

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LA FRAUDE SOCIALE CONFRONTÉE AU DROIT PÉNAL : L'EXEMPLE DU TRAVAIL
DISSIMULÉ*

MARIE-CÉCILE AMAUGER-LATTES; STÉPHANE LEPLAIDEUR

Référence de publication : Revue Lamy Droit des affaires supplément Juin 2015 (105)

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LA FRAUDE SOCIALE CONFRONTÉE AU DROIT PÉNAL : L'EXEMPLE DU TRAVAIL DISSIMULÉ

Parce qu'elle représente par son ampleur une menace pour la pérennité de notre système de protection sociale, la fraude sociale constitue depuis une dizaine d'années une priorité d'action des pouvoirs publics. En témoigne l'arsenal répressif particulièrement conséquent dont elle est assortie et que viennent chaque année renforcer les lois de financement de la sécurité sociale.

La délimitation de la fraude sociale pose cependant problème et, en l'absence de définition légale de la notion, il n'est pas toujours évident de la distinguer d'autres notions comme l'erreur, l'optimisation ou encore l'abus de droit (Derue A., Cotisations : fraude, erreur, optimisation ... ?, Dr. soc. 2011, p. 508 ; Derue A., L'abus de droit en matière de cotisations et prélèvements sociaux, Dr. soc. 2009, p. 339). On peut néanmoins affirmer que constitue une fraude sociale tout acte intentionnel de contournement de la loi pour éluder le paiement d'une cotisation ou un prélèvement social ou pour bénéficier indument d'une prestation sociale (cf. Sauvé J.-M., Ouverture, Les entretiens du Conseil d'État [II], Fraudes et protection sociale, Dr. soc. 2011, p. 481). On observe ainsi que la fraude sociale vise tout à la fois la fraude aux prélèvements sociaux et la fraude aux prestations. Toutefois, celle-ci ne présentant pas de lien direct avec le droit pénal des affaires, notre étude portera sur la première (cela n'exclut pas l'existence d'un lien potentiel entre les deux. Cf. Ricordeau P., Une vision de l'Acosse sur la lutte contre les fraudes aux cotisations sociales, Dr. soc. 2011, p. 500). Il convient de souligner par ailleurs le caractère central de l'élément intentionnel dans la notion de fraude, lequel justifie la mobilisation du droit pénal en la matière. Mais cette mobilisation s'explique aussi et surtout par la gravité des conséquences de la fraude sociale et singulièrement de la fraude aux cotisations sociales (Sauvé J.-M., op. cit. ; cf., également, Cour des comptes, Rapport sur l'application de la LFSS, sept. 2014, p. 125).

Il en résulte que, même si les URSSAF peuvent qualifier de fraudes des irrégularités constatées à l'occasion des contrôles comptables d'assiette lorsqu'elles considèrent qu'elles présentent un caractère intentionnel, c'est le plus souvent dans le cadre de la lutte contre le travail illégal que la fraude aux cotisations sera sanctionnée. Plus précisément, ce type de fraudes tombe généralement sous le coup du délit de travail dissimulé, dont l'objet est a priori d'en sanctionner les manifestations les plus graves.

Depuis 1997, la détermination des pouvoirs publics à lutter contre la fraude sociale s'est traduite par un renforcement constant de son volet répressif au point qu'au fil des réformes, le travail dissimulé est probablement devenu l'un des délits les plus redoutables du code du travail. Cette rigueur se manifeste à plusieurs égards. L'organisation et le renforcement des moyens de contrôle sont de ce point de vue significatifs : multiplication et professionnalisation des agents, coopération et levée du secret professionnel, accroissement des moyens de détection, pouvoir de sanction (voir Mascala C., synthèse de la table ronde, suppl. RLDA 2015/105, n° 5649). Mais la rigueur du dispositif est également liée à l'infraction de travail dissimulé elle-même dont l'étendue et le régime permettent de sanctionner de très nombreux comportements frauduleux mais également, de façon plus discutable, non frauduleux.

L'élément matériel de l'infraction fait ainsi l'objet d'une définition large qui permet d'attirer dans le champ de la répression les comportements frauduleux les plus divers. Cependant, alors même que la sanction de la fraude, principalement de la fraude aux cotisations, constitue l'objet de l'infraction et en justifie la rigueur, curieusement, son élément matériel en est, à certains égards, déconnecté (I). Il en va de même de l'élément moral du délit mais cette fois en raison de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation dont les solutions sévères peuvent susciter des réserves au regard des principes juridiques. (II) Il est vrai que, du fait de sa lourdeur, la voie pénale reste relativement marginale. C'est probablement la raison pour laquelle, parallèlement à l'aggravation et à la diversification remarquables des sanctions pénales, le législateur recourt très largement aujourd'hui aux sanctions administratives. Il faut dire que le déploiement d'un « droit répressif non pénal » (Prétot X., Le droit répressif non pénal, Dr. soc. 2000, p. 964) présente de nombreux avantages. Certes, ce dernier obéit aux grands principes du droit répressif (Prétot X., La fraude aux cotisations : quelques observations à la lumière de la jurisprudence de la Cour de cassation, Dr. soc. 2011, spéc. pp. 516 et 517). Il est cependant beaucoup plus aisé à mettre en œuvre et surtout, comme le souligne une auteure, « il accroît la "certitude de la répression" » [la formule est empruntée à François Duquesne qui l'a employée à un autre propos, dans un article intitulé : Recours à un contrat inapproprié et intention coupable de travail dissimulé, Dr. soc. 2009,

p. 936] » (Del Sol M., Un cadre juridique en recherche d'équilibre, Dr. soc 2011, p. 491). Incontestablement très efficaces, les sanctions administratives laissent cependant peu de place à l'individualisation de la peine et accentuent le sentiment d'une répression sévère qui ne vise pas uniquement les fraudeurs (III).

I- UN ÉLÉMENT MATÉRIEL DÉCONNECTÉ DE LA FRAUDE

Alors même que le délit de travail dissimulé a pour objet de permettre la répression des fraudes aux prélèvements obligatoires, on constate que son champ matériel ne coïncide pas strictement avec la définition de la fraude. En effet, d'une part, la fraude n'est pas un élément constitutif de l'infraction (A), d'autre part, elle ne permet pas d'écarter le fait justificatif défini à l'article L. 8221-5 du code du travail (B).

A- Un élément matériel non cantonné à la fraude

Trois éléments caractérisent la fraude : l'intention, le manquement à des obligations et l'existence d'un préjudice (Sauvé J.-M., op. cit.). Or, indépendamment de l'élément intentionnel sur lequel nous reviendrons, le travail dissimulé est certes constitué par la violation de diverses obligations de déclaration, mais il ne requiert pas la constatation d'un préjudice fiscal ou social. L'infraction présente de ce fait un caractère technique qui n'est pas dénué d'intérêt. La nature des obligations concernées permet en effet de sanctionner la plupart des fraudes aux prélèvements sociaux. Il présente cependant l'inconvénient d'attirer dans le champ de la répression des situations dans lesquelles, à défaut de dommage, la fraude n'est pas caractérisée.

Le travail dissimulé est une infraction technique dont l'élément matériel est caractérisé par le fait de ne pas accomplir certaines formalités (pour endiguer le développement du phénomène, le délit de travail dissimulé est complété par deux « délits satellites », Salomon R. et Martinel A., Droit pénal social, Economica, Paris, 2014, p. 238 : la publicité tendant à favoriser le travail dissimulé et le recours aux services de celui qui exerce un travail dissimulé [L. 8221-1]). Il en résulte qu'il se caractérise par « un élément matériel extensif » (Salomon R. et Martinel A., op. cit., spéc. p. 215) susceptible de concerner les manifestations les plus diverses de la fraude aux cotisations et, contrairement à ce qui est parfois soutenu, pas uniquement les plus graves. En effet, toutes ou presque impliquent le manquement à l'une des obligations déclaratives entrant dans la définition du travail dissimulé. Ainsi, la fraude aux cotisations s'accompagne généralement d'une dissimulation totale ou partielle d'activité ou d'emploi salarié. Cette dissimulation peut être simple et directe, l'agent s'abstenant de procéder aux déclarations requises ou n'y procédant que partiellement. Mais elle peut être complexe et résulter de manœuvres parfois très sophistiquées visant à occulter, par exemple, l'exercice

d'une activité en France (fraude à l'établissement mais aussi recours à des sociétés boîte aux lettres ou réservoir de main d'œuvre), l'existence d'un contrat de travail ou encore le versement d'un salaire (par exemple, Cass. crim., 13 mai 2014, n° 13-81.240, Bull. crim., n° 132 ; concernant la typologie des fraudes, cf. Fournel J.-P., L'évolution des comportements frauduleux en matière de travail dissimulé, Dr. soc. 2011, p. 518 ; Guichaoua H., Quarante ans de lutte contre le travail illégal, Dr. soc. 2014, p. 59).

L'approche indifférenciée du traitement pénal de la fraude sociale peut paraître sévère, d'autant plus qu'il importe peu que le manquement soit isolé ou éphémère. Dans le silence des textes, le caractère habituel du comportement et sa durée sont effectivement indifférents. On peut rappeler par ailleurs que le repentir n'exonère en rien le coupable de sa responsabilité en sorte qu'une régularisation de la situation est indifférente au regard de la déclaration de culpabilité de l'agent. Cependant, elle permet tout d'abord de stigmatiser toutes les formes de fraude, y compris les plus « banales » ; l'enjeu est de taille tant il est vrai que la « tolérance de la société à la fraude » (Ricordeau P., op. cit.) est grande. Par ailleurs, eu égard à la diversité des comportements frauduleux, souvent difficiles à détecter et sans cesse renouvelés, le caractère extensif de l'élément matériel du travail dissimulé permet de garantir la répression face à l'inventivité des acteurs.

Mais, si le caractère compréhensif de l'élément matériel de l'infraction se justifie pleinement pour lutter contre la fraude, il est en revanche plus surprenant qu'il puisse être étendu à des comportements non frauduleux. Pourtant tel est bien le cas. En effet, le délit de travail dissimulé est caractérisé indépendamment de la constatation d'un préjudice fiscal ou social. Autrement dit, il importe peu que le prévenu, bien qu'ayant manqué à l'une de ses obligations, se soit acquitté des prélèvements obligatoires. On pense par exemple à un employeur qui n'aurait pas remis un bulletin de paie ou qui l'aurait remis tardivement, mais qui aurait néanmoins effectué les versements obligatoires (Cass. crim., 17 juin 2008, n° 07-87.518, Bull. crim., n° 155).

On peut en effet se demander si le traitement pénal de ces comportements est adapté. En faisant entrer dans le champ du travail dissimulé des comportements non dommageables, le texte d'incrimination ne s'écarte-t-il pas de son objet ? La cohérence de la politique pénale n'en ressort-elle pas troublée ?

Il est vrai que l'absence de préjudice sera en principe prise en compte par le Parquet au stade du déclenchement des poursuites et, dans le cas contraire (par exemple, en cas de citation directe par le salarié concerné), elle devrait l'être par le juge pour caractériser l'élément moral de l'infraction. Il convient en effet de souligner que le délit de travail dissimulé requiert que

l'intention de l'agent soit établie. Cependant, nous verrons que la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation relative à l'élément moral du délit exclut une telle prise en compte (voir infra).

B- Un fait justificatif indépendant de la fraude

Aux termes de l'article L. 8221-5 du code du travail, la mention sur un bulletin de paie d'un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli constitue le délit de travail dissimulé, sauf si cette mention résulte d'une convention ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail conclu en application du titre II du Livre 1er de la troisième partie du Code du travail.

Sont plus précisément concernés les conventions et accords collectifs dits de modulation, organisant la variation de la durée hebdomadaire du travail sur tout ou partie de l'année, ainsi que les conventions et accords collectifs autorisant les conventions individuelles de forfait annuel en jours ou en heures. L'application de ces conventions et accords, qui sont conclus au niveau de la branche ou de l'entreprise, peut en effet conduire à porter sur le bulletin de salaire un nombre d'heures de travail inférieur au nombre d'heures réellement accompli, dans la mesure où les heures supplémentaires sont alors décomptées dans les conditions définies conventionnellement et où le salaire peut être lissé sur tout ou partie de l'année. Cependant, dans ce cas, les mentions du bulletin de paie résultant de l'application d'une convention ou d'un accord conclu en application de la loi, le délit de travail dissimulé n'est pas constitué. Plus précisément la convention ou l'accord constitue alors un fait justificatif particulier qui exclut la matérialité de l'infraction (on note que l'infraction n'est pas davantage constituée lorsque les mentions du bulletin de paie résultent d'une organisation du temps de travail décidée unilatéralement par l'employeur dans le cadre de l'article L. 3122-3 du code du travail. On est alors en présence d'un fait justificatif au sens de l'article 122-4 du code pénal). Logique, la règle ne soulève pas d'objection. Cependant, l'application stricte qu'en a fait la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 16 avril 2013 peut susciter des réserves (Cass. crim., 16 avr. 2013, n° 12-81.767, Bull. crim., n° 89. Cf. Lhernould J.- P., Aménagement conventionnel du temps de travail et travail dissimulé par sous-évaluation du bulletin de paie, RJS 4/14, p. 227 ; cf., également, Frouin J.-Y. et Malabat V., Définition du travail dissimulé : dialogue ou op- position des chambres sociale et criminelle ?, Dr. pén. 2014, dossier, n° 4, p. 35).

En l'espèce, une entreprise de distribution de prospectus avait été condamnée pour travail dissimulé pour avoir mentionné sur les bulletins de paie de vingt-deux salariés un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli. La cour d'appel de Pau avait considéré que l'employeur ne pouvait se prévaloir de la convention collective nationale de la distribution car il n'en avait pas respecté les stipulations. Plus précisément, contrairement aux prévisions conventionnelles, il n'avait apporté aucun correctif aux distorsions entre les horaires définis par la convention collective et ceux réellement effectués par les salariés, en sorte que certaines heures accomplies n'avaient en fait pas été rémunérées. Pourtant la chambre criminelle censure l'arrêt au motif que la mention sur les bulletins de paie d'un nombre d'heures inférieur à celui réellement effectué résultait de la convention collective.

Autrement dit, pour la chambre criminelle, la convention ou l'accord confère une immunité pénale aux employeurs couverts, même s'ils n'en respectent pas les conditions. Faut-il en déduire, par exemple, que l'employeur qui aurait conclu une convention de forfait en jours ou en heures avec un salarié qui ne relèverait pas d'une catégorie de travailleurs concernée par le dispositif serait à l'abri de poursuites ? Et quid de l'application directe d'une convention ou d'un accord autorisant le recours au forfait, sans convention individuelle ?

Le fait justificatif suppose cependant que les stipulations conventionnelles soient valables. Mais quelle serait la solution lorsque l'insuffisance des garanties prévues par la convention collective au profit des salariés a conduit le juge à prononcer la nullité de la convention de forfait conclue entre l'employeur et le salarié ? La question se pose d'autant plus que plusieurs branches sont aujourd'hui concernées par de telles décisions de justice ? (cf., notamment, Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 11-28.398, Bull. civ. V, n° 117 ; Cass. soc., 11 juin 2014, n° 11-20.985, Bull. civ. V, n° 137 ; Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-14.540, Bull. civ. V, n° 250 ; Cass. soc., 4 févr. 2015, n° 13-20.891). Le fait justificatif est-il applicable ou doit-on considérer que les stipulations en cause ne peuvent justifier les mentions portées sur le bulletin de paie ? Une application stricte de l'article L. 8221-5 permettrait sans doute d'écarter la responsabilité de l'employeur, les stipulations conventionnelles servant de base à la convention individuelle de forfait (nulle) étant seulement insuffisantes. Dans le cas contraire, c'est l'élément intentionnel de l'infraction qui devrait permettre de déterminer la responsabilité de l'employeur. Or, en l'état de la jurisprudence pénale relative à l'élément moral du délit, seule l'erreur de droit pourrait permettre à l'employeur d'échapper à une condamnation (voir infra).

II– DES PRINCIPES JURIDIQUES MALMENÉS PAR LE JUGE PÉNAL

La jurisprudence de la chambre criminelle relative au travail dissimulé se caractérise par sa sévérité à l'égard des prévenus. Cette sévérité se manifeste tout d'abord en ce qui concerne l'élément moral de l'infraction : ce dernier fait en effet l'objet d'une appréciation abstraite en sorte que, de ce point de vue aussi, l'infraction apparaît détachée de la fraude (A). Elle se manifeste également au travers de la reconnaissance aux URSSAF d'un droit à réparation du préjudice financier résultant du non-paiement des cotisations et contributions sociales (B).

A– Un élément moral « vidé de sa substance » (Frouin J.-Y. et Malabat V., op. cit.)

Le travail dissimulé est une infraction intentionnelle qui, à ce titre, a vocation à sanctionner les comportements frauduleux. Aucun doute n'est permis sur ce point dans la mesure où, indépendamment du principe général de l'article 121-3 du code pénal, les textes d'incrimination mentionnent expressément cette exigence. Cependant, si l'intention de l'agent est expressément requise par les textes, la preuve en est grandement facilitée par le juge pénal, tant et si bien que, dans les faits, la répression ne dépend pas de cet élément.

Plus précisément, l'élément intentionnel requis est le dol général. L'agent doit avoir agi volontairement et en connaissance de cause, quels que soient par ailleurs ses mobiles (Cass. crim., 20 janv. 2009, n° 08-82.615). Cependant, il ressort très clairement des arrêts de la chambre criminelle qu'il n'appartient pas aux juges du fond d'apprécier le caractère volontaire de l'inexécution reprochée au prévenu ni le fait que ce dernier a agi en connaissance de cause. Plus précisément, nul n'étant censé ignorer la loi, l'intention de l'agent est suffisamment caractérisée par le manquement, nécessairement volontaire, à des obligations qui, sauf erreur de droit, étaient forcément connues de lui. Même si, d'un point de vue théorique, le raisonnement de la Cour n'est pas inconciliable avec la disparition des délits matériels consacrée depuis la réforme du Code pénal (Frouin J.-Y. et Malabat V., op. cit. ; signalons le rejet par la chambre criminelle d'une QPC soutenant qu'il résultait des textes une présomption de culpabilité contraire à l'article 9 de la Déclaration de 1789. La question portant sur l'application de la loi, la Cour a considéré qu'elle ne présentait pas un caractère sérieux ; Cass. crim. QPC, 25 juin 2010, n° 10-90.068), force est de constater que, dans les faits, il revient à déduire l'intention de la seule constatation de l'élément matériel. Ainsi, pour la chambre

criminelle, le fait de ne pas avoir remis un bulletin de paie (Cass. crim., 17 juin 2008, n° 07-87.518, Bull. crim., n° 155 : la chambre criminelle censure l'arrêt qui avait retenu la bonne foi des employeurs « sans répondre aux conclusions de la partie civile, qui faisait valoir que la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire, en l'espèce le défaut de remise de bulletins de paie, implique de la part de son auteur l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1er, du code pénal ») ou de ne pas y avoir mentionné le nombre d'heures de travail réellement accompli (Cass. crim., 9 nov. 2010, n° 10-81.074) et/ou de ne pas avoir procédé à la déclaration préalable à l'embauche (Cass. crim., 27 sept. 2005, n° 04- 85.558 ; Cass. crim., 12 mai 2009, n° 08-87.418 ; Cass. crim., 29 sept 2009, n° 08-82.691), caractérise l'intention de l'agent.

Sachant que les formalités dont l'omission constitue le travail dissimulé sont par ailleurs assorties de pénalités, ne conviendrait-il pas d'exclure du volet strictement pénal ceux dont la bonne foi peut être établie? La doctrine (Frouin J.-Y. et Malabat V., *op. cit.* ; Duquesne F., *op. cit.*) ne manque pas de souligner, en ce sens, l'approche moins systématique et plus équitable de la chambre sociale de la Cour de cassation, pour qui la caractérisation de l'intention de l'agent relève du pouvoir souverain des juges du fond, ces derniers ne pouvant la déduire du seul fait que l'employeur n'a pas respecté les formalités légales (Cass. soc., 22 mars 2011, n° 09-70.440 ; Cass. soc., 22 juin 2011, n° 09-67.993).

L'instabilité du droit conventionnel en matière de temps de travail et les conséquences pénales qui pourraient en résulter illustrent bien le caractère potentiellement inéquitable de la jurisprudence criminelle. On peut penser, en effet, que l'intention de l'employeur qui, en toute bonne foi, a mentionné sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, en application d'une convention de forfait déclarée nulle par le juge en raison de l'insuffisance des garanties prévues par la convention ou l'accord collectif de base, serait caractérisée ; et ce même si le texte de base est une convention de branche qui, le cas échéant, pourra avoir été étendue par le ministre du Travail (au contraire, pour la chambre sociale considère que, dans ce cas également, il appartient aux juges du fond de caractériser l'intention de l'employeur. Cass. crim., 27 juin 2012, n° 11-12.527 ; Cass. soc., 27 nov. 2013, n° 12-20.905). Dès lors, si l'on considère que les stipulations conventionnelles ne sont pas valables et ne peuvent justifier l'application de l'article L. 8221-5 du code du travail (voir supra), la seule cause d'exonération de responsabilité envisageable serait l'erreur de droit (C. pén., art. 122-3). Les chances de succès sont cependant minces tant les réticences de la chambre criminelle à l'admettre sont grandes. Elle pourrait néanmoins l'être dans l'hypothèse où la convention de branche en question a été étendue. Rappelons en effet que dans un arrêt du 24

novembre 1998 (Cass. crim., 24 nov. 1998, n° 97-85.378, RJS 2/99, n° 210, Dr. pén. 2000, p. 17), l'erreur de droit avait permis à un employeur d'être exonéré de sa responsabilité, l'infraction qui lui était reprochée ayant été commise en application d'un accord collectif conclu sous l'égide d'un médiateur désigné par le Gouvernement. Pour la Cour de cassation, le tribunal avait pu considérer que l'erreur invoquée résultait « d'une information erronée fournie par l'administration représentée aux négociations préalables à la signature de l'accord illicite ».

B- Des conséquences indemnitaires incertaines

À l'exception de la situation de travail dissimulé par simple omission de remise des bulletins de paie, sans préjudice pour les organismes de protection sociale (voir supra), l'indemnisation réclamée par les URSSAF et correspondant aux cotisations sociales éludées n'est pas sans poser quelques difficultés de qualification.

Si l'infraction est retenue au titre d'une dissimulation d'activité ou en raison de déclarations insuffisantes du nombre d'heures réellement exécutées, le préjudice en résultant pour les organismes sociaux semble évident puisque ceux-ci ont été privés de ressources. Mais en va-t-il également ainsi de l'existence d'un travail dissimulé par requalification d'une prestation réalisée par un sous-traitant en travail salarié ? Dans cette deuxième hypothèse, les régimes salariés de protection sociale ont nécessairement subi un préjudice. Il n'en demeure pas moins que des cotisations ont bien été acquittées par le travailleur auprès d'un autre régime pour couvrir, au moins en partie, des risques de même nature et dont il a pu percevoir des prestations qui n'ont, corrélativement, pas été assumées financièrement par le régime salarié.

C'est au travers de la qualification de sanction que le juge civil semblait avoir trouvé la solution, évitant le débat relatif au préjudice. Ainsi et par un arrêt du 9 mars 2006, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, constatant que la loi du 1er août 2003 (L. n° 2003-721, 1er août 2003, pour l'initiative économique) avait, dans son article 23, fait disparaître de l'article L. 120-3 du code du travail (devenu entre-temps l'article L. 8221-6 ; la loi du 21 décembre 2011 a, de nouveau, modifié l'article L. 8221-6 en réinscrivant cette possibilité de recouvrement de cotisations au titre « de la période pour laquelle la dissimulation d'emploi salarié a été établie ») l'obligation de versement des cotisations, interprétait le texte comme une loi pénale plus douce qui avait supprimé une sanction ayant pour objet de pénaliser le travail dissimulé. L'URSSAF ne pouvait donc pas recouvrer des cotisations sur la période passée pourtant retenue du chef de travail dissimulé lorsque le cocontractant, requalifié en salarié,

justifiait avoir été assujéti, sur cette même période, à un autre régime et pour les mêmes risques (Cass. 2e civ., 9 mars 2006, n° 04-30.220, Bull. civ. II, n° 73).

Or, c'est le droit à des dommages et intérêts équivalents aux cotisations éludées qu'adopte pour sa part la chambre criminelle. Après avoir admis le débat sur l'opposabilité à une URSSAF d'un accord d'exception validant le rattachement de salariés à un autre régime de sécurité sociale (Cass. crim., 11 mars 2014, n° 11-88.420, Bull. crim., n° 74), c'est ensuite et plus clairement sous le visa de l'article 1382 du code civil que les magistrats cassent et annulent un arrêt d'appel qui avait renvoyé l'Union de Recouvrement à saisir le tribunal compétent en paiement des cotisations éludées (Cass. crim., 13 mai 2014, n° 13-81.240, Bull. crim., n° 132). Elle reconnaît donc au juge pénal le droit d'indemniser l'organisme qui se présente comme victime d'un préjudice.

Mais le droit à réparation intégrale, sans perte ni profit, va obliger le juge à s'interroger sur la nature même de ce préjudice. Une URS- SAF, organisme de droit privé en charge d'une mission de service public a une compétence au titre du contrôle et du recouvrement des cotisations sociales dues aux autres organismes prestataires (CSS, art. L. 213-1), eux-mêmes juridiquement indépendants. Or, le montant des cotisations éludées porte principalement préjudice, non pas aux organismes collecteurs mais à ceux qui en sont les destinataires et qui financent les différentes prestations sociales (maladie, vieillesse, incapacité,...). Au mieux, l'Union de Recouvrement pourrait réclamer en réparation d'un préjudice propre, une indemnisation en rapport avec ses frais de gestion, calculés sur un pourcentage des cotisations éludées.

La sanction civile comme forme de réparation semble donc plus adaptée et nécessite que le juge pénal ne conserve sa compétence que pour les chefs de dommages découlant directement des faits qui sont l'objet des poursuites, par application des articles 2 et 3 du code de procédure pénale. Il doit renvoyer le débat sur les cotisations éludées devant le juge civil qui devra lui-même tirer les conséquences de cette qualification pour admettre que ce qui constitue une sanction pécuniaire est réductible par le juge, au nom du principe d'individualisation des peines.

III- UNE RÉPRESSION ADMINISTRATIVE PEU NUANCÉE

Pour plus d'efficacité de la lutte contre le travail dissimulé, le législateur s'est engagé dans deux voies.

Il s'efforce, en premier lieu, de renforcer le volet pénal en aggravant les peines encourues et en les diversifiant. L'aggravation des peines résulte, tout d'abord, de la définition de circonstances aggravantes (C. trav., art. L. 8224-2, modifié par L. n° 2014-790, 10 juill. 2014, visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale et L. n° 2014-1554, 22 déc. 2014, de financement de la sécurité sociale) justifiées par la fragilité de la victime (mineur de moins de 16 ans, C. trav., art. L. 8224-2, al. 1 ; personne vulnérable ou en état de dépendance, C. trav., art. L. 8224-2, al. 2), l'existence d'un trafic (infraction commise en bande organisée, C. trav., art. L. 8224-2, al. 3) ou, hypothèse pour le moins fréquente, le fait que l'infraction a été commise à l'égard d'au moins deux personnes. Elle résulte, ensuite, de la multiplication des peines complémentaires encourues par les personnes physiques (C. trav., art. L. 8224-3 et L. 8224-4) ou morales (C. trav., art. L. 8224-5), dont deux ont été introduites en 2014 par la loi Savary (L. n° 2014-790, 10 juill. 2014, op. cit.). Il s'agit de l'exclusion du bénéfice des aides publiques de la personne morale coupable de travail dissimulé, pendant cinq ans au plus (C. pén., art. 131-39, 12°) et, mesure inédite en matière sociale, de l'inscription de l'entreprise ou de la personne condamnée à une amende – dès le 1er euro – sur une « liste noire ». Inspirée de la méthode du name and shame pratiquée dans les pays anglo-saxons, cette mesure consistera pour le juge à ordonner la diffusion de la décision de condamnation, pour une durée maximale de deux ans, sur un site dédié du ministère du Travail. La mesure n'entrera en vigueur qu'après avis de la Cnil et adoption d'un décret. Il apparaît ainsi que si, comme on l'a vu, la volonté de l'agent ne pèse guère dans la caractérisation de l'infraction, le juge dispose de nombreuses possibilités, au stade du prononcé de la peine, pour procéder à son individualisation.

Parallèlement et en second lieu, l'option a été prise de renforcer le volet pénal du travail dissimulé en recourant à la répression administrative. Cette voie présente de nombreux avantages pour l'effectivité de la lutte contre le travail illégal ; elle présente néanmoins l'inconvénient de favoriser une répression qui laisse peu de place à l'individualisation de la sanction (A) et qui peut, au regard de l'objectif de lutte contre la fraude, se révéler, dans certains cas, contre-productive. Le cas des donneurs d'ordre en offre une illustration (B).

A- Des sanctions administratives appliquées dès verbalisation et automatiques

Au fil des lois de financement de la sécurité sociale, le volet administratif de la sanction du travail dissimulé s'est considérablement étoffé. Il faut dire que cette voie permet « de

gagner en promptitude et en efficacité » (Morvan P., Droit de la protection sociale, LexisNexis, 2013, p. 593).

Les sanctions administratives sont en effet prononcées sur la base d'un simple constat de travail dissimulé. Certes, cela implique que les agents de contrôle caractérisent le travail dissimulé, y compris dans son élément intentionnel (en revanche, la mise en œuvre d'un redressement forfaitaire consécutif à un constat de travail dissimulé ne requiert pas que soit établie l'intention de l'agent ; Cass. 2e civ., 14 oct. 2014, n° 13-22.943, Bull. civ. II, n° 206). La jurisprudence leur reconnaît cependant un « pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des faits et des éléments de preuve » (Cass. 2e civ., 28 mai 2014, n° 12-21.397). Par ailleurs, à l'instar de la chambre criminelle, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation considère « que la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article L. 8221-5 » (op. cit.). Il en résulte que les agents de contrôle peuvent décider que la violation des formalités caractérise l'intention.

La plupart des sanctions administratives permettent, par ailleurs, de garantir l'effectivité de la répression sans subir les aléas d'un procès. Elles sont, le plus souvent, indépendantes de l'issue ou même de l'engagement de poursuites pénales et ne doivent pas être spécialement motivées. Par exception, cependant, les mesures que le Préfet de département peut ordonner (à savoir, la fermeture de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction, pendant 3 mois au plus, assortie, le cas échéant, de la saisie conservatoire du matériel professionnel [C. trav., art. L. 8272-2] et l'exclusion des marchés publics pour 6 mois au plus [C. trav., art. L. 8272-4]) doivent faire l'objet d'une décision motivée et être justifiées par la répétition ou la gravité des faits et la proportion de salariés concernés (il résulte de la loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 que les faits doivent être graves ou répétés mais, qu'en toute hypothèse, la proportion de salariés concernés doit être prise en compte). Leur sort est par ailleurs lié au déclenchement de l'action publique et à l'issue du procès pénal en sorte qu'elles peuvent être analysées comme des sanctions anticipées. Plus précisément, le procureur de la République doit être avisé sans délai et la mesure est levée de plein droit lorsque l'affaire est classée sans suite, en cas de non-lieu, de relaxe ou encore, lorsque le juge ne prononce pas à titre de peine complémentaire, selon le cas, la fermeture d'établissement ou l'exclusion des marchés publics.

Les autres sanctions administratives du travail dissimulé sont, au contraire, totalement indépendantes de l'engagement d'une procédure pénale.

Certaines sont facultatives et ménagent un pouvoir d'appréciation à l'autorité compétente (URSSAF ou Pôle emploi) lorsqu'elle est informée de l'existence d'un procès-

verbal de travail illégal (En pratique, les PV dressés par les agents de contrôle sont centralisés au sein du CODAF qui les transmet aux autorités compétentes et au Préfet). C'est le cas du refus, pendant une durée de cinq ans maximum, de certaines aides publiques en matière d'emploi, de formation professionnelle et de culture (C. trav., art. D. 8272-1). Si elles ont déjà été perçues, l'autorité administrative peut demander le remboursement total ou partiel de celles attribuées au cours des douze mois précédant le procès-verbal (C. trav., art. L. 8272-1). Le prononcé de cette sanction est précédé d'une procédure contradictoire (C. trav., art. D. 8272-2).

Les sanctions financières sont, en revanche, automatiques et s'imposent dès verbalisation du travail dissimulé. Tel est le cas de la pénalité prévue en cas de non-respect de l'obligation de déclaration préalable à l'embauche (C. trav., art. L. 1221-11). Tel est également le cas de la majoration forfaitaire du montant du redressement des cotisations et contributions sociales mis en recouvrement à l'issue d'un contrôle URSSAF : la majoration est de 25 % ou, depuis la LFSS pour 2015, de 40 % lorsque le travail dissimulé concerne un mineur de moins de seize ans, une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur ou plusieurs personnes. Autrement dit, la majoration de 40 % s'applique automatiquement en cas de dissimulation totale ou partielle d'au moins deux salariés (CSS, art. L. 243-7-7).

Même s'il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une sanction, il faut en fin évoquer, en raison de ses conséquences, le refus de délivrance par l'organisme de recouvrement compétent de l'attestation de conformité que tout cocontractant doit remettre au donneur d'ordre pour l'exécution d'un travail, la fourniture d'une prestation de service ou l'accomplissement d'un acte de commerce. L'article L. 243-15, alinéa 2, du code de la sécurité sociale prévoit que « cette attestation est délivrée dès lors que la personne acquitte les cotisations et contributions dues à leur date d'exigibilité et, le cas échéant, qu'elle a souscrit et respecte un plan d'apurement des cotisations et contributions restant dues ou conteste leur montant par recours contentieux, à l'exception des recours faisant suite à une verbalisation pour travail dissimulé ». Il en résulte, selon l'Administration, qu'en cas de contestation des redressements consécutifs à « une verbalisation pour travail dissimulé ayant fait l'objet d'une transmission du procès-verbal au procureur de la République l'attestation ne peut être délivrée, sauf si la personne en cause bénéficie d'une relaxe dans le cadre de la procédure pénale » (Circ. intermin., 16 nov. 2012, relative à l'attestation de vigilance, p. 5). En revanche, le classement sans suite du procès-verbal ne permet pas la délivrance de l'attestation « tant que les faits en cause ne sont pas prescrits » (op. cit.).

Autrement dit, une entreprise qui aurait été suspectée de travail dissimulé par le passé ne peut plus bénéficier de cette attestation, même si elle n'a pas fait l'objet d'une condamnation définitive, sauf à accepter de payer l'ensemble des cotisations que lui réclame l'organisme de recouvrement.

Le dispositif est redoutable pour les entreprises concernées, qui faute d'attestation ne peuvent plus exercer d'activité industrielle ou commerciale, et sa conformité à la Constitution (présomption d'innocence, au principe d'égalité devant la loi, à la liberté d'entreprendre et principe de sécurité juridique) a été contestée. Plus précisément, une QPC avait été présentée à la Cour de cassation qui, considérant que le refus de délivrance de l'attestation pouvait être contesté, y compris par voie de référé, a refusé de la transmettre au Conseil constitutionnel (Cass. 2e civ. QPC, 5 juill. 2012, n° 12- 40.037, Bull. civ. II, n° 128). Cependant, la rédaction du texte de loi qui subordonne la délivrance de l'attestation, non pas à l'absence de condamnation, mais uniquement à l'absence de verbalisation laisse-t-elle une chance sérieuse de recours au juge ?

Le présumé innocent est donc, en l'état du texte, un présumé débiteur ...

B- Les sanctions à l'encontre des donneurs d'ordre

La sanction de la responsabilité solidaire à l'égard de celui qui n'a pas été vigilant est cohérente même si elle peut paraître disproportionnée car plaçant sur le même terrain de la réparation celui qui a simplement failli à une obligation formelle et celui qui a été complice de l'infraction. La loi punit ici une faute de négligence. La bonne foi du donneur d'ordre importe peu. L'URSSAF peut lui notifier un redressement au titre des cotisations dues par le co-contractant sans même attendre la défaillance de ce dernier.

La sanction liée à la perte des exonérations et réductions de cotisations dont a bénéficié le donneur d'ordre apparaît bien moins légitime car sans lien avec la responsabilité solidaire et pas davantage avec d'éventuelles défaillances dans la tenue des salaires et charges. Certes, la mesure est plafonnée mais comment considérer que ce qui constitue, non pas une réparation forfaitaire mais une sanction administrative, est compatible avec l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui exige que la peine soit strictement nécessaire et individualisée (Cons. const. QPC, 10 déc. 2010, n° 2010-72/75/82) ? Il faut que le juge puisse adapter cette sanction au comportement du donneur d'ordre, voire à sa situation financière.

La prévention du risque gagnerait en efficacité s'il était exigé, plutôt que la justification auprès du donneur d'ordre que le co-contractant est à jour de ses cotisations sociales, au moment où il contracte, un engagement sur le contenu de sa prestation. Par exemple, des éléments détaillés sur le nombre de salariés déclarés dans l'entreprise au jour de la signature du contrat, voire le nombre de personnes devant intervenir, leur qualité, un volume d'heures estimé. Ils permettraient ainsi de responsabiliser le donneur d'ordre et d'apprécier la cohérence entre les capacités futures du cocontractant et le contenu de la prestation proposée ce que l'attestation exigée ne remplit que très imparfaitement (pour l'Administration, le contenu de l'attestation tel qu'il est défini par l'article D. 243-15 du code de la sécurité sociale donne déjà un degré d'assurance que le prestataire est en mesure de réaliser la prestation envisagée, et qu'il déclare effectivement à l'organisme de recouvrement un nombre de salariés employés et des rémunérations cohérentes avec les besoins de la prestation, Circ. intermin., 16 nov. 2012, op. cit.).

Au final, on le constate, la gravité des conséquences de la fraude sociale a conduit les pouvoirs publics à mettre en place un dispositif de lutte très rigoureux, axé sur le contrôle et la sanction. En effet, la lutte contre la fraude sociale repose principalement sur une répression sévère, qui vise des comportements très divers, dont certains peuvent ne pas présenter les caractéristiques de la fraude. On peut cependant douter que la répression soit une réponse adaptée à ce type de comportements. La voie de la prévention serait probablement plus pertinente.