxième alinéa de l'article L. 8222-2 du Code du travail conforme à la Constitution, sous la réserve énoncée au considérant 14.

La société requérante, ainsi qu'une société intervenante, ont considéré que ces dispositions méconnaissaient les principes de présomption d'innocence, d'individualisation et de proportionnalité des peines. Il était également soutenu que les dispositions contestées méconnaissaient le droit de propriété, le principe d'égalité devant la justice et la garantie des droits. L'atteinte au principe de responsabilité découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 (N° Lexbase : L1368AgK) a été relevée d'office par le juge constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel a écarté ces griefs pour les motifs ci-après. Il a d'abord relevé que la solidarité, instituée par l'article L. 8222-2 du Code du travail, constitue principalement une garantie pour le recouvrement des créances du Trésor public et des organismes de protection sociale. Conformément aux règles de droit commun en matière de solidarité, le donneur d'ordres, qui s'est acquitté du paiement des sommes exigibles en application du 1° de l'article L. 8222-2, dispose d'une action récursoire contre le débiteur principal et, le cas échéant, contre les codébiteurs solidaires. Selon le juge constitutionnel, cette solidarité n'a pas le caractère d'une punition au sens des articles 8 (N° Lexbase : L1372AgP) et 9 (N° Lexbase : L1373AgQ) de la Déclaration de 1789. Il a, dès lors, écarté comme inopérants les griefs tirés de la violation des principes de présomption d'innocence, d'individualisation et de proportionnalité des peines. Il s'était déjà prononcé en ce sens s'agissant de dirigeant d'une personne morale qui devait supporter le montant de l'insuffisance d'actif lorsqu'il a commis des fautes de gestion (32).

En ce qui concerne le principe de responsabilité, il a énoncé que la loi peut instituer une solidarité de paiement. Il a, à cet égard, indiqué que *"la loi peut instituer une solidarité de paiement dès lors que les conditions d'engagement de cette solidarité sont proportionnées à son étendue et en rapport avec l'objectif poursuivi par le législateur"* (33).

Il a, ensuite, jugé que le non-respect des obligations de vérifications prévues à l'article L. 8222-1 du Code du travail pouvait être regardé comme *"ayant facilité la réalisation de ce travail dissimulé ou ayant contribué à celle-ci"*. Il a, en outre, précisé que la solidarité financière était limitée en application des dispositions de l'article L. 8222-3 du Code du travail (N° Lexbase : L3607HgH) *"à due proportion de la valeur des travaux réalisés, des services fournis, du bien vendu et de la rémunération en vigueur dans la profession"*. Il a, ainsi, conclu que le législateur n'avait pas porté une atteinte manifestement disproportionnée au principe de responsabilité en instaurant une responsabilité solidaire dans la mesure où elle est circonscrite à de telles sommes.

De même, il a écarté les griefs tirés du principe d'égalité devant la justice et de la méconnaissance de la garantie des droits sous la réserve que le donneur d'ordres puisse contester la régularité de la procédure, le bien-fondé et l'exigibilité des impôts, taxes et cotisations obligatoires ainsi que les pénalités et majorations afférentes au paiement solidaire desquels il est tenu (34). Il dispose des mêmes garanties que l'auteur des faits de travail dissimulé. Il a, enfin, écarté le grief tiré de l'atteinte au droit de propriété dans la mesure où la responsabilité solidaire est justifiée par des objectifs d'intérêt général : lutter contre le travail dissimulé et assurer un meilleur recouvrement des créances publiques.

En résumé, le Conseil constitutionnel a confirmé le caractère constitutionnel des dispositions contestées de l'alinéa 2 de l'article L. 8222-2 du Code du travail sous réserve que le donneur d'ordres puisse bien contester la régularité de la procédure, le bien-fondé et l'exigibilité des impôts, taxes et cotisations obligatoires, ainsi que des pénalités et majorations afférentes au paiement solidaire desquels il est tenu.

## **II – Une mise en œuvre effective de la responsabilité du donneur d'ordres**

### **A – La mise en jeu de la solidarité financière contrôlée par le juge**

La mise en œuvre de cette solidarité financière suppose la réunion de trois conditions : le constat, par procès-verbal,



d'une infraction de travail dissimulé ; l'existence de relations contractuelles entre le donneur d'ordres et l'auteur du travail dissimulé ; le montant de la prestation, qui doit être égal ou supérieur au seuil prévu par l'article R. 8222-1 du Code du travail (N° Lexbase : LO218LBP), soit à ce jour 5 000 euros hors taxe, depuis le décret précité du 30 mars 2015 (au lieu de 3 000 euros hors-taxes).

Le procès-verbal de travail dissimulé est une condition préalable à la mise en jeu de la solidarité financière du donneur d'ordres, ainsi que l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt récent (35). Dans cette affaire, l'Urssaf avait notifié un redressement à une entreprise et réintégré dans l'assiette des cotisations, le montant des prestations effectuées par les deux sociétés sous-traitantes. L'entreprise contestait la décision au motif que les sociétés n'avaient pas fait l'objet d'un procès-verbal de travail dissimulé. La cour d'appel avait jugé que ce document n'était pas une condition préalable à la mise en œuvre de la solidarité financière. En effet, la première société avait fait l'objet d'une liquidation judiciaire, la seconde était fictive. La Cour de cassation a fait droit à l'argumentation développée par l'entreprise en considérant qu'un procès-verbal de travail dissimulé doit nécessairement être établi à l'encontre du cocontractant, avant la mise en jeu de la responsabilité financière de l'entreprise donneur d'ordres.

Autrement dit, si à la suite d'un contrôle de l'Urssaf le cocontractant a fait l'objet d'un procès-verbal de travail dissimulé, la responsabilité financière peut être engagée si l'on démontre l'existence de relations contractuelles entre le donneur d'ordres et l'auteur du travail dissimulé, et que le montant de la prestation soit d'au moins 5 000 euros hors-taxes. Le montant de la prestation est apprécié au jour de la conclusion du contrat. Il convient de prendre en compte l'ensemble des relations contractuelles si la prestation est réalisée de façon continue, répétée et successive dans le temps et si elles portent sur le même objet (36). Il en va de même en cas de découpage artificiel de la prestation en plusieurs contrats inférieurs au seuil réglementaire. C'est la technique du faisceau d'indices qui est retenu par les juridictions pour déterminer l'étendue de la prestation réalisée par le cocontractant du donneur d'ordres (devis, bons de commande, factures...).

Si les trois conditions sont réunies, la solidarité pourra être mise en œuvre si la personne a méconnu les obligations de vérification prévues par les dispositions de l'article L. 8222-1 du Code du travail. L'absence de production des documents exigés suffira à engager la responsabilité solidaire du donneur d'ordres.

Cette responsabilité solidaire a été réaffirmée avec force par la Cour de cassation aux termes d'un arrêt en date du 10 décembre 2009 (37), lequel énonçait que *"toute personne qui méconnaît les dispositions relatives aux vérifications imposées au donneur [donneur d'ordres] sur la situation de son cocontractant, notamment au regard de sa situation vis-à-vis des organismes chargés du recouvrement des cotisations sociales, est tenue solidairement du paiement des cotisations et majorations de retard dues par celui qui a fait l'objet d'un tel procès-verbal pour délit de travail dissimulé"*.

En l'espèce, le donneur d'ordres avait été dans l'incapacité de fournir les documents attestant du respect des vérifications exigées, ce qui justifiait de plein droit qu'il soit solidairement tenu au paiement des cotisations et majorations de retard dues par son cocontractant. Il lui appartenait de se faire remettre, lors de la conclusion du contrat et tous les six mois, les attestations de vigilances délivrées par les services de l'Urssaf, les textes du Code du travail, relayés par une jurisprudence constante, édictant une obligation positive de vérification à caractère d'ordre public. En effet, dans un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 4 juin 2015 (38), les juges du fond ont rappelé la portée de cette obligation de solidarité financière en réaffirmant son caractère d'ordre public. Cette solution n'est guère surprenante par rapport à l'objectif de lutte contre le travail dissimulé, qui ne saurait être contourné par des conventions particulières. Deux arrêts récents illustrent parfaitement la portée de cette obligation et le strict respect des dispositions du Code du travail (39).

Dans la première affaire, à la suite d'un contrôle sur un chantier dont la surveillance confiée à la société A (donneur d'ordres) avait été sous-traitée par celle-ci à d'autres entreprises, l'Urssaf avait mis en œuvre la solidarité financière du donneur d'ordres, considérant que la sous-traitance relevait du travail dissimulé par dissimulation d'activité et adressé à la société une mise en demeure pour le paiement des cotisations dues par les sous-traitants à raison des prestations effectuées pour le compte de la société.

Cette société avait contesté cette solidarité financière, estimant qu'elle avait respecté les obligations de vérifications imposées au donneur d'ouvrage, notamment au regard de sa situation vis-à-vis de l'Urssaf puisqu'elle s'était fait remettre une attestation établie par les sous-traitants eux-mêmes, certifiant respecter leurs obligations sociales. Ce raisonnement a été écarté par la Cour de cassation, qui rappelle que les documents réglementaires (40) sont les seuls dont la remise permet de s'acquitter de son obligation de vérification. La société donneur d'ordres ne justifiant pas de la remise de l'attestation établie par l'Urssaf au sujet de la régularité de la situation en matière de déclarations sociales des sous-traitants, elle n'avait donc pas procédé aux vérifications qui lui incombaient, de sorte qu'elle était tenue à la solidarité financière. L'attestation de fourniture de déclarations sociales, appelée "attestation de vigilance", doit dater de moins de 6 mois (41).



Dans la seconde affaire, la Cour de cassation a confirmé la condamnation d'un donneur d'ordres qui ne s'était fait remettre que le bilan social du cocontractant et qui se prévalait du fait que ce dernier s'était engagé à respecter la législation du travail (42).

Si les trois conditions précitées sont réunies, l'Urssaf pourra envisager de mettre en œuvre la procédure de recouvrement à l'encontre des donneurs d'ordres. La dette est établie par l'Urssaf qui détermine la personne envers laquelle l'action en recouvrement sera mise en œuvre. Il existe plusieurs possibilités pour l'organisme de recouvrement.

L'Urssaf peut agir auprès du débiteur principal, c'est-à-dire l'auteur du travail dissimulé, de façon cumulative (débiteur principal + débiteur solidaire) ou exclusive (débiteur principal).

Elle peut également agir auprès du débiteur solidaire, c'est-à-dire le client ou le donneur d'ordres, de façon cumulative (débiteur principal + débiteur solidaire) ou exclusive (débiteur solidaire).

Il est important de souligner que l'engagement de la solidarité n'est pas subordonné à l'impossibilité du recouvrement à l'égard du débiteur principal. Le créancier peut donc agir exclusivement à l'encontre du débiteur solidaire. L'envoi de la lettre d'observations afin d'engager la responsabilité du donneur d'ordres constitue l'unique obligation pour l'Urssaf avant la décision de redressement. En l'absence de procédure spécifique prévue par les textes dans le cadre de la mise en jeu de la responsabilité des donneurs d'ordres, les Urssaf, par le biais d'une lettre collective de la DIRRES n° 2007-303, ont été invitées à utiliser l'outil de la lettre d'observations prévue dans le cadre du régime juridique applicable aux contrôles des employeurs et résultant des articles L. 243-7 (N° [Lexbase : L1296177](#)) et R. 243-59 (N° [Lexbase : L9385K9H](#)) du Code de la Sécurité sociale. La procédure de recouvrement est ainsi mise en œuvre par la notification de la lettre d'observations au donneur d'ordres (43).

Le recours à la lettre d'observations a pour but de permettre une phase non contentieuse et contradictoire préalablement à une saisine du TASS. En effet, il permet ainsi au donneur d'ordres de bénéficier du même délai que les employeurs contrôlés pour faire valoir leurs observations. La Cour de cassation estime, de manière constante, que *"dans la mise en œuvre de la solidarité financière consécutive au constat d'un travail dissimulé, l'Urssaf a pour seule obligation, avant la décision de redressement, d'exécuter les formalités assurant le respect du principe de la contradiction par l'envoi de la lettre d'observations [...]"* (44). Il suffit donc que la lettre d'observations avisant le donneur d'ordres de la mise en œuvre, à son encontre, de la solidarité financière, indique le montant global des cotisations dues et leurs modalités de calcul (45).

Rappelons qu'une lettre d'observations, établie par l'inspecteur du recouvrement, est adressée au donneur d'ordres. A cette occasion, la nature ainsi que le montant des cotisations réclamées par l'Urssaf, au titre de la solidarité financière du donneur d'ordres, ont été mentionnés et détaillés en annexe jointe à ladite lettre. Le donneur d'ordres doit avoir été mis en mesure de vérifier le bien-fondé du redressement ainsi que son montant, afin de pouvoir formuler utilement des observations, et par suite, en saisissant la Commission de recours amiable aux fins de contester le redressement, puis le tribunal des affaires de Sécurité sociale. La mise en œuvre de cette procédure, et ce, de manière contradictoire, permet de garantir les droits de la défense, et plus généralement la garantie des droits exigée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

En revanche, le donneur d'ordres ne saurait se prévaloir de l'application des dispositions de l'article R. 243-59 du Code de la Sécurité sociale alors qu'il n'a fait l'objet d'aucun contrôle sur place. En effet, l'alinéa 1er de l'article R. 243-59 dispose que *"tout contrôle effectué en application de l'article L. 243-7 est précédé de l'envoi par l'organisme chargé du recouvrement des cotisations d'un avis adressé à l'employeur ou au travailleur indépendant par tout moyen permettant de rapporter la preuve de sa date de réception, sauf dans le cas où le contrôle est effectué pour rechercher des infractions aux interdictions mentionnées à l'article L. 8221-1 du Code du travail. Cet avis fait état de l'existence d'un document intitulé Charte du cotisant contrôlé' présentant au cotisant la procédure de contrôle et les droits dont il dispose pendant son déroulement et à son issue, tels qu'ils sont définis par le présent Code. Il précise l'adresse électronique où ce document, dont le modèle est fixé par arrêté du ministre chargé de la Sécurité sociale, est consultable, et indique qu'il est adressé au cotisant sur sa demande"*. Cet alinéa n'est donc applicable qu'à l'employeur faisant l'objet d'un contrôle sur place. L'inapplicabilité du régime juridique relatif au contrôle de l'employeur a également été rappelée par la Cour de cassation (46). Cela illustre la spécificité de la procédure de mise en œuvre de la responsabilité financière des donneurs d'ordres qui n'est pas semblable à celle diligentée à l'égard des employeurs, prévue aux articles L. 243-7 et R. 243-59 du Code de la Sécurité sociale.

## **B — Les risques encourus par les donneurs d'ordres**

Le travail dissimulé ne peut prospérer que si les auteurs de ce délit ont des clients ou des donneurs d'ordres qui font appel au travail illégal. La rémunération du travail dissimulé ne saurait être admise, eu égard à l'enjeu d'ordre public qui sous-tend le dispositif de lutte contre le travail illégal. Les redressements initiés par l'Urssaf à l'encontre

de personnes publiques s'inscrivent parfaitement dans le cadre de cette lutte prioritaire contre le travail illégal. Cette solidarité constitue principalement une garantie pour le recouvrement de la créance des organismes de protection sociale. Ainsi, les risques encourus sont de deux ordres : un risque financier au moyen de la solidarité financière sur le plan civil, et un risque pénal sur le fondement du délit de recours à celui qui exerce un travail dissimulé.

Sur le plan civil, le risque principal est la solidarité financière. Les sommes concernées par la solidarité financière sont les suivantes : les impôts et les taxes, y compris les pénalités et les majorations ; les cotisations et les contributions obligatoires, y compris les pénalités et les majorations, exigibles envers les organismes de protection sociale (47) ; les rémunérations dues aux salariés et les charges afférentes ; les remboursements des aides publiques et le paiement des rémunérations indemnités et charges dues pour l'emploi des salariés concernés. Les donneurs d'ordres publics sont tenus aux mêmes sommes à l'exception des aides publiques.

Ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 31 juillet 2015 (48), les sommes dues par l'auteur du travail dissimulé correspondent aux prestations réalisées pour lui et proportionnellement à leur valeur, et non pour la totalité des dettes de l'auteur de travail dissimulé. Autrement dit, l'Urssaf peut réclamer au débiteur le montant des seules sommes qui lui sont personnellement dues (49), et dans la limite d'un *prorata* dont le calcul diffère en fonction de la nature des dettes. Pour les dettes sociales (rémunérations et cotisations sociales), le *prorata* est calculé par rapport au temps de travail et à la masse salariale affectés à la réalisation de la prestation irrégulière. Les sommes dues correspondent aux sommes facturées au donneur d'ordres par l'entreprise coupable de travail dissimulé. A titre de comparaison, s'agissant des dettes fiscales, le *prorata* est calculé par rapport au chiffre d'affaires de l'entreprise, le cas échéant après reconstitution des recettes, pour l'année de réalisation de la prestation de l'entreprise principale titulaire du marché et le sous-traitant.

Par ailleurs, si le donneur d'ordres n'accomplit pas ses obligations en matière de vigilance, il encourt l'annulation par l'Urssaf des exonérations et réductions de cotisations applicables à ses salariés sur toute la période pendant laquelle la situation de travail dissimulé a perduré (50). Depuis 2013, l'annulation des réductions et des exonérations s'exerce dans les mêmes conditions que celles applicables aux employeurs ayant eux-mêmes directement recouru au travail dissimulé (51). Il n'est plus nécessaire à l'Urssaf de démontrer la complicité du donneur d'ordres avec le sous-traitant qui avait eu recours au travail dissimulé. L'annulation s'applique pour chacun des mois au cours desquels les conditions mentionnées au premier alinéa du présent article sont vérifiées. Elle est calculée selon les modalités prévues aux deuxième et troisième alinéas de l'article L.133-4-2 du Code de la Sécurité sociale (N° Lexbase : L0461LC3), sans que son montant global puisse excéder 15 000 euros pour une personne physique et 75 000 euros pour une personne morale (52).

Il en est de même sur le fondement de l'article L.133-4-5 (N° Lexbase : L0460LCZ), lorsque le donneur d'ordres ou le maître d'ouvrage n'enjoint pas son sous-traitant de cesser sans délai sa situation de travail dissimulé, alors même qu'il a été informé de sa situation de travail dissimulé. Cela a été confirmé par l'article 24 de loi de n° 2016-1827 du 23 décembre 2016, de financement de la Sécurité sociale pour 2017 (N° Lexbase : L9288LBM) ayant modifié cet article. Il est, à cet égard, prévu que *"lorsqu'il est constaté que le donneur d'ordres n'a pas rempli l'une des obligations définies à l'article L. 8222-1 du Code du travail et que son cocontractant a, au cours de la même période, exercé un travail dissimulé par dissimulation d'activité ou d'emploi salarié, l'organisme de recouvrement procède à l'annulation des réductions ou exonérations des cotisations ou contributions dont le donneur d'ordres a bénéficié au titre des rémunérations versées à ses salariés. Le donneur d'ordres ou le maître d'ouvrage encourt la même sanction, dans les mêmes conditions, lorsqu'il est constaté qu'il a manqué à l'obligation mentionnée à l'article L. 8222-5 du Code du travail (N° Lexbase : L77913X)"*. On le voit, sur le plan civil, l'obligation de solidarité financière peut également impacter le donneur d'ordres sur ses propres cotisations, y compris sur les réductions dont il a pu bénéficier.

Il en va de même en cas de non-respect des obligations des maîtres d'ouvrage et des donneurs d'ordres dans le cadre de la réalisation de prestations de services internationales (notamment l'obligation de versement d'un salaire minimal) aux travailleurs détachés, sur le fondement des dispositions du décret n° 2016-27 du 19 janvier 2016. Selon ce décret, le maître d'ouvrage qui ne dénoncerait pas le ou les contrats concernés *"est tenu solidairement avec celui-ci au paiement des rémunérations et indemnités dues à chaque salarié détaché ainsi que, lorsque ce salarié relève d'un régime français de Sécurité sociale, des cotisations et contributions sociales afférentes dues aux organismes chargés de leur recouvrement"*. L'objectif ainsi recherché par le gouvernement est incontestablement de lutter contre la concurrence sociale déloyale en sanctionnant le non-respect de l'obligation de vigilance du donneur d'ordres. Si la dimension financière est importante dans la lutte contre le travail dissimulé, la sanction pénale a également une fonction préventive et prophylactique.

Sur le plan pénal, la méconnaissance des obligations de vérification qui s'imposent au donneur d'ordres public ou privé pourrait, le cas échéant, caractériser le délit de recours aux services d'une personne exerçant un travail dissimulé sur le fondement de l'article L. 8221-3 du Code du travail (N° Lexbase : L4534IRD). Ainsi que cela a été rappelé

lors du colloque, la Chambre criminelle de la Cour de cassation vient récemment de rejeter un pourvoi dans un arrêt du 1er décembre 2015 (53). Cet arrêt est particulièrement éclairant. La cour d'appel a, selon la Cour de cassation, justifié sa décision pour caractériser le délit de recours à une personne exerçant un travail dissimulé par le fait que le donneur d'ordres n'a pas procédé aux vérifications, imposées par les dispositions des articles L. 8222-1, L. 8221-3 et L. 8221-5 du Code du travail, de la situation de l'entreprise dont il recourt aux services.

En réalité, cette position n'est pas nouvelle. Pour la Chambre criminelle, le donneur d'ordres commet sciemment le délit de recours au travail dissimulé dès lors qu'il ne vérifie pas la régularité de la cession de l'entrepreneur dont il utilise les services (54). Dès lors, l'argument tiré de la confiance placée entre la société le donneur d'ordres en raison, notamment, de relations commerciales de longue date, n'est pas recevable selon la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Il appartient, à cet égard, de vérifier la cohérence des documents au regard de la prestation réalisée, et de la concordance avec la situation réelle de l'entreprise.

Au regard de ce qui précède, il faut attirer l'attention des donneurs d'ordre sur la nécessité de respecter les obligations prévues par le Code du travail car le défaut de possession des documents exigibles au titre de la vigilance est un élément important dans la caractérisation du délit de recours au travail dissimulé. On rappellera, à cet égard, que le Code du travail prévoit de lourdes sanctions pour l'auteur du délit de travail dissimulé. Ce dernier encourt une peine de 3 ans d'emprisonnement et une amende de 45 000 euros. Les peines seront aggravées si le salarié est mineur ou une personne particulièrement vulnérable. Pour les personnes physiques, sociétés, la peine est plus élevée, l'amende pouvant atteindre 225 000 euros. D'autres peines accessoires, prévues cette fois par le Code pénal, sont applicables : l'interdiction d'exercer, la dissolution de la société, la fermeture de l'établissement. Ces sanctions ont été aggravées par la loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014, lorsque le travail dissimulé a été commis en bande organisée, au sens de l'article L. 8224-2 du Code du travail (N° Lexbase : L138017A). La peine ainsi encourue est de 10 ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende (500 000 euros pour les personnes morales).

A ces sanctions pénales peuvent s'ajouter des sanctions administratives. L'article L. 8224-3 du Code du travail (N° Lexbase : L2137KGA) prévoit que toute personne physique s'étant rendue coupable de travail dissimulé encourt notamment une interdiction d'exercer une fonction publique ou de gérer une entreprise par exemple et l'exclusion des marchés publics pendant cinq ans maximum. La décision de sanction pourra être publiée et diffusée par le ministère du Travail pendant deux années au plus. Le renforcement des sanctions pénales témoigne d'une véritable volonté du législateur d'éradiquer le travail dissimulé (par dissimulation d'activité ou par dissimulation d'emploi salarié) qui impacte de manière significative les finances sociales, et plus largement le système de Sécurité sociale français.

En conclusion, la lutte contre le travail illégal constitue incontestablement une priorité nationale. Ainsi que l'a rappelé l'Acoss dans son rapport précité relatif à la lutte contre le travail illégal, le travail dissimulé occasionne un triple préjudice (55). Il constitue, d'une part, "un tarissement illégal du financement de la protection sociale" (56) et, d'autre part, une atteinte essentielle aux droits des salariés alors même que les cotisations salariales sont décomptées sur leurs salaires. Il constitue, enfin, un avantage concurrentiel déloyal pour les entreprises en situation de travail dissimulé. Il s'avère, dès lors, plus que nécessaire de responsabiliser les clients, notamment en renforçant l'obligation de vigilance des donneurs d'ordres et des maîtres d'ouvrages.

(1) Rapport de l'Acoss 2014, *Le contrôle et la lutte contre la fraude au prélèvement social*, p. 29.

(2) Rapport, *La fraude aux prélèvements obligatoires et son contrôle*, mars 2007, p. 1.

(3) Discours, *Fraudes et Protection sociale*, 11 février 2011, Les Entretiens du Conseil d'Etat, cycle de colloques en droit social, p. 2.

(4) Rapport de la Cour des comptes 2007, *La situation et les perspectives des finances publiques*.

(5) Loi n° 72-649 du 11 juillet 1972 (N° Lexbase : L4690GUA), art. 7, al. 1er, codifié à l'article 1724 quater du Code général des impôts (N° Lexbase : L3928IAQ) et à l'article L. 324-14 du Code du travail (N° Lexbase : L1740GUY).

(6) Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, relative au Code du travail.

(7) Rapport de l'Acoss 2014, préc., p. 36.

(8) JOFR n° 0177, 2 août 2015, p. 13 259.

(9) Cons. 8.

(10) Circ. min. du 31 décembre 2005, relative à la solidarité financière des donneurs d'ordre en matière de travail

dissimulé (N° Lexbase : L9369LCY).

(11) JORF n° 0076, 31 mars 2015, p. 5872.

(12) JORF n° 0181, 7 août 2015, p. 13 537.

(13) Rapport de l'Acosse 2014, préc., p. 36.

(14) J. — M. Sauvé, *op.cit.*, p. 3

(15) Cons. const., décision n° 97-393 DC du 18 décembre 1997 (N° Lexbase : A8444ACQ), JORF, 23 décembre 1997, p. 18 649.

(16) Cons. const., décision n° 2010-624 DC du 20 janvier 2011 (N° Lexbase : A1518GQB), JORF, 26 janvier 2011, p. 1550.

(17) Circ. DSS du 16 novembre 2012, relative à l'attestation de vigilance (N° Lexbase : L1373IWR).

(18) C. trav., art. L. 8222-1 (N° Lexbase : L5106IQ8).

(19) C. trav., art. R. 8222-1 (N° Lexbase : L0218LBP).

(20) Décret n° 2011-1601 du 21 novembre 2011 (N° Lexbase : L2617IRD), relatif au contenu et aux modalités de délivrance de l'attestation prévue aux articles L. 8222-1 et L. 8222-4 (N° Lexbase : L3609HgK) du Code du travail et L. 243-15 du Code de la Sécurité sociale (N° Lexbase : L0841Z8).

(21) C. trav., art. L. 8222-1, préc..

(22) C. trav., art. L. 8222-5 (N° Lexbase : L7791I3X), pour les maîtres de l'ouvrage ou donneurs d'ordres de droit privé ; art. L. 8222-6 (N° Lexbase : L0842IZ9), pour les maîtres de l'ouvrage ou donneurs d'ordres personnes morales de droit public.

(23) C. marchés publ., anciens art. 46 (N° Lexbase : L3141I44) et 47 (N° Lexbase : L2726ICX).

(24) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, relatif aux marchés publics (N° Lexbase : L3006K7H), art. 15.

(25) CCAG, art. 46.3, travaux ; CCAG, art. 32, fournitures courantes et de services.

(26) CAA Paris, 29 juin 2006, n° 01PA01 906 (N° Lexbase : A8085DQI).

(27) C. trav., art. L. 1262-4-1 (N° Lexbase : L7407K99).

(28) Pris en application de l'article 280 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (N° Lexbase : L4876KEC).

(29) JORF n° 0016, 20 janvier 2016.

(30) Cass. QPC, 28 février 2013, n° 12-40.099, F-P+B (N° Lexbase : A9979I84).

(31) Cons. const., décision n° 2015-479 QPC du 31 juillet 2015 (N° Lexbase : A0565NNA).

(32) Cons. const., décision QPC n° 2014-415, 26 septembre 2014 (N° Lexbase : A0926MXL), JORF du 28 septembre 2014, p. 15 790.

(33) Cons. g.

(34) Voir également Cons.const., décision n° 2010-90 QPC du 21 janvier 2011 (N° Lexbase : A1523GQH), JORF, 22 janvier 2011, p. 1387.

(35) Cass. civ. 2, 26 novembre 2015, n° 14-23.851, FS-P+B (N° Lexbase : A0879NY9).

(36) Cass. civ. 2, 17 janvier 2008, n° 06-20.594, FS-D (N° Lexbase : A7685D3Z).

(37) Cass. civ. 2, 10 décembre 2009, n° 09-12.173, F-D (N° Lexbase : A4604EP9).

- 
- (38) CA Paris, Pôle 6, 12ème ch., 4 juin 2015, n° 13/05 720 (N° Lexbase : A0104SBH).
- (39) Cass. civ. 2, 11 février 2016, n° 15-10.168, F-P+B (N° Lexbase : A0458PLK); Cass. civ. 2, 11 février 2016, n° 14-10.614, F-P+B (N° Lexbase : A0443PLY).
- (40) C. trav., art. D. 8222-5 (N° Lexbase : L2627IRQ).
- (41) Circ. DSS n° 2012-186, 16 novembre 2012, relative à l'attestation de vigilance (N° Lexbase : L1373IWR).
- (42) Cass. civ. 2, 11 février 2016, n° 14-10.614, F-P+B (N° Lexbase : A0443PLY).
- (43) Cass. civ. 2, 17 septembre 2009, n° 08-16.641, FS-P+B (N° Lexbase : A1007ELU).
- (44) Cass. civ. 2, 13 octobre 2011, n° 10-19.389, F-D (N° Lexbase : A7710HYg).
- (45) Cass. civ. 2, 13 octobre 2011, n° 10-24.861, F-P+B (N° Lexbase : A7677HYY).
- (46) Cass. civ. 2, 17 septembre 2009, n° 08-16.641, préc..
- (47) Urssaf et CGSS, MSA, caisses de retraite complémentaire, caisses de prévoyance, Assedic, etc..
- (48) Cons. const., décision n° 2015-479 QPC du 31 juillet 2015, préc..
- (49) C. trav., art. L. 8222-3 (N° Lexbase : L3607HgH).
- (50) Rapport de l'Acoss, *Lutte contre le travail illégal*, 2013, p. 10 et s..
- (51) CSS, art. L. 133-4-2, al. 2 et 3 (N° Lexbase : L0461LC3).
- (52) CSS, art L. 133-4-5 (N° Lexbase : L0460LCZ).
- (53) Cass. crim., 1er décembre 2015, n° 14-85.828, F-P+B (N° Lexbase : A6115NY7), Bull. crim., n° 274.
- (54) Cass. civ. 27 septembre 2005, JCP éd. S, 2006, 1066.
- (55) Rapport de l'Acoss, 2013, préc., p. 8.
- (56) Rapport de l'Acoss, 2013, préc..



**[Travail dissimulé] Événement****La lutte contre le travail dissimulé : de l'optimisation sociale à la répression de la fraude (rapport de synthèse)**

14386539

N° Lexbase : N6678BWA

*par Frédérique Chopin, Maître de conférences HDR à Aix-Marseille Université*

La Faculté de droit et de science politique d'Aix-en-Provence, en partenariat avec le Laboratoire de droit privé et de science criminelles (LDPSC) et l'Urssaf Provence-Alpes-Côte d'Azur, a organisé le vendredi 18 novembre 2016 une journée d'études consacrée aux grands enjeux de la lutte contre le travail dissimulé, et la distinction entre l'optimisation sociale, licite et bénéfique pour les entreprises, et la fraude sociale par le travail dissimulé, illicite, qui est lourdement sanctionnée, au regard des dernières évolutions du droit. Les travaux de cette journée étaient présidés par Jean-Victor Borel, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence et ancien Maître de conférences associé à l'IEP d'Aix-en-Provence. Partenaires de cet événement, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver l'intégralité des actes de ce colloque.

Sous la direction scientifique de Jean-Victor Borel, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence, ancien Maître de conférences associé à l'IEP d'Aix-en-Provence

**Propos introductifs**, par Jean-Victor Borel, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence, ancien Maître de conférences asso

cié à l'IEP d'Aix-en-Provence, Directeur scientifique du colloque (N° Lexbase : N7204BWQ).

**Les pouvoirs des enquêteurs face au travail dissimulé**, par Jean-Baptiste Perrier, Professeur à l'Université d'Auvergne, Directeur du Centre Michel de l'Hospital (N° Lexbase : N6585BWS).

**Les actions en justice liées au travail dissimulé**, par Marc Segonds, Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole, Directeur de l'Institut d'études judiciaires, Avocat au barreau de Toulouse (N° Lexbase : N7202BWN).

**Le travail dissimulé dans**

**la jurisprudence de la Chambre criminelle**, par Grégoire Finidori, Conseiller honoraire à la Cour de Cassation (N° Lexbase : N6700BW3).

**Travail dissimulé et procédures collectives**, par Bastien Brignon, Maître de conférences HDR à Aix-Marseille Université (N° Lexbase : N6494BWG).

**Ingénierie juridique frauduleuse et travail dissimulé**, par Jean-Victor Borel, Avocat au Barreau d'Aix-en-Provence, ancien Maître de conférences associé à l'IEP d'Aix-en-Provence (N° Lexbase : N7604BWK).

**La responsabilité des donneurs d'ordres privés et publics en matière de travail dissimulé**, par Didier Del Prete, Maître de conférences à l'IEP d'Aix-en-Provence, Avocat au barreau d'Aix-en-Provence (N° Lexbase : N6712BWI).

La prévention et la lutte contre le travail dissimulé et la concurrence sociale déloyale constituent un enjeu majeur pour les salariés et les entreprises. Les lois "Savary" du 10 juillet 2014 (loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014, visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale N° Lexbase : L7015I39), "Macron" du 6 août 2015 (loi n° 2015-990 du 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques N° Lexbase : L4876KEC) et la loi "Travail" du 8 août 2016 (loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels N° Lexbase : L8436K9C) ont successivement durci les sanctions contre le recours au travail dissimulé et récemment, la loi du 3 juin 2016 (loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale N° Lexbase : L4202K87) a aménagé les règles procédurales dérogatoires.

Le travail dissimulé constitue une fraude majeure à l'exercice d'une activité économique et à l'emploi de salariés, ayant pour conséquence d'éviter les cotisations sociales et les contributions fiscales afférentes, que le rapport de l'Acoss 2015 évalue entre 3,6 et 4,7 milliards d'euros. Cette fraude représente des pertes importantes pour les finances publiques, en termes de recettes fiscales et de cotisations sociales. La lutte contre la fraude implique une complémentarité dans l'action des pouvoirs publics, d'autant plus que la branche recouvrement est devenue le contrôleur de référence, dès lors que le contrôle est la contrepartie du système déclaratif. Dans le même temps, la fraude entraîne des distorsions de concurrence à l'égard des entreprises respectueuses de la réglementation et porte atteinte aux principes mêmes du pacte économique et social. Il convient, alors, de tracer une ligne franche de démarcation entre l'optimisation sociale, légitimement recherchée par l'entreprise, et la situation de fraude, qui a des conséquences sur l'ensemble de la chaîne économique, dans un contexte de mondialisation gouverné par les stratégies d'entreprises -ingénierie juridique-, qu'il s'agisse des conditions dans lesquelles est obtenu un marché public, du "dumping social" engendré pour ceux qui subissent le travail dans ces conditions ou encore du système de Sécurité sociale.

Le phénomène du travail dissimulé devient de plus en plus complexe à détecter, il s'organise, désormais, au travers de montages frauduleux, qui multiplient les intermédiaires, se jouent des frontières et profite des opportunités offertes par le droit de l'Union européenne, notamment pour mettre en place des mécanismes frauduleux, en particulier des fraudes à l'établissement et des fraudes au détachement dans le cadre de l'Union européenne. Les enjeux à venir doivent tenir compte du caractère international ou transnational de la fraude conduisant au "dumping social" européen (1) et du développement de l'économie collaborative et de l'action de la justice contre les plateformes collaboratives telles qu'Uber (2).

Compte tenu de ces enjeux, le dispositif institutionnel et juridique de lutte contre les différentes formes du travail dissimulé a été renforcé ces dernières années par plusieurs mesures légales et réglementaires visant, d'une part, à conforter et renforcer les moyens de contrôle et les pouvoirs des agents habilités à réprimer la fraude et, d'autre part, à accroître les obligations visant à valoriser l'optimisation sociale, non pour les entreprises, mais pour les administrations chargées du recouvrement. Cela se traduit, notamment, par la responsabilisation sociale et sociétale accrue des entreprises -la loi "Travail" l'a prévue également, à la charge des plateformes de mise en relation par voie électronique, en vue de protéger leurs "travailleurs" (3)-, le renforcement des droits des salariés et par la coordination des sanctions de nature différente.

Il convient donc de souligner, dans un premier temps, le renforcement de la répression du travail dissimulé, fraude sociale (I), avant d'analyser, dans un second temps, les stratégies déployées afin d'optimiser la lutte contre le travail dissimulé (II).

## I – Le renforcement de la répression pénale du travail dissimulé, fraude sociale

Le renforcement de la répression du travail dissimulé découle, d'une part, de l'identification de l'existence de l'infraction (A) et, d'autre part, des moyens répressifs mis en œuvre (B).

### A – L'identification de l'existence de l'infraction

Le travail dissimulé recouvre plusieurs types de comportements illicites visant, soit à la dissimulation d'emplois (C. trav., art. L. 8221-5 N° Lexbase : L7404K94), soit à la dissimulation d'activité (C. trav., art. L. 8221-3 N° Lexbase : L4534IRD), soit au recours au travail dissimulé par le cocontractant d'un prestataire ou d'un fournisseur employant des travailleurs dissimulés ou se livrant à une activité dissimulée (C. trav., art. L. 8222-1, 1° N° Lexbase : L5106IQ8), mais aussi des infractions satellites (publicité). Le travail dissimulé, décliné sous ses deux formes principales, constitue une infraction de droit pénal social et a pour objectif d'assurer la meilleure protection possible des salariés. Elle constitue l'une des infractions du travail illégal, ces infractions pouvant se cumuler, comme l'a précisé la Chambre criminelle (4), qui souligne que le délit de travail dissimulé tend à "la régulation du marché du travail" et garantit une "égale et loyale concurrence entre entreprises supportant les mêmes charges". Cette approche permet, notamment, de renforcer la répression de cette infraction de droit pénal social (a), qui tend à devenir une infraction du droit pénal des affaires

(b).

### **a – Le travail dissimulé, une infraction de droit pénal social**

L'infraction de travail dissimulé est intégrée, aujourd'hui, dans le droit pénal social, et abordée sous l'angle du préjudice financier subi. Il faut impérativement prendre en considération d'autres infractions qui concourent à celui-ci, tels que l'incitation à la désaffiliation (CSS, art. L. 114-18, al. 1er [N° Lexbase : L137217X](#)) ou encore le délit de désaffiliation (CSS, art. L. 114-18, al. 2).

Au sens du Code du travail, constitue du travail dissimulé par dissimulation d'emplois salariés, d'abord, le fait de ne pas déclarer les personnes travaillant pour son compte : par exemple, l'absence de délivrance de bulletin de paie, de déclaration unique à l'embauche ou encore des heures supplémentaires non payées rémunérées sous la forme de faux frais professionnels, notamment quand ceux-ci sont forfaitaires et servis sur les mois de congés. Il y a, alors, non seulement une minoration volontaire du temps de travail effectif, mais également la rémunération de ces heures non déclarées. Ensuite, la dissimulation d'emplois salariés peut être réalisée par le recours à un faux statut permettant de présenter le travailleur comme stagiaire, travailleur indépendant ou auto-entrepreneur (par exemple, Uber) alors qu'en réalité, il exerce son activité sous la subordination juridique à l'égard d'un entrepreneur qui contrôle et dirige son travail. Cette optimisation sociale cherche (5) à contourner les règles du droit du travail et à éviter à l'entreprise le paiement de cotisation aux divers régimes de Sécurité sociale. Enfin, il y a celui qui n'accomplit pas, auprès des organismes de protection sociale, les déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales afférentes, telles que l'omission de déclaration des éléments relatifs aux salaires versés servant d'assiette aux cotisations sociales. Tel est le cas, par exemple, des pourboires centralisés par l'employeur, qui doivent être intégralement versés au personnel et venir s'ajouter au salaire fixe en tant que complément de salaire soumis aux cotisations sociales (6).

Quant au travail dissimulé par dissimulation d'activité, il consiste à se soustraire intentionnellement aux obligations d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, ou au répertoire des métiers, ou encore dans le défaut de déclaration en matière fiscale ou sociale. Sur ce dernier point, cette obligation concerne aussi bien l'obligation initiale d'immatriculation à l'Urssaf que les obligations récurrentes, telles que la déclaration de la masse salariale et l'autoliquidation des cotisations. Ainsi, une société peut s'être immatriculée au RCS, puis auprès de l'Urssaf, avoir réalisé la déclaration mensuelle de masse salariale et avoir donc respecté toutes ces obligations déclaratives, cela ne signifie pas qu'il n'y a pas de travail dissimulé, elle peut, notamment, avoir intentionnellement minoré ses déclarations.

S'il s'agit bien d'un délit intentionnel, la Chambre criminelle n'est pas très exigeante sur cet élément intentionnel (7), contrairement à la Chambre sociale. En revanche, elle apparaît, parfois, très rigoureuse pour retenir le travail dissimulé lorsqu'un dirigeant développe de manière habituelle, stable et continue, dans des locaux situés en France, une activité à but lucratif, quand bien même elle ne s'adresse pas principalement aux ressortissants français (8).

Les récentes évolutions dans les modes opératoires du travail dissimulé et dans l'ingénierie juridique déployée à cette fin, conduisent à s'interroger sur la question de savoir si le travail dissimulé n'est pas une infraction de droit pénal des affaires.

### **b – Le travail dissimulé, une infraction de droit pénal des affaires ?**

Si on ne peut affirmer que le travail dissimulé constitue une infraction de droit pénal des affaires, il faut constater que des analogies peuvent être soulignées, notamment, la typologie des fraudes (fraude transnationale, faux statut ex auto-entrepreneur), la minoration intentionnelle de déclaration sociale faite par des groupes de sociétés éphémères ou encore l'appréciation de l'élément moral de l'infraction de travail dissimulé, qui est souvent déduit de l'élément matériel : position de la Chambre criminelle et de la deuxième chambre civile, mais vision divergente de la Chambre sociale (9). Ces rapprochements avec le droit pénal des affaires sont encore renforcés depuis la loi "Savary", qui a ajouté une nouvelle circonstance aggravante, à savoir le travail dissimulé en bande organisée, qui permet, non seulement une aggravation des sanctions, mais surtout la compétence possible de la juridiction interrégionale spécialisée (JIRS) et la mise en œuvre éventuelle de la saisie conservatoire des avoirs criminels.

La question du rattachement au droit pénal des affaires est encore plus prégnante quand on analyse les montages de faux détachement de salariés qui peuvent mettre en péril la survie du système de Sécurité sociale, en particulier lorsque sont utilisés, par exemple, des montages de sociétés "en cascade" -qui sont difficiles à détecter et à détruire mais qui sont particulièrement nuisibles— ou encore le recours abusif aux entreprises de travail temporaire, en violation des règles de recours au travail temporaire (10). Il s'agit ainsi, soit d'éviter la soumission aux cotisations, soit d'empêcher le recouvrement ; tel est le cas des pratiques de transmission d'actifs que sont, notamment, la technique de la cession de créances, la cession de contrat (cession d'un marché au profit d'un tiers et donc l'ensemble des droits et obligations), la cession de fonds de commerce prévoyant la transmission des contrats commerciaux, ou encore la mise en location-gérance.

Face à ces comportements, il apparaît nécessaire de renforcer les moyens répressifs.

## **B – Mise en œuvre des moyens répressifs**

Si l'infraction est dissimulée, il est difficile, par nature, de détecter cette infraction qui peut, parfois, bien sûr, être dénoncée. Cela nécessite donc, d'abord, de constater l'infraction (a) et d'engager, ensuite, les actions en justice appropriées (b).

### **a – La constatation de l'infraction**

Au stade de la constatation des infractions, les agents de l'Urssaf ont la possibilité de verbaliser et de saisir directement le Parquet, à la différence de l'administration fiscale qui, elle, doit solliciter l'avis d'une commission de fraude fiscale pour obtenir l'autorisation de porter plainte. La jurisprudence reconnaît aux agents de contrôle, un "*pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des faits et des éléments de preuve*" (11).

Quant au contrôle proprement dit, les agents de contrôle dotés de moyens importants sont nombreux mais la loi a institué une concurrence certaine entre agents de contrôle du travail et/ou des organismes de Sécurité sociale et des officiers de police judiciaire (OPJ) et des agents de police judiciaire (APJ). Elle a pris, dans le même temps, le soin de leur conférer des pouvoirs d'enquête assez proches (réquisitions, audition, droit de visite ou perquisition) mais dont la mise en œuvre tend, notamment, à accroître les moyens d'action des uns en empruntant aux autres (par exemple, audition libre et assistance de l'avocat). L'évolution, en la matière, est venue renforcer les droits de la personne auditionnée dans le cadre de l'article L. 8271-6-1, alinéa 2 du Code du travail (N° Lexbase : L5006K8W), en lui conférant le droit à l'assistance de l'avocat. Toutefois, les récentes évolutions législatives (en 2014 et 2016) permettent aussi de conférer à l'OPJ des pouvoirs plus étendus, qu'il s'agisse de délits flagrants ou d'infractions de criminalité organisée, le travail dissimulé pouvant être recherché par la mise en œuvre de la plupart des moyens d'enquête dérogatoire prévus par les articles 706-80 et suivants du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L2773KGS), y compris ceux offerts par la loi du 3 juin 2016 (loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale N° Lexbase : L4202K87), sauf, notamment, la garde à vue.

### **b – Les actions en justice en matière de travail dissimulé**

En matière de travail dissimulé, outre l'action publique, des actions civiles peuvent être engagées, l'autorité du pénal sur le social étant admise, dès lors que la décision pénale est antérieure à la décision sociale (12). Les actions civiles sont possibles, même s'il existe des obstacles apparents, relatifs, d'abord, à l'action civile, tel que l'indemnisation forfaitaire, à propos de laquelle la Chambre criminelle (13) a jugé que la victime avait non seulement le droit de se constituer partie civile, mais aussi un droit à réparation, indépendamment de l'indemnisation forfaitaire qui a un caractère civil. De même, l'Urssaf peut se constituer partie civile (14), dès lors, l'existence d'une action en recouvrement ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action civile par l'Urssaf. Enfin, s'il y a connivence du salarié dans la mise en œuvre du travail dissimulé, cette connivence n'est pas un obstacle à la recevabilité de l'action civile du salarié car il devient, pour certains (15), l'auteur de l'infraction, alors que pour d'autres, il ne peut être le coauteur car seul l'employeur est visé par la loi, en revanche, il peut être le complice (16).

A ces moyens d'actions traditionnels, s'ajoutent, d'une part, l'ouverture depuis 2014, de l'action en substitution aux syndicats en matière de travail dissimulé (C. trav., art. L. 8223-4 N° Lexbase : L7733I3S et L. 1265-1 N° Lexbase : L7732I3R), qui est indépendante de la mise en mouvement éventuelle de l'action publique par le ministère public et, d'autre part, l'action peu pertinente de l'article 2-21-1 du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L2554LB9). Cette action, soumise à condition, peut être associée à l'article 2 du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L9908IQZ) et à l'indemnisation forfaitaire qui est, elle, le fruit d'une action à fins civiles.

Sur le terrain des sanctions pénales, les peines principales de 3 ans et 45 000 euros d'amende sont susceptibles d'aggravation dès lors que, notamment, l'infraction est commise en bande organisée, au sens du Code pénal. La bande organisée suppose la préméditation des infractions (17) et, à la différence de l'association de malfaiteurs, une organisation structurée entre ses membres. Mais, lors du jugement, il faut démontrer l'existence des éléments constitutifs, alors qu'au stade de l'enquête ou de l'instruction, des indices peuvent suffire pour recourir au cadre dérogatoire même si, finalement, la circonstance de bande organisée n'est pas retenue. On peut, alors, se demander si ces moyens dérogatoires sont en phase avec la gravité de l'infraction, d'autant que, sur la base de ce critère de gravité de l'infraction -pas d'atteinte à la vie, à la sécurité des personnes-, a été exclue la garde à vue...

L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 5 mars 2015 (18) permet d'envisager que, dans le cadre d'une fusion par absorption, il y ait, sous certaines conditions, transmission à la société absorbante de la responsabilité pénale de la société absorbée et donc possibilité d'être condamnée, après la fusion, à des peines d'amende pour

des infractions commises par la société absorbée.

Plus pertinentes sont les peines complémentaires, notamment, la confiscation dans une perspective de recouvrement des profits illégaux générés par le travail dissimulé.

Le donneur d'ordre s'expose, lui aussi, à un risque pénal. On soulignera l'intérêt de l'infraction de recours au travail dissimulé -à propos de l'obligation de vérification de la situation imposée par la loi-, qui constitue une "infraction-obstacle" visant à prévenir le travail dissimulé, sachant que cette infraction de recours au travail dissimulé est caractérisée indépendamment du délit de travail dissimulé, contrairement au recel de travail dissimulé qui suppose que soit préalablement établie l'infraction principale de travail dissimulé. Ce recours au travail dissimulé peut être illustré par l'obligation de vérification de la situation imposée par la loi.

Il faut regretter l'impossible application de la transaction pénale en matière de travail dissimulé. En revanche, la composition pénale pourrait être une alternative intéressante.

On le voit, le droit pénal ne suffit pas, à lui seul, à assurer une répression efficace du travail dissimulé, il convient d'adopter une action concertée visant à solliciter les différents moyens offerts par le droit pour optimiser la lutte contre le travail dissimulé.

## II – L'optimisation de la lutte contre le travail dissimulé

L'obligation d'adhérer au système de protection sociale est rappelée par la Cour de justice de l'Union européenne. Les Etats membres sont libres de mettre en place le système de Sécurité sociale de leur choix, dès lors qu'il est fondé sur la solidarité : il n'y a pas de concurrence et donc pas de contradiction avec le droit de l'Union européenne. La répression purement pénale s'avère souvent inopérante quand sont en cause, notamment, des pratiques de personnes morales qui utilisent les transmissions universelles de patrimoine : par exemple, pour échapper à leurs obligations, ou lorsque le délai de prescription est écoulé. Elle doit donc pouvoir être relayée, par d'autres dispositifs reposant, d'une part, sur des moyens relevant d'autres branches du droit et sur une responsabilité sociale et sociétale étoffée (A) et, d'autre part, sur le renforcement des droits des travailleurs (B).

### A – Des moyens étendus et une responsabilité sociale et sociétale étoffée

L'optimisation de la lutte contre le travail dissimulé passe par la coordination et la mise en œuvre des moyens autres que répressifs. Il convient, alors, de s'appuyer sur le droit des procédures collectives, ce qui permet d'agir, d'abord, à titre préventif, en prenant, notamment, des inscriptions sur le fonds, dans la potentielle procédure collective. Ensuite, l'Urssaf peut, en assignant en redressement ou en liquidation judiciaire, devenir partie à l'instance pour éviter de ne disposer que de la tierce opposition ou de ne pouvoir exercer un appel. De manière encore plus explicite, la déclaration de créances à titre provisionnel ou la désignation de l'Urssaf, en qualité de contrôleur, lui permet aussi de jouir de nombreux droits, dès lors que sa qualité de partie à l'instance pourra être démontrée par le fait que ses droits et obligations sont affectés, notamment quand elle a pris le soin d'inscrire ses créances. Même si des obstacles à la lutte sont décelables dans le droit des procédures collectives, cela tend à confirmer que le travail dissimulé est de plus en plus une infraction de droit pénal des affaires. L'optimisation du recouvrement est une course contre le temps, il faut donc lutter contre les pratiques de transmission d'actifs et ce, le plus vite possible. Il faut profiter des faiblesses de ces pratiques pour assurer la répression de ce montage, en se fondant notamment sur l'existence juridique des personnes morales, et obtenir en cas de procédure collective, la nomination d'un mandataire. Plus délicate est la situation de "dissolution-confusion" décidée par un associé unique, personne morale, qui pourra mettre en œuvre la transmission universelle de patrimoine en vue de faire disparaître la personne morale (C. civ., art. 1844-5, al. 3 [N° Lexbase : L2025ABM](#)). Dans ce cas, il y a dissolution de la société sans liquidation et les dettes sociales peuvent être acquittées par la société absorbante si elle est en France, sinon seule une transmission universelle de patrimoine transfrontalière -autrement dit, à une personne morale située à l'étranger— peut dissuader les créanciers d'agir. On peut alors recourir à la théorie de la fraude, illustrée par un arrêt de la Cour de cassation en 2012 (19), qui relève que l'opération a été réalisée sciemment, à l'insu des créanciers sociaux, et qu'elle était le fruit d'une "*ingénierie juridique*" visant, notamment, à éluder une éventuelle ouverture de procédure collective. La théorie de la fraude constitue alors un moyen de lutte.

C'est surtout la prise en compte des donneurs d'ordres qui permet d'étendre le champ de la lutte et d'assurer une véritable effectivité à la lutte contre le travail dissimulé. En sa qualité de donneur d'ordres, pèsent sur lui les obligations de vérification de la régularité de la situation du prestataire, par référence à la liste exhaustive de documents visés par le Code du travail (C. trav., art. D. 8222-5 [N° Lexbase : L2627IRQ](#)), mais aussi une obligation de contrôle tous les six mois, auxquels s'ajoutent un dispositif d'alerte -*via* les syndicats et les institutions représentatives du personnel-, notamment pour les donneurs d'ordres publics qui sont astreints à des obligations renforcées. Ainsi, le donneur d'ordres joue un rôle central dans la lutte, ce qui justifie sa responsabilité solidaire, une solidarité financière



qui est, avant tout, une garantie de recouvrement des créances (20) et, à ce titre, un moyen de prévention du travail dissimulé, et non une punition. Loin de constituer un dispositif dérogatoire, le mécanisme de la solidarité financière du donneur d'ordre doit être garant des principes fondamentaux de la procédure. La mise en œuvre de la solidarité financière nécessite le respect d'un certain nombre de conditions posées par la loi. L'Urssaf, quant à elle, peut agir contre le débiteur principal ou contre le débiteur solidaire, voire directement contre le débiteur solidaire.

On peut aussi compter sur le recours aux sanctions administratives. En effet, le législateur a renforcé les pouvoirs de sanction de l'Urssaf (réduction et exonération de charges reprises par l'Urssaf sans plafond). Il en va de même des majorations de retard propres au travail dissimulé (+ 25 %, voire 40 % si commise à l'égard de plusieurs personnes) ou encore de l'émergence d'un droit répressif non pénal, qui pose la question du cumul des sanctions administratives et pénales. Il faut souligner que la mise en œuvre du contrôle Urssaf se fait à charge (redressement) mais aussi à décharge (restitution). Autre moyen encore, sur le fondement du Code de la Sécurité sociale, il est possible de sanctionner le salarié en se fondant sur l'article L. 114-15 du Code de la Sécurité sociale (N° Lexbase : L8835KUR).

C'est enfin la responsabilité de la société civile, du citoyen, qui en faisant le choix de sociétés connues pour des pratiques de faux détachement, de faux statut ou de conditions de travail contraires à la dignité du travail, contribue à l'effondrement du système et aux distorsions de concurrence.

L'optimisation de la lutte contre le travail dissimulé passe donc par des actions concertées impliquant non seulement employeurs et salariés, mais plus largement la société civile. Il faut, également, assurer le renforcement des droits des travailleurs.

## B — Renforcement des droits des travailleurs

*"Le travail dissimulé est une infraction aux cent victimes et non une infraction sans victime"* (21). La lutte contre le travail dissimulé assure la protection de l'emploi et des conditions de travail du salarié. En effet, le travail illégal constitue une atteinte aux droits sociaux fondamentaux des travailleurs, qu'il s'agisse des droits individuels tirés du contrat de travail, tels que les salaires, les congés, les conditions de travail, la formation professionnelle, les droits collectifs garantis par le Code du travail ou les Conventions collectives. Ces travailleurs victimes de travail dissimulé sont, également, privés des allocations prévues par les régimes de Sécurité sociale (allocations familiales, chômage, maladie, accident de travail et retraite).

Outre les actions civiles, à sa disposition directe, ou par la voie de l'action en substitution exercée par le syndicat, ou encore l'action civile de l'article 2-21-1 du Code de procédure pénale, ces travailleurs, victimes de travail dissimulé, peuvent obtenir la requalification du contrat de travail quand, en réalité, ils ont exercé sous le faux statut d'auto-entrepreneur (par exemple, une société de gardiennage), dans la mesure où les dispositions du droit du travail et de la Sécurité sociale présentent un caractère d'ordre public. Sont particulièrement concernés par cette requalification le faux bénévolat, le faux stagiaire et le faux travail indépendant. L'indemnisation forfaitaire, elle, a un caractère civil et est destinée à compenser la difficulté qu'a le salarié à prouver le nombre des heures effectivement accomplies par le salarié.

Ainsi, dans un contexte de mondialisation où les stratégies d'entreprise (ingénierie juridique) sont déployées en vue d'obtenir une optimisation sociale pour les entreprises, il est indispensable de tracer une ligne de démarcation entre l'optimisation sociale légitime -en ce qu'elle vise la rentabilité de l'entreprise et les profits— et la fraude. Pour cela, des réformes sont à prévoir, non seulement dans le champ pénal mais aussi en droit des affaires. Par exemple, d'abord, en matière de prescription de l'action publique, à la différence du droit pénal des sociétés qui applique des règles dérogatoires, le délit de travail dissimulé est une infraction soumise au droit commun de la prescription de l'action publique ; autrement dit, le point de départ du délai de prescription est fixé au jour de la commission de l'infraction (C. proc. pén., art. 7 N° Lexbase : L9879IQX). L'application de la règle posée par l'article 7 du Code de procédure pénale ne soulève pas, en principe, de difficulté pour les infractions instantanées caractérisées, selon la Cour de cassation, par *"l'instantanéité de l'action ou de l'omission qui la réalise, et par l'épuisement en un instant de la volonté délictueuse de l'auteur"* (22). Certaines infractions se réalisent, cependant, *"par une action ou une omission qui se prolonge dans le temps"* et se caractérisent *"par la répétition constante de la volonté coupable de l'auteur"* (23). La Cour de cassation a décidé, pour ces infractions "continues", que la prescription ne commence à courir qu'à compter du jour où l'état délictueux a pris fin *"dans ses actes constitutifs et dans ses effets"* (24). La règle se complique, cependant, du fait que, même pour les infractions instantanées, le point de départ du délai de prescription peut être reculé. Tel est le cas en matière de travail dissimulé, infraction instantanée dont le délai de prescription de l'action publique commence à courir, selon la Chambre criminelle (25), à compter du jour où la relation de travail a pris fin.

Ensuite, la composition pénale qui, actuellement, ne s'applique pas en matière de travail dissimulé, pourrait être utilisée lorsque l'élément intentionnel est un peu fragile dans les faits, mais existe, contrairement aux présomptions de culpabilité posées par la Chambre criminelle (26).

Enfin, les lanceurs d'alerte, dont le statut est désormais défini par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (N° Lexbase : L6482LBP), pourraient, également, constituer un moyen efficace de renforcement des droits du salarié victime du travail dissimulé.

La justice pour le XXIème siècle ne pourra, à elle seule, lutter contre le travail dissimulé, le vrai défi reposant sur la société civile, qu'il s'agisse de la responsabilité sociale et sociétale des entreprises, de la place octroyée aux lanceurs d'alerte ou encore des coopérations à développer pour agir de concert et sanctionner le travail dissimulé. Un équilibre est à trouver, entre le développement des nouvelles activités dans le cadre d'une économie collaborative et participative et l'effectivité des règles applicables en matière sociale et fiscale pour lutter contre le travail dissimulé ou le faux travail indépendant dans les activités émergentes liées aux plateformes numériques.

(1) Cass. crim., 11 mars 2014, deux arrêts, n° 12-81.461, FS-P+B+I (N° Lexbase : A5032MGH) et n° 11-88.420, FS-P+B+I (N° Lexbase : A5033MGI).

(2) Condamnation de Uber aux Etats-Unis, Tribunal de San Francisco, 16 juin 2015, Uber Technologies Inc. c/ Barbara Berwick et en Angleterre : Tribunal de Londres, 28 octobre 2016, Aslam, Farrar and Others c/ Uber.

(3) Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (N° Lexbase : L8436KgC), art. 60.

(4) Cass. crim., 22 juin 2016, n° 14-80.041, F-P+B (N° Lexbase : A2435RUQ).

(5) R. Salomon et A. Martinel, *Droit pénal social*, Economica, n° 426, 2016.

(6) Cass. crim., 1er décembre 2015, n° 14-85.480, F-P+B (N° Lexbase : A6149NYE), Dr. soc., 2016, p. 34 et s., note R. Salomon.

(7) F. Chopin, *L'actualité jurisprudentielle du travail dissimulé*, AJP, 2016, p. 348 et s..

(8) Cass. crim., 7 juin 2016, n° 14-87.369, F-D (N° Lexbase : A6844RSB).

(9) Cass. soc., 16 juin 2015, n° 14-16.953, F-P+B (N° Lexbase : A5159NLN).

(10) Cass. crim., 10 mai 2016, n° 14-85.318, F-P+B (N° Lexbase : A0848RP4), RPDP, mars 2016, p. 683, nos obs..

(11) Cass. civ. 2, 28 mai 2014, n° 12-21.397, F-D (N° Lexbase : A6139MP3).

(12) A. Botton, *L'autorité de la chose jugée au pénal sur le social*, Dr. pén., 2014, n° 9.

(13) Cass. crim., 16 avril 2013, n° 12-82.288, F-D (N° Lexbase : A5014KD3).

(14) Cass. crim., 13 mai 2014, n° 13-81.240, F-P+B+I (N° Lexbase : A9734MKQ).

(15) Cf. R. Salomon, *Droit pénal social*, préc., n° 460 et s..

(16) F. Salas, *La mise en cause des bénéficiaires du travail clandestin*, Dr. soc., 1996, p. 913.

(17) Cass. crim., 8 juillet 2015, n° 14-88.329, F-P+B (N° Lexbase : A7648NMg).

(18) CJUE, 5 mars 2015, aff. C-343/13 (N° Lexbase : A6841NCD).

(19) Cass. com., 11 septembre 2012, n° 11-11.141, F-P+B (N° Lexbase : A7417ISI).

(20) Cons. const., décision n° 2015-479 QPC du 31 juillet 2015 (N° Lexbase : A0565NNA).

(21) M. Segonds, colloque "*La lutte contre le travail dissimulé : valorisation de l'optimisation sociale et répression de la fraude*", Faculté de Droit, Aix-en-Provence, 18 novembre 2016.

(22) Cass. crim., 7 novembre 2000, n° 00-81.402, publié (N° Lexbase : A5284CGS).

(23) Cass. crim., 7 novembre 2000, n° 00-81.402, préc..

(24) Cass. crim., 19 février 1957, Bull. crim. 1957, n° 166.

(25) Cass. crim., 17 mars 2015, n° 13-87.950, F-D (N° Lexbase : A1826NED).

(26) Nos obs., *Réflexions autour de la présomption d'innocence*, in *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, éd. LexisNexis, 2017.