



**AVIS DE Mme TUFFREAU,
AVOCATE GÉNÉRALE RÉFÉRENDAIRE**

Arrêt n° 1173 du 5 décembre 2024 (F- B+R) – Deuxième chambre civile

Pourvoi n° 22-21.152

Décision attaquée : Cour d'appel de Bordeaux du 7 juillet 2022

L'union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (URSSAF) Aquitaine

C/

La société [3]

1. Faits et procédure

La société [K] [G] a fait l'objet d'un contrôle par l'URSSAF ayant abouti à un procès-verbal de travail dissimulé le 8 juin 2017.

L'inspecteur du recouvrement a constaté que la société [3] avait sous-traité les travaux à la société [K] [G] pour la période de janvier 2016 à juillet 2016.

Le 29 novembre 2017, l'URSSAF a notifié une lettre d'observations à la société [3] (la société) au titre de la mise en œuvre de la solidarité financière pour le recouvrement de la somme de 66 901 euros en cotisations, au motif qu'elle n'avait pas respecté les vérifications prévues à l'article D. 8222-5 du code du travail, à savoir la demande d'un extrait K bis ou carte répertoire des métiers et une attestation de fourniture de déclarations sociales et paiement des cotisations datant de moins de 6 mois (« attestation de vigilance »).

Le 7 décembre 2017, l'URSSAF a notifié une lettre d'observations au titre de l'annulation des exonérations du donneur d'ordre non vigilant à la suite d'un contrat de travail dissimulé du sous-traitant pour le recouvrement de la somme de 20 339 euros en cotisations.

L'URSSAF a ensuite adressé à la société le 1^{er} mars 2018 une mise en demeure de lui verser la somme de 73 725 euros, dont 66 901 euros de cotisations et 6824 euros de majorations de retard et, le 5 mars 2018, une mise en demeure de lui verser la somme de 22 332 euros, dont 20 339 euros de cotisations et 1993 euros de majorations de retard. Cette seconde mise en demeure a fait l'objet d'une contrainte le 11 avril 2018.

Après un recours infructueux devant la commission de recours amiable, la société a saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale de la Gironde. Par jugement du 13 janvier 2020, le tribunal judiciaire de Bordeaux a débouté la société de ses demandes et a validé les deux mises en demeure ainsi que la contrainte.

Par arrêt du 7 juillet 2022, la cour d'appel de Bordeaux a infirmé ce jugement et, statuant à nouveau, a prononcé la nullité de la mise en demeure du 1^{er} mars 2018 pour un montant de 73 725 euros et la contrainte du 11 avril 2018 pour un montant de 22 332 euros et a condamné l'URSSAF à rembourser à la société les sommes versées à ce titre.

Pour débouter l'URSSAF de ses demandes, la cour d'appel, après avoir relevé que le sous-traitant, qui venait de débiter son activité, avait produit le 30 décembre 2015 trois attestations sur l'honneur indiquant son numéro de registre du commerce, l'absence d'interdiction prévue aux articles 43 et 44 du code des marchés publics et l'engagement d'employer des salariés régulièrement déclarés auprès des organismes sociaux, une attestation RSI datant du 6 janvier 2016 et un extrait d'immatriculation au répertoire des métiers le 24 mars 2016, en a déduit que la société avait « satisfait aux exigences de l'article D. 8222-5 du code du travail du fait de la remise des documents précités » et que le chantier s'étant achevé en juillet 2016, le sous-traitant n'était plus tenu de fournir une attestation de vigilance renouvelée comme la société lui avait demandé.

2. Afin de lutter contre le travail dissimulé, le législateur a entendu responsabiliser le donneur d'ordre en lui imposant une obligation de vigilance particulière. Ainsi, l'article L. 8222-1 du code du travail dispose :

« Toute personne vérifie lors de la conclusion d'un contrat dont l'objet porte sur une obligation d'un montant minimum en vue de l'exécution d'un travail, de la fourniture d'une prestation de services ou de l'accomplissement d'un acte de commerce, et périodiquement jusqu'à la fin de l'exécution du contrat, que son cocontractant s'acquitte :

1° des formalités mentionnées aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5 ;

2° de l'une seulement des formalités mentionnées au 1°, dans le cas d'un contrat conclu par un particulier pour son usage personnel, celui de son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité, concubin, de ses ascendants ou descendants.

Les modalités selon lesquelles sont opérées les vérifications imposées par le présent article sont précisées par décret. »

Le donneur d'ordre doit donc vérifier préalablement à la conclusion d'un contrat de sous-traitance, que son sous-traitant s'acquitte des formalités permettant d'écarter des infractions de travail dissimulé par dissimulation d'activité ou dissimulation d'emploi salarié. Le donneur d'ordre doit donc demander à son sous-traitant de lui apporter la preuve. Cette obligation de vérification joue non seulement lors de la conclusion du contrat mais également tous les six mois jusqu'à la fin du contrat (article D. 8222-4 du code du travail).

Si le donneur d'ordre méconnaît cette obligation, il sera tenu solidairement 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 » (article L. 8222-2 du code du travail).

Cette vérification est présumée réalisée par la remise de documents prévus à l'article D. 8222-5 du code du travail qui, dans sa rédaction issue du décret n° 2011-1601 du 21 novembre 2011, applicable au litige, dispose que :

« La personne qui contracte, lorsqu'elle n'est pas un particulier répondant aux conditions fixées par l'article D. 8222-4, est considérée comme ayant procédé aux vérifications imposées par l'article L. 8222-1 si elle se fait remettre par son cocontractant, lors de la conclusion et tous les six mois jusqu'à la fin de son exécution :

1° Une attestation de fourniture des déclarations sociales et de paiement des cotisations et contributions de sécurité sociale prévue à l'article L. 243-15 émanant de l'organisme de protection sociale chargé du recouvrement des cotisations et des contributions datant de moins de six mois dont elle s'assure de l'authenticité auprès de l'organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale.

2° Lorsque l'immatriculation du cocontractant au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers est obligatoire ou lorsqu'il s'agit d'une profession réglementée, l'un des documents suivants :

- a) Un extrait de l'inscription au registre du commerce et des sociétés (K ou K bis) ;
- b) Une carte d'identification justifiant de l'inscription au répertoire des métiers ;
- c) Un devis, un document publicitaire ou une correspondance professionnelle, à condition qu'y soient mentionnés le nom ou la dénomination sociale, l'adresse complète et le numéro d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ou à une liste ou un tableau d'un ordre professionnel, ou la référence de l'agrément délivré par l'autorité compétente ;
- d) Un récépissé du dépôt de déclaration auprès d'un centre de formalités des entreprises pour les personnes en cours d'inscription. »

Toutefois, les documents énumérés par l'article D. 8222-5 du code du travail sont les seuls dont la remise permet à la personne dont le cocontractant est établi en France, lorsqu'elle n'est pas un particulier répondant aux conditions fixées par l'article D. 8222-4, de s'acquitter de l'obligation de vérification mise à sa charge par l'article L. 8222-1 (2e Civ., 11 février 2016, pourvoi n° 15-10.168, Bull. 2016, II, n° 50, pourvoi n° 14-10.614, Bull. 2016, II, n° 50).

À cet égard, l'avocate générale, Madame Élisabeth Lapasset, relevait que « *Permettre que le donneur d'ordre soit exonéré de toute responsabilité en se "contentant" de faire signer un engagement de respecter la législation du travail ou de se faire remettre un bilan de la société réduirait les efforts de lutte contre la fraude. En particulier, il manquerait l'attestation de fourniture de déclarations sociales émanant de l'organisme de protection sociale chargé du recouvrement des cotisations et des contributions sociales incombant au cocontractant et datant de moins de six mois que ne remplacerait ni l'attestation sur l'honneur ni le bilan. Enfin, c'est ouvrir la porte à un lourd contentieux dans lesquels les juges devront déterminer les pièces susceptibles ou pas de remplacer celles de l'article D. 8222-5.* »

Suivant cet avis, la deuxième chambre civile a donc adopté une interprétation stricte et littérale de l'article D. 8222-5 du code du travail. Toute société qui ne se fera pas remettre par son cocontractant les documents mentionnés par l'article D. 8222-5 du code du travail, en ce notamment l'attestation de vigilance prévue au premierement de cet article, n'a pas

procédé aux vérifications qui lui incombait et doit donc être tenue à la solidarité financière prévue par l'article L. 8222-2.

2. L'application de cette jurisprudence au cas d'espèce pose toutefois difficulté. En effet, aux termes de l'article L. 243-15 du code de la sécurité sociale, dans sa version en vigueur du 25 décembre 2013 au 14 juin 2018, applicable au litige, « 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. »

Or, en l'espèce, il ressort du procès-verbal de travail dissimulé que, si Madame [K] [G] était immatriculée en qualité de travailleur indépendant depuis le 1^{er} octobre 2015, **l'entreprise [K] [G] n'a en revanche été immatriculée en qualité d'employeur de personnel que depuis le 12 janvier 2016 auprès de l'URSSAF.** Elle ne pouvait donc fournir lors de la conclusion du contrat ou même lors du début de l'exécution de celui-ci au mois de janvier 2016 une telle attestation.

Cette difficulté a été réglée par la **loi n° 2021-1754 du 23 décembre 2021** de financement de la sécurité sociale pour 2022, qui a modifié l'article L. 243-15 du code de la sécurité sociale. Cet article prévoit désormais que « **Pour le travailleur indépendant débutant son activité** et non encore tenu de déclarer ou de payer des cotisations et contributions sociales, une **attestation provisoire** est délivrée dès lors que l'activité a été régulièrement déclarée et que l'ensemble des formalités et procédures afférentes à la création d'activité ont été respectées. L'attestation provisoire n'est valide que pour la période courant jusqu'à la première échéance déclarative ou de paiement à laquelle le travailleur indépendant est soumis » (article 19 de la loi n°2021-1754 du 23 décembre 2021 de financement de la sécurité sociale pour 2022).

À ce titre, il résulte de « l'évaluation préalable des articles du projet de loi » de financement de la sécurité sociale pour 2022 (p. 81-82) que « les entrepreneurs ayant débuté leur activité il y a moins de trois mois et qui n'ont pas encore été redevables de cotisations et contributions sociales n'ont pas accès à l'attestation de vigilance qui est délivrée dès lors que la personne effectue ses démarches déclaratives et acquitte les cotisations et contributions dues à leur date d'exigibilité. Pour les travailleurs indépendants, les attestations ne peuvent ainsi être obtenues que tardivement puisque les cotisations et contributions sociales forfaitaires de début d'activité sont acquittées après un report d'exigibilité de 90 jours pour les premières échéances. »

Depuis le 25 décembre 2021, date de l'entrée en vigueur de la LFSS pour 2022, les entreprises débutant leur activité devraient pouvoir justifier d'une attestation de vigilance provisoire. S'agissant des modalités de délivrance de cette attestation, l'on remarquera toutefois que les dispositions réglementaires, plus particulièrement l'article D. 243-15 du code de la sécurité sociale portant sur la délivrance de l'attestation de vigilance, n'a pas été modifié.

3. Qu'en est-il des situations antérieures à la modification de l'article L. 243-15 du code de la sécurité sociale ? En effet, les entreprises commençant leur activité, comme c'est le cas en l'espèce, n'étaient pas en mesure de se voir délivrer une attestation de vigilance et l'attestation provisoire n'existait pas encore.

Deux approches sont dès lors envisageables :

– la première approche considérerait que, bien que la délivrance de l'attestation de vigilance soit impossible, son absence doit être sanctionnée par la mise en œuvre de la solidarité

financière du donneur d'ordre. Cela aurait pour conséquence d'empêcher toute entreprise nouvellement créée d'exécuter un marché en qualité de sous-traitant.

– la seconde approche, plus pragmatique, consisterait à revenir, pour ce cas de figure uniquement, à la lettre de l'article L. 8222-1 du code du travail, aux termes duquel le donneur d'ordre doit prouver qu'il a vérifié lors de la conclusion du contrat, puis tous les 6 mois, que son sous-traitant a procédé aux déclarations qui doivent être faites aux organismes de protection sociale, en acceptant que cette preuve puisse être rapportée par d'autres éléments que la production de l'attestation de vigilance.

La première approche ne peut à mon sens être suivie. En effet, en interdisant au donneur d'ordre de contracter avec toute entreprise nouvellement créée, elle porte atteinte à la liberté d'entreprendre.

La seconde approche, qui ne concernera que les contrats de sous-traitance conclus antérieurement à la mise en place de l'attestation de vigilance provisoire, me semble plus en adéquation avec l'esprit des textes.

S'agissant des moyens de preuve apportés par le donneur d'ordre pour justifier de ce qu'il a rempli son obligation, ceux-ci me paraissent relever d'un **pouvoir souverain d'appréciation** des juges du fond, à condition toutefois que la preuve de l'impossibilité pour le sous-traitant de fournir une attestation de vigilance soit rapportée. La création récente de l'entreprise permettra de rapporter une telle preuve.

En l'espèce, l'on relèvera, s'agissant des pièces versées par le donneur d'ordre, que la société [K] [G], sous-traitant, n'a été immatriculée qu'à compter du 12 janvier 2016. Elle ne pouvait donc fournir à cette date une attestation de vigilance. Elle a en revanche fourni au donneur d'ordre une attestation RSI mentionnant un compte à jour s'agissant non de la nouvelle société créée, mais de Madame [K] [G] en son nom personnel. C'est attestation émise par le RSI constitue en effet une attestation de vigilance comme l'a relevé la cour d'appel, mais qui n'est pas relative à la société [K] [G].

Le sous-traitant s'est par ailleurs engagé à employer des salariés régulièrement déclarés auprès des organismes sociaux. S'il faut être prudent quant à la valeur à accorder à un tel engagement, l'on voit toutefois mal quel autre justificatif le donneur d'ordre aurait pu solliciter lors de la conclusion du contrat.

Les deux premières branches du moyen pourront donc être rejetées. Enfin, s'agissant de la troisième branche, qui porte sur le renouvellement de l'attestation de vigilance à l'issue de la période de six mois, la cour d'appel a relevé que le sous-traitant n'était plus tenu de fournir une attestation de vigilance renouvelée comme il le lui avait été demandé au regard de la date d'achèvement du chantier. Elle pourra donc être également rejetée.

AVIS DE REJET.