COUR DE CASSATION

INFORMATION relative à l'avis de l'avocat général

Dans les pourvois et requêtes dont est saisie la Cour de cassation, l'avocat général rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la Cour sur la portée de la décision à intervenir.

N° B2320333	
Décision attaquée : 25 mai 2023 de la cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion	

La société [2] C/ La caisse générale de sécurité sociale (CGSS) de la Réunion _____	
Sophie Tuffreau, avocate générale référendaire	**AVIS** **de l'avocat général**

Audience de formation de section du 30 septembre 2026, affaire n°1

1. Les faits et la procédure

À la suite d'un contrôle réalisé le 13 novembre 2018, la DIECCTE (Direction des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi) a dressé un procès-verbal d'infraction de travail dissimulé à l'encontre de la société [2] (la société).

Le 24 septembre 2019, la caisse générale de sécurité sociale de la Réunion (la caisse) a adressé à la société une lettre d'observations et, le 29 janvier 2021, l'a mise en demeure de payer la somme de 79 800 euros résultant du redressement forfaitaire de cotisations sociales et majorations de retard afférentes, faisant suite de cette constatation de travail dissimulé.

Après un recours infructueux devant la commission de recours amiable, la société a contesté cette mise en demeure devant le tribunal judiciaire de Saint-Denis de la Réunion.

Par **jugement du 2 mars 2022** , le tribunal a notamment débouté la société de sa demande de transmission du procès-verbal établi par la DIECCTE, annulé le redressement et les actes subséquents, et notamment la mise en demeure du 29 janvier 2021, et condamné la caisse à rembourser les sommes perçues.

Le tribunal a annulé le redressement au motif que la lettre d'observations ne comportait aucune mention relative au recueil préalable du consentement des personnes auditionnées dans le cadre de l'enquête alors même que, pour caractériser et évaluer la dissimulation d'emploi salarié à raison de l'absence de déclaration préalable à l'embauche (DPAE) pour les salariés [T] et [V] ainsi que la sous-déclaration de la masse salariale brute, l'inspecteur du recouvrement se fondait sur ces auditions.

Par **arrêt du 25 mai 2023** , la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion a notamment :

-infirmé le jugement sauf en ce qu'il a débouté la société de sa demande de transmission du procès-verbal de la DIECCTE ;

Statuant à nouveau sur les chefs de jugement infirmés,

-validé le redressement pour travail dissimulé par dissimulation du salarié Monsieur [V] et par sous déclaration de la masse salariale ;

-annulé le redressement pour travail dissimulé par dissimulation du salarié Monsieur [T] ;

-validé la mise en demeure dans la limite de 65 830 euros au titre des cotisations, contributions et majorations complémentaires, et 6519 euros au titre des majorations de retard afférentes ;

-condamné la société à payer à la caisse la somme de 72 349 euros au titre des cotisations, contributions, majorations complémentaires et majorations de retard concernant les années 2016 à 2018.

La cour d'appel a tout d'abord considéré que *« l'absence de consentement des personnes auditionnées n'était susceptible que de remettre en cause l'infraction de travail dissimulé par dissimulation des emplois salariés de MM. [T] et [V] et non l'infraction de travail dissimulé relevée concomitamment en suite de la constatation de sous-déclaration des masses salariales sur les années 2016 et 2018 »* .

Ensuite, elle a relevé que s'agissant de Monsieur [T], du gérant ainsi que de la compagne de ce dernier, interrogés sur place par les agents chargés du contrôle, les procès-verbaux des auditions n'étaient pas produits. Elle en a conclu que *« la société a été privée d'une garantie de fond qui vicie le contrôle opéré et le redressement pour travail dissimulé fondé sur leurs constatations »* .

Toutefois, elle a jugé que *« Si le redressement doit être annulé en ce qui concerne la dissimulation de M. [T], tel n'étant pas le cas de la dissimulation de M. [V] qui n'a pas été entendu sur place. La constatation de la dissimulation de ce salarié relève uniquement des constatations effectuées par les agents de contrôle et de l'audition du gérant du 26 novembre 2018 à laquelle il a expressément consenti »* .

À l'appui de son pourvoi, la société développe deux moyens de cassation. Le présent avis ne portera que sur le premier moyen. Dans une première branche, la société soutient que l'irrégularité affectant les auditions réalisées sans le consentement des personnes entendues rend le contrôle irrégulier et le redressement qui en est la suite doit être annulé. La seconde branche porte sur un grief de dénaturation.

Dans son pourvoi incident, la caisse fait grief à l'arrêt d'annuler le redressement pour travail dissimulé par dissimulation du salarié Monsieur [T], en faisant valoir que seule la

personne auditionnée a qualité pour invoquer la violation des dispositions de l'article L. 8271-6-1 du code du travail, et non la société employeur, même si les personnes entendues étaient ses salariés (première branche). Elle soulève par ailleurs un grief de dénaturation.

2. Avis

2.1. Sur les griefs de dénaturation

S'agissant du grief de dénaturation soulevé par le mémoire ampliatif (M1B2) , la cour d'appel a considéré que la constatation de la dissimulation de Monsieur [V] relevait uniquement des constatations effectuées par les agents du contrôle et de l'audition du gérant le 26 novembre 2018, alors qu'il ressort de la lettre d'observations que c'est au cours de son audition que Monsieur [T] avait remis à l'agent du contrôle le registre de main courante, sur lequel figurait le nom de M. [V].

La constatation de la dissimulation de Monsieur [V] est donc en réalité consécutive à l'audition de Monsieur [T]. Ce grief pourra être accueilli.

S'agissant du grief de dénaturation soulevé par le mémoire incident (MUB2), la cour d'appel a jugé que le gérant avait été entendu sur place, sans son accord. Or, il résulte de la lecture de la lettre d'observations, que seul M. [T], salarié, ainsi que la compagne du gérant, ont été entendus sur place. L'audition du gérant a été faite postérieurement, le 26 novembre 2018, la cour d'appel relevant par ailleurs que ce dernier y avait *« expressément consenti »* .

En affirmant que le gérant avait été entendu sur place, la cour d'appel a donc dénaturé la lettre d'observations. Le grief de dénaturation peut donc également être accueilli.

2.2. Sur le pourvoi incident de la caisse

Dans son pourvoi incident, la caisse demande à notre chambre de juger que l'employeur ne peut se prévaloir de l'absence d'audition de son salarié sur le fondement de l' **article L. 8271-6-1 du code du travail.**

Aux termes de cet article, « Les agents de contrôle mentionnés à l'article L. 8271-1-2 sont habilités à 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, y compris les avantages en nature. De même, ils peuvent entendre toute personne susceptible de fournir des informations utiles à l'accomplissement de leur mission de lutte contre le travail illégal ».

Sur ce fondement, notre chambre juge qu' *« Il résulte de l'article L. 8271-6-1 du code du travail que les auditions auxquelles les agents de contrôle procèdent pour la recherche et le constat des infractions en matière de travail illégal, ne peuvent être réalisées qu'avec le consentement des personnes entendues. Les dispositions qui confèrent aux agents de contrôle des pouvoirs d'investigation sont d'application stricte »* (sommaire, 2e Civ., 19 septembre 2019, pourvoi n° 18-19.929).

Toutefois, comme le relève le rapporteur, la question ne s'est jamais posée dans les termes posés par le moyen développé par la caisse.

À cet égard, la caisse se prévaut de la jurisprudence récente de la chambre criminelle laquelle a jugé, dans un arrêt du 16 janvier 2024, depuis confirmé, que *« l'exigence du consentement, préalable à son audition, de la personne entendue en application des dispositions de l'article L. 8271-6-1 du code du travail ne vise qu'à la protection des intérêts de celle-ci. Ainsi, les sociétés requérantes n'avaient pas qualité pour invoquer leur violation, même si les personnes entendues étaient leurs salariés »* [1].

Ainsi, aux termes de la jurisprudence de la chambre criminelle, la société poursuivie du chef de travail dissimulé n'a pas qualité pour invoquer la violation de ce texte, même si les personnes entendues étaient ses salariés.

Cette différence peut s'expliquer par le fait qu'en matière pénale, les dispositions de l'article L. 8271-6-1 du code du travail ont vocation avant tout à protéger la personne entendue, et ce notamment depuis l'introduction, par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, d'un alinéa renvoyant à l'article 61-1 du code de procédure pénale sur l'audition libre. Dans cette logique, seule la personne qui a été entendue peut se prévaloir de son absence de consentement.

Cette jurisprudence se justifie par ailleurs par les dispositions de l'article 802 du code de procédure pénale , aux termes duquel « en cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne ».

Une telle disposition n'existe pas en droit de la sécurité sociale, de sorte qu'il n'existe aucun fondement permettant de priver d'effet les dispositions de l'article L. 8271-6-1 du code du travail , aux termes duquel les agents chargés du contrôle doivent recueillir l'accord de la personne auditionnée.

Par ailleurs, la transposition de la jurisprudence de la chambre criminelle n'aurait pas de sens en matière de sécurité sociale dès lors que le contentieux se noue entre un employeur et une caisse : affirmer que seule la personne entendue pourrait se prévaloir de son absence de consentement, aboutirait à vider de sa substance la garantie prévue par cet article.

Je suis donc au rejet de la première branche du moyen unique du pourvoi incident.

2.3. Sur le pourvoi principal

Le moyen développé par le cotisant porte sur les conséquences de l'audition non consentie quant à la validité du redressement, celui-ci faisant valoir que l'irrégularité affectant les auditions rend le contrôle irrégulier dans son ensemble et que le redressement subséquent doit être annulé.

À cet égard, il se prévaut de la jurisprudence de notre chambre et notamment de l'arrêt du 19 septembre 2019 précité.

Si cette jurisprudence doit à mon sens être suivie, elle doit, à l'occasion de la présente affaire, être précisée, en faisant la distinction selon qu'il existe un ou plusieurs chefs de redressement.

En effet, à mon sens, l'irrégularité affectant l'audition ne devrait pas entraîner la nullité du redressement dans son intégralité, mais uniquement celle des chefs de redressement en lien avec cette irrégularité. Dès lors, ce n'est que si le chef de redressement est fondé sur l'audition ou sur des actes subséquents trouvant leur origine dans cette audition, qu'il devrait être annulé.

À cet égard, il sera relevé qu' **en matière de redressement, notre chambre considère que l'irrégularité constatée n'emporte la nullité de l'ensemble de la procédure de contrôle et de redressement que si l'irrégularité affecte chacun des chefs de redressement envisagés** : *« la méconnaissance par l'organisme de recouvrement des garanties qu'il prévoit au bénéfice du cotisant n'emporte la nullité de l'ensemble de la procédure de contrôle et de redressement que si l'irrégularité affecte chacun des chefs de redressement envisagés »* (Cass. 2e civ., 8 juill. 2021, n° 20-16.846) .

Cette solution, qui tend à limiter la nullité des irrégularités commises par l'URSSAF aux seuls chefs de redressement au titre desquels l'irrégularité a été constatée, me paraît devoir être appliquée au présent cas d'espèce.

En l'espèce, la lettre d'observations comportait trois chefs de redressement relatifs au travail dissimulé : les infractions de travail dissimulé avec dissimulation d'emploi salarié, ces infractions concernant MM. [V] et [T], embauchés en 2018 (point n°1 de la lettre d'observations), l'infraction relative à la sous-déclaration des masses salariales des années 2016 et 2017 (point n°2 de la lettre d'observations) et, enfin, l'annulation des réductions et charges patronales suite au constat de travail dissimulé, qui est la conséquence des deux premiers chefs de redressement (point n° 3 de la lettre d'observations).

La cour d'appel a considéré que l'absence d'audition de M. [V] n'avait aucune incidence sur la validité du redressement, dans la mesure où son absence de déclaration relevait d'autres éléments. Elle a par ailleurs jugé que l'absence de consentement des personnes auditionnées n'était pas susceptible de remettre en cause l'infraction de travail dissimulé relevée concomitamment en suite de la constatation de sous-déclaration des masses salariales.

S'agissant de l'infraction de travail dissimulé avec dissimulation d'emploi salarié de M. [V] (point n°1) , s'il est fait droit au grief de dénaturation soulevé par le mémoire ampliatif, l'irrégularité affectant l'audition de M. [T] doit entraîner la nullité du chef de redressement de travail dissimulé avec dissimulation d'emploi salarié le concernant, quand bien même d'autres éléments sont susceptibles de l'étayer. Il pourrait par ailleurs être considéré que ce chef de redressement, qui concerne deux salariés, est indissociable.

S'agissant en revanche de l'infraction relative à la sous-déclaration des masses salariales (point n° 2) , elle ne peut à mon sens être affectée par l'irrégularité de l'audition de M. [T] ou de la compagne du gérant, ces auditions ne portant pas sur ce chef de redressement.

Ainsi que l'a relevé la cour d'appel, cette infraction résulte des constatations effectuées par les agents de contrôle ainsi que de l'audition du dirigeant, lequel a expressément consenti à être entendu (page 4 de l'arrêt d'appel).

Admettre que l'irrégularité affectant une audition réalisée dans le cadre du contrôle affecte l'ensemble des chefs de redressement, sans pour autant constater le lien entre cette

audition et le chef de redressement, entraînerait, comme le souligne le mémoire en défense, un effet d'aubaine.

Dès lors, si l'arrêt doit être cassé en ce qu'il a validé le redressement pour travail dissimulé par dissimulation du salarié M. [V], il doit en revanche être approuvé en ce qu'il a validé le redressement pour travail dissimulé par sous déclaration de la masse salariale.

Je suis donc à la cassation sur la première branche du premier moyen du pourvoi principal, mais uniquement en ce que la cour d'appel a validé le redressement pour travail dissimulé par dissimulation du salarié Monsieur [V], ainsi que, par voie de conséquence, sur la première branche du second moyen du pourvoi principal.

AVIS DE CASSATION.

---

[1] Crim., 16 janvier 2024, pourvoi n° 22-84.243.