COUR DE CASSATION

INFORMATION relative au rapport du conseiller rapporteur

Le présent rapport a été établi par un magistrat de la Cour de cassation, désigné conseiller rapporteur, en vue d'instruire une affaire (le « pourvoi en cassation ») soumise à la Cour de cassation. Au vu de ce rapport et des autres documents de la procédure, et après en avoir délibéré dans une formation de jugement comportant plusieurs juges, la Cour de cassation a tranché l'affaire par un arrêt, également diffusé sur Judilibre. Ce rapport est un document de travail préparatoire établi, d'abord, à l'intention des magistrats du siège de la Cour appelés à trancher l'affaire. Ces magistrats sont des spécialistes de la question de droit examinée dans le rapport, qui n'a dès lors pas vocation à faire une présentation doctrinale de l'état du droit, mais à procéder à l'analyse de la procédure, des éléments de droit pertinents et des éventuels enjeux juridiques de l'affaire. Conformément au principe du contradictoire, ce document est également communiqué aux parties ou à leurs avocats, ainsi qu'à l'avocat général. Enfin, ce rapport fournit une analyse à l'issue de laquelle le conseiller rapporteur ne donne pas son avis, lequel est soumis au secret du délibéré. Le rapport est donc toujours complété par deux autres documents établis par le rapporteur à l'intention des autres magistrats de la formation de jugement : une note d'avis et le ou les projets d'arrêts qu'il a préparés. Ces documents ne sont pas accessibles sur Judilibre.

N° B2320333	27 octobre 2025	C2	
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 _____	
rapporteur : Pascal Pédron	**RAPPORT**

Comportant proposition de rejet non spécialement motivé de la seconde branche du premier moyen du pourvoi principal, des deuxième à quatrième branches du second moyen du pourvoi principal, et de la seconde branche du moyen du pourvoi incident

TABLEAU SYNOPTIQUE DU RAPPORTEUR

Identification du ou des points de droit à juger	MUB1/PI:L'employeur a-t-il qualité pour invoquer l'absence de consentement préalable des personnes auditionnées, notamment du salarié, au soutien de sa contestation du redressement opéré par l'organisme de recouvrement suite à constat de travail dissimulé? M1B1/PP: Portée de l'irrégularité d'une audition non préalablement consentie: une telle irrégularité entraîne-t-elle nécessairement la nullité de l'entier redressement sur travail dissimulé, même s'il est éventuellement justifié par d'autres éléments postérieurs?
Appréciation de la question posée	□ question complexe ☒ question nouvelle importante ☒ question transversale à plusieurs chambres □ question sérielle

Proposition de rejet non spécialement motivé (art. 1014 CPC)	***M1B2 et M2B2àB4 du pourvoi principal de la cotisante*** ***MUB2 du pourvoi incident de la caisse***
Avis aux parties	□ déchéance relevée d'office □ moyen de cassation relevé d'office □ irrecevabilité d'un moyen relevée d'office □ éventuel rejet d'un moyen par substitution de motifs □ éventuelle cassation sans renvoi ☒ autre
Formation proposée (lorsque l'affaire n'est pas déjà audiencée)	□ formation restreinte □ formation de section ☒ option possible : formation restreinte ou de section
Le *cas échéant* , audiencement accéléré	□ intérêt d'un audiencement accéléré □ affaire déjà audiencée (art. 1012 du CPC)
En cas de publication de l'arrêt à rendre, intérêt de la diffusion du rapport sur Judilibre	☒ Oui □ Non

Nombre de projets d'arrêt préparés	□ un projet d'arrêt le cas échéant : □ avec variantes ☒ plusieurs projets d'arrêt : 3 le cas échéant : □ avec variantes

1 - Rappel des faits et de la procédure

Suite à 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 PV d' infractions de travail dissimulé à l'encontre de la société [2] dénommée [2] (la société). La caisse générale de sécurité sociale de La Réunion (la caisse) a mis en demeure, le 29 janvier 2021, la société de payer la somme de 79 801 euros résultant d'un redressement forfaitaire de cotisations sociales et majorations de retard afférentes, en suite de cette constatation de travail dissimulé.

Après vaine contestation devant la commission de recours amiable, la société a, le 26 mai 2021, saisi 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, notamment la mise en demeure du 29 janvier 2021 et condamné la caisse à rembourser les sommes perçues en conséquence de la mise en demeure.

Par arrêt du 25 mai 2023, la cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion a, entre autres dispositions :

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

Statuant à nouveau sur les chefs de jugement infirmés ;

-validé le redressement pour travail dissimulé par dissimulation du salarié M. [V] et par sous-déclaration des masses salariales ;

-annulé le redressement pour travail dissimulé par dissimulation du salarié M. [Z];

-validé la mise en demeure dans la limite de 65 830 euros au titre des cotisations, contributions et majorations complémentaires, et 6 519 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.

C'est la décision attaquée par un **pourvoi principal de la société** formé le 25 août 2023. **La caisse a formé pourvoi incident** le 27 mars 2024.

Procédure devant la Cour de cassation

Pourvoi	N° B2320333 Du 25 août 2023
Mémoire ampliatif	Déposé le 24 janvier 2024 (article 700 CPC : 4 000 euros), signifié à la caisse le 29 janvier 2024.
Mémoires en défense et pourvois incidents	- Mémoire en défense de la caisse déposé le 27 mars 2024 (article 700 CPC :3 500 euros). -Pourvoi incident de la caisse de même date.

La procédure semble régulière et l'affaire en état d'être jugée.

2 - Exposé des moyens

2.1 - POURVOI PRINCIPAL DE LA SOCIETE

2.1.1 - PREMIER MOYEN

La société fait grief à l'arrêt de valider le redressement pour travail dissimulé par dissimulation du salarié M. [V] et par sous-déclaration des masses salariales, valider la mise en demeure dans la limite de 65.830 euros au titre des cotisations, contributions et majorations complémentaires, et 6.519 euros au titre des majorations de retard afférentes, de la condamner à payer à la caisse générale de sécurité sociale de la Réunion la somme de 72.349 euros au titre des cotisations, contributions, majorations complémentaires et majorations de retard concernant les années 2016 à 2018, et de la débouter de ses demandes contraires, alors:

« 1°/ 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 ; 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 ; qu'en statuant comme elle l'a fait , après avoir relevé que faute de production des procès verbaux des auditions réalisées sur place lors du contrôle du 13 novembre 2018, il n'était pas vérifié le respect des dispositions de l'article L.8271-6-1 du code du travail concernant le consentement préalable des personnes entendues dans le cadre du contrôle, à savoir M. [Z], M. [G] et Mme [I] et que la société [2] avait été privée d'une garantie de fond qui vicie le contrôle opéré et le redressement pour travail dissimulé fondé sur leurs constatations (arrêt attaqué, p.3, §9 et §10), motif pris que le redressement pour dissimulation d'emploi salarié de M. [V] ne devait pas être annulé, ce dernier n'ayant pas été entendu sur place et la constatation de la dissimulation de ce salarié relevant uniquement des constatations effectuées par les agents de contrôle et de l'audition du gérant du 26 novembre 2018 à laquelle ledit gérant a expressément consenti et qu'il en était de même concernant le redressement résultant de la sous-évaluation des masses salariales, **la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L.8271-6-1 du code du travail ;**

2°/ que le juge a l'obligation de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis ; que la lettre d'observations du 24 septembre 2019 indique qu' « interrogé M. [Z] a déclaré […] avoir récupéré un registre de main courante à son arrivé » (production n°9, p.2) et qu'il a « par la suite présenté le registre de main courante concernant la période du 03/09/2018 au 13/11/2018 » (production n°9, p.2) et que « [l'agent de contrôle] a noté la présence du salarié M. [K] [V] sur ce registre en Novembre 2018 » (production n°9, p.2) ; qu'en jugeant que le redressement pour dissimulation d'emploi salarié de M. [V] ne devait pas être annulé, la constatation de la dissimulation de ce salarié relevant uniquement des constatations effectuées par les agents de contrôle et de l'audition du gérant du 26 novembre 2018 à laquelle ledit gérant a expressément consenti (arrêt attaqué, p.4§1), quand il ressort de la lettre d'observations du 24 septembre 2019 que c'est au cours de son audition que M. [Z] avait remis à l'agent de contrôle le registre de main courante sur lequel il a ensuite été relevé la présence de M. [V] , **la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de la lettre d'observations du 24 septembre 2019**

(production n°9), en méconnaissance de l'obligation faite au juge de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis .

2.1.2 - SECOND MOYEN

La société fait grief à l'arrêt de valider la mise en demeure dans la limite de 65.830 euros au titre des cotisations, contributions et majorations complémentaires, et 6.519

euros au titre des majorations de retard afférentes, de la condamner à payer à la caisse générale de sécurité sociale de la Réunion la somme de 72.349 euros au titre des cotisations, contributions, majorations complémentaires et majorations de retard concernant les années 2016 à 2018, et de la débouter de ses demandes contraires, alors:

« 1°/ que la cassation d'un chef de dispositif entraîne par voie de conséquence l'annulation de l'arrêt en ses dispositions qui s'y rattachent par un lien de dépendance nécessaire ; que, pour valider la mise en demeure dans la limite de 65.830 euros au titre des cotisations, contributions et majorations complémentaires, et 6.519 euros au titre des majorations de retard afférentes, pour condamner la [2] à payer à la caisse générale de sécurité sociale de la Réunion la somme de 72.349 euros au titre des cotisations, contributions, majorations complémentaires et majorations de retard concernant les années 2016 à 2018 et débouter celle-ci de ses demandes contraires, la cour a validé le redressement pour travail dissimulé par dissimulation du salarié M. [V] et par sous-déclaration des masses salariales ; que la cassation à intervenir de l'arrêt sur le premier moyen de cassation, en ce qu'il a été jugé que le redressement pour travail dissimulé par dissimulation du salarié M. [V] et par sous-déclaration des masses salariales était valide, entraînera, par voie de conséquence, en application de l'article 624 du code de procédure civile, la cassation de l'arrêt en ce qu'il a validé la mise en demeure dans la limite de 65.830 euros au titre des cotisations, contributions et majorations complémentaires, et 6.519 euros au titre des majorations de retard afférentes, condamné la [2] à payer à la caisse générale de sécurité sociale de la Réunion la somme de 72.349 euros au titre des cotisations, contributions, majorations complémentaires et majorations de retard concernant les années 2016 à 2018 et a débouté celle-ci de ses demandes contraires ;

2°/ que les juges ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont fournis par les parties au soutien de leurs prétentions ; que pour contester l'évaluation forfaitaire retenue par la Caisse Générale de Sécurité Sociale de la Réunion pour chiffrer le redressement pour travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié concernant M. [V], la société [2] produisait des pièces permettant de reconstituer le temps de travail comme la rémunération versée à M. [V] (productions n°5, n°20 et n°21) ; qu'en affirmant , pour retenir que la Caisse Générale de Sécurité Sociale de la Réunion a « procédé à bon droit à un redressement forfaitaire » (arrêt attaqué, p. 6, §3) s'agissant du redressement pour travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié concernant M. [V], que la société [2] n'apportait aucun élément probant permettant de déterminer la période d'embauche de M. [V] ni les salaires, sans analyser, ne serait-ce que sommairement, les pièces produites aux débats par la société [2] (productions n°5, n°20 et n°21), **la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile;**

3°/ que les juges ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont fournis par les parties au soutien de leurs prétentions ; que, pour contester l'évaluation retenue par la Caisse Générale de Sécurité Sociale de la Réunion pour chiffrer le redressement des cotisations résultant de

l'annulation des exonérations et réductions accordées sur la période concernée, la société [2] produisait des pièces permettant de reconstituer le temps de travail comme la rémunération versée à M. [V] (productions n°5, n°20 et n°21) ; qu'en affirmant, pour confirmer ce chef de redressement pour les sommes de 8.403 euros pour l'année 2016, de 1.166 euros pour l'année 2017 et de 27.971 euros pour l'année 2018 (arrêt attaqué, p. 7, §3), que la société [2] n'apportait aucun « élément probant » (arrêt attaqué, p. 7, §3), sans analyser, ne serait-ce que sommairement, les pièces produites aux débats par la société [2] (productions n°5, n°20 et n°21), **la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.**

4°/ que l'article L. 243-7-7 du code de la de la sécurité sociale, dans sa version applicable au litige, dispose que la majoration du montant du redressement des cotisations et contributions sociales mis en recouvrement à l'issue d'un contrôle réalisé en application de l'article L. 243-7 du même code ou dans le cadre de l'article L. 243-7-5 du même code est portée à 40 % dans les cas mentionnés à l'article L. 8224-2 du code du travail, parmi lesquels le fait de méconnaître les interdictions définies au même article L. 8221-1 du code du travail en commettant les faits à l'égard de plusieurs personnes ; que s'agissant du redressement pour travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié concernant M. [V], la cour d'appel a validé l'application de la majoration de 40% prévue par l'article L. 243-7-7 du code de la sécurité sociale pour un montant de 1940 euros (4850%*40%) en retenant « la présence d'infractions concernant plusieurs salariés » (arrêt attaqué, p. 6), et dans le même temps, a annulé le redressement pour travail dissimulé par d'emploi salarié pour M. [Z] ; **qu'en statuant ainsi, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article L. 243-7-7 du code de la sécurité sociale, dans sa version applicable à la cause.**

2.2 - POURVOI INCIDENT DE LA CAISSE

2.2.1 MOYEN UNIQUE

La caisse fait grief à l'arrêt d' annuler le redressement pour travail dissimulé par dissimulation du salarié M. [Z] et de valider par conséquent la mise en demeure dans la limite de seulement 65 830 euros au titre des cotisations, contributions et majorations complémentaires, et de seulement 6 519 euros au titre des majorations de retard afférentes, et de condamner la société [2] à payer à la CGSS de la Réunion uniquement la somme de 72 349 euros au titre des cotisations, contributions, majorations complémentaires et majorations de retard concernant les années 2016 à 2018, et de débouté la CGSS de la Réunion du surplus de ses demandes, alors:

« 1°/ - 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 visant qu'à la protection des intérêts de celle-ci, seule la personne auditionnée a qualité pour invoquer la violation de ces dispositions et non la société employeur, même si les personnes entendues étaient ses salariés ; qu'en l'espèce, la société [2] sollicitait l'annulation du contrôle et du redressement en se prévalant de l'absence de consentement préalable des personnes auditionnées ; qu'en faisant partiellement droit à sa demande en annulant le redressement pour travail dissimulé par dissimulation du salarié M. [Z], motif pris de ce que M. [Z], M. [G], gérant et Mme [I] sa compagne, avaient été auditionnés sans qu'il soit vérifié le respect des dispositions de l'article L. 8271-6-1 précité concernant leur consentement préalable, lorsque seules les personnes auditionnées avaient qualité pour invoquer la violation des dispositions de l'article L. 8271-6-1 du code du travail , **la cour d'appel a violé cet article.**

2°/ que le juge a l'obligation de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis ; qu'en l'espèce, la lettre d'observations du 24 septembre 2019 indiquait que le 13 novembre

2018, l'inspecteur du travail avait réalisé un contrôle sur le site du Pôle Sanitaire de l'Ouest, que lors de son passage sur le site du Pôle Sanitaire de l'Ouest, il avait « interrogé, M. [Z] », que « Ce même jour, M. [G] s'est présenté en tant que gérant de la société, accompagné de Mme [Q] [I], compagne du gérant et associée de la société. Mme [I] a déclaré que la société [2] intervient sur ce site depuis le mois d'avril 2018 en semaine de 17h à 7h et tout le week-end (24h/24h), et que le donneur d'ordre est la société [4]. Elle a reconnu l'absence de déclaration préalable à l'embauche (DPAE) concernant le salarié [X] [Z] (…) » et que « Le jour de l'audition, le 26/11/2018, dans les locaux de la DIECCTE, M. [R] [G] a déclaré : être le gérant de droit de la société [2] depuis 2013 -être en charge de la partie opérationnelle (…) A propos de M. [Z] il s'agissait de son premier soir , ne pas savoir qu'il fallait faire une DPAE, il n'a pas eu de contrat de travail car il a travaillé 2 jours - A propos de M. [V] ° il travaille depuis Octobre 2018 il n'a pas de contrat , il fait 5 à 6 vacations par mois (…) » ; qu'en énonçant que la lettre d'observations précisait que M. [G], qui avait rejoint le lieu du contrôle, avait été interrogé sur place sans que soit vérifié le consentement préalable à son audition, lorsqu'il ressortait de la lettre d'observations que le 13 novembre 2018, jour du contrôle sur le site du Pôle Sanitaire de l'Ouest, M. [G] n'avait fait que se présenter en

tant que gérant de la société sans être interrogé par les agents de contrôle et que ce n'était que le 26 novembre 2018, dans les locaux de la DIECCTE, qu'il avait été auditionné avec son consentement , **la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de cette lettre d'observations, en méconnaissance de l'obligation faite au juge de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis ».**

3 - Proposition(s) de rejet non spécialement motivé

En application de l'article 1014 du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur certains griefs, qui sont irrecevables ou qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation, pour les raisons suivantes :

PREMIER MOYEN DU POURVOI PRINCIPAL DE LA COTISANTE, PRIS EN SA SECONDE BRANCHE

M1B2/PP :Dénaturation de la lettre d'observations en ce que la cour d'appel a jugé que le redressement pour dissimulation d'emploi salarié de M. [V] ne devait pas être annulé du fait que la constatation de la dissimulation de ce salarié relevait uniquement des constatations effectuées par les agents de contrôle et de l'audition consentie du gérant du 26 novembre 2018 quand il ressort de la lettre d'observations que c'est au cours de son audition que M. [Z] avait remis à l'agent de contrôle le registre de main courante sur lequel il a ensuite été relevé la présence de M. [V].

La cour d'appel, après avoir relevé que la lettre d'observations précisait que M. [Z], présent lors du contrôle en situation de travail, avait été interrogé sur place par les agents en charge du contrôle sans que soit établi son consentement préalable à l'audition, a retenu 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.*

Si le redressement doit être annulé en ce qui concerne la dissimulation de M. [Z], tel n'était 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 (pièce 4 / appelante) » .

La lettre d'observations (productions MA, pièce n°9) précisait:

« Lors de son passage sur le site du Pôle Sanitaire de l`Ouest , [l'inspecteur du travail] *a constaté la présence d'un agent de sécurité, M. [Z] (...) en situation de travail, occupé à la surveillance extérieure du batiment.*

Interrogé, M.[Z] a déclaré :

- travailler pour la société [2] depuis le 13/11/2018 en qualité de maitre-chien (...)

- avoir récupéré un registre de main courante à son arrivée (...). Il a par la suite présenté le registre de main courante concernant la période du 03/09/2018 au 13/11/2018, Sur cette période, l'agent de contrôle a constaté que le salarié interrogé ne figurait pas sur ce document. A contrario, il a noté la présence du salarié M. [V] sur ce registre en Novembre 2018.

(...)

Les investigations menées par [l'agent de contrôle] *indiquent qu'au jour et heure du contrôle, M. [Z] n'a pas fait l'objet d'une DPAE pour la SARL [2]. De même, il a constaté l'absence de DPAE pour M. [V]. Il a relevé que la société n'avait plus effectué de DPAE depuis le 07/03/2016.*

(...)

Le jour de l'audition, le 26/11/2018, dans les locaux de la DIECCTE, M. [G] a déclaré :

- être le gérant de droit de la société [2] depuis 2013

(...)

- à propos de M. [V]

o il travaille depuis Octobre 2018

o il n'a pas de contrat

o il fait 5 à 6 vacations par mois

(...)

Il en ressort de l'examen de la situation que la SARL [2] n'a pas respecté son obligation d'établir les DPAE pour M. [Z] et M. [V] lors du contrôle du 13/11/2018 caractérisant ainsi l'infraction ».

La cour d'appel n'a pas dénaturé la lettre d'observations dès lors que M. [Z] n'a pas évoqué la situation de M. [V] dans ses déclarations.

SECOND MOYEN DU POURVOI PRINCIPAL DE LA COTISANTE, PRIS EN SES DEUXIEME À QUATRIÈME BRANCHES

SUR M2B2 ET B3/PP : la cour d'appel n'a pas analysé, ne serait-ce que sommairement les pièces permettant de reconstituer le temps de travail comme la rémunération versée à M. [V] , produites par la cotisante à l'effet de contester l'évaluation forfaitaire au titre de cet agent (B2) et le chiffrage du redressement des cotisations résultant de l'annulation des exonérations et réductions accordées sur la période concernée (B3).

L'article L. 242-1-2, alinéa 1er du code de la sécurité sociale dispose *« Pour le calcul des cotisations et contributions de sécurité sociale et par dérogation à l'article L. 242-1, les rémunérations qui ont été versées ou qui sont dues à un salarié en contrepartie d'un travail dissimulé au sens des articles L. 8221-3 et L. 8221-5 du code du travail sont, à défaut de preuve contraire en termes de durée effective*

d'emploi et de rémunération versée, évaluées forfaitairement à 25 % du plafond annuel défini à l'article L. 241-3 du présent code en vigueur au moment du constat du délit de travail dissimulé. Ces rémunérations sont soumises à l'article L. 242-1-1 du présent code et sont réputées avoir été versées au cours du mois où le délit de travail dissimulé est constaté ».

Il résulte par ailleurs de l'article L. 133-4-2 du code de la sécurité sociale applicable, qu'en cas de constat de travail dissimulé, les mesures de réduction et d'exonération, totale ou partielle, de cotisations de sécurité sociale ou de contributions dues aux organismes de sécurité sociale sont annulées, l'étendue de cette annulation -intégrale ou à due proportion -dépendant de l'importance des rémunérations dissimulées au cours du mois considéré.

Il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que « pour faire obstacle à l'application de l'évaluation forfaitaire de la rémunération servant de base au calcul du redressement, l'employeur doit apporter la preuve non seulement de la durée réelle d'emploi du travailleur dissimulé, mais encore du montant exact de la rémunération versée à ce dernier pendant cette période » (2e Civ., 25 septembre 2025, pourvoi n° 23-13.703; 2e Civ., 3 juin 2021, pourvoi n° 19-26.262 ; 2e Civ., 18 mars 2021, pourvoi n° 20-10.725; 2e Civ., 29 mai 2019, pourvoi n° 17-26.959 ;2e Civ., 29 mai 2019, pourvoi n° 18-16.324 ; 2e Civ., 9 novembre 2017, pourvoi n° 16-25.690, Bull. 2017, II, n° 209 ; 2e Civ., 9 mars 2017, pourvoi n° 16-10.117; 2e Civ., 15 décembre 2016, pourvoi n° 15-28.214; 2e Civ., 23 janvier 2014, pourvoi n° 12-28.552 ; 2e Civ., 19 décembre 2013, pourvoi n° 12-27.513, Bull. 2013, II, n° 241)

Au cas présent, la lettre d'observations a constaté qu' *« En vertu des textes ci-dessus, en présence d'un PV de travail dissimulé et en 'absence de tout élément permettant de justifier les périodes d'embauche de M. [Z] et de M. [V], ni les sommes qui leur ont été versées, il sera procédé à un redressement forfaitaire correspondant à 25% du PASS (Plafond Annuel de la Sécurité Sociale) de 2018 à la date du constat de l'infraction, soit le 13/11/2018 ».*

La cour d'appel a retenu qu' *«il est établi que M. [V] n'a bénéficié d'une DPAE que le 13 novembre 2018 à 19h30 soit postérieurement au contrôle.*

M. [G], gérant, a reconnu lors de son audition du 26 novembre 2018 que M. [V] travaillait depuis octobre 2018 sans contrat de travail et qu'il a accompli 5 à 6 vacations par mois.

La société n'apporte aucun élément contraire aux éléments détaillés par le document signé de l'inspecteur du recouvrement, (...) La société n'apportant aucun élément probant permettant de déterminer la période d'embauche de M. [V], les salaires versés, la caisse a procédé à bon droit à un redressement forfaitaire, les développements de la société de surcroît sur l'annulation des réductions ou exonérations de cotisations étant inopérants dans la mesure où le calcul de ce chef de redressement n'a pas concerné lesdites réductions et exonérations.

Par application des textes susvisés, ce redressement est calculé sur la base de 25 % du plafond annuel de la sécurité sociale (PASS) de 2018 (...) En l'absence de tout élément probant avancé par la société, le redressement des cotisations résultant de l'annulation des exonérations et réductions accordées par l'organisme sur la période concernée par la constatation de l'infraction de travail dissimulé, est également confirmé à hauteur de (...) »

Les pièces produites en appel par la cotisante (contrat de travail de M. [V], bulletin de paie de M. [V] du mois de novembre 2018, et une attestation de M. [V] -production MA pièces n°5, 20 et 21-) présentes des incohérences avec le contenu de l'audition du gérant du 26 novembre 2018 quant à la durée réelle d'emploi du salarié et le montant exact de la rémunération versée . La cour d'appel, qui n'avait pas à s'expliquer spécialement sur les documents qu'elle décidait d'écarter , a, dès lors, pu souverainement retenir que la cotisante ne produisait aucun élément probant à l'effet de contester tant l'évaluation

forfaitaire au titre de M. [V] que le chiffrage en résultant du redressement des cotisations résultant de l'annulation des exonérations et réductions accordées sur la période concernée.

Le grief des deux branches est, dès lors, infondé.

SUR M2B4 : la cour d'appel ne pouvait pas valider l'application de la majoration de 40% prévue par l'article L. 243-7-7 du code de la sécurité sociale, s'agissant du redressement pour travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié concernant M. [V], en retenant « la présence d'infractions concernant plusieurs salariés » alors

qu'elle avait annulé le redressement pour travail dissimulé par emploi salarié pour M. [Z].

Selon l'article L. 243-7-7 du code de la sécurité sociale applicable, « *I.- Le montant du redressement des cotisations et contributions sociales mis en recouvrement à l'issue d'un contrôle réalisé en application de l'article L. 243-7 ou dans le cadre de l'article L. 243-7-5 du présent code est majoré de 25 % en cas de constat de l'infraction définie aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5 du code du travail.*

La majoration est portée à 40 % dans les cas mentionnés à l'article L. 8224-2 du code du travail. (...) »

Ce dernier texte dispose: *« Le fait de méconnaître les interdictions définies à l'article L. 8221-1 par l'emploi dissimulé d'un mineur soumis à l'obligation scolaire est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 euros.*

Le fait de méconnaître les interdictions définies au même article L. 8221-1 en commettant les faits à l'égard de plusieurs personnes ou d'une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 €.

Le fait de méconnaître les interdictions définies aux 1° et 3° du même article L. 8221-1 en commettant les faits en bande organisée est puni de dix ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende ».

Il résulte de l'article L8221-1 du code du travail que « *Sont interdits :1° Le travail totalement ou partiellement dissimulé , défini et exercé dans les conditions prévues aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5 (...)* » , ce dernier visant la dissimulation d'emploi salarié, notamment par la soustraction intentionnelle de l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 1221-10, relatif à la déclaration préalable à l'embauche, et à celle de mentionner sur le bulletin de paie ou le document équivalent un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli.

Au cas présent, la cour d'appel a retenu que *« Le travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié est donc caractérisé à l'égard de la société concernant la dissimulation d'un salarié, soit M. [V] »* , puis a calculé le chef de redressement par rapport à celui-ci pour 4 850 euros , avant d'ajouter *« Il convient d'ajouter au montant de 4 850 euros, le redressement complémentaire pour infraction de travail dissimulé de 1 940 euros (4 850 *40%) en présence d'infractions concernant plusieurs salariés. »*

La lettre d'observations avait par ailleurs précisé que *« Le PV relève également le délit de travail dissimulé par dissimulation d'emplois salariés en raison de la sous déclaration des masses salariales brutes de 26 669,71 € en 2016, de 5 724,33 € en 2017 et de 23 145,22 € en 2018 »* , la cour d'appel précisant que *« l'infraction de travail dissimulé par sous-déclaration des masses salariales est donc établie » « concernant les années 2016 à 2018 »* et ce au regard de plusieurs salariés.

Le grief manque en fait, dès lors qu'a été établi la dissimulation d'un salarié, soit M. [V] et la dissimulation d'un emploi salarié par mention d'un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli concernant d'autres salariés.

SECONDE BRANCHE DU MOYEN DU POURVOI INCIDENT DE LA CAISSE : **MUB2/PI** : La cour d'appel a dénaturé la lettre d'observations en énonçant que celle-ci précisait que M. [G], qui avait rejoint le lieu du contrôle, avait été interrogé sur place sans que soit vérifié le consentement préalable à son audition, lorsqu'il ressortait de la lettre d'observations que le 13 novembre 2018, jour du contrôle sur site, M. [G] n'avait fait que se présenter en tant que gérant de la société sans être interrogé par les agents de contrôle et que ce n'était que le 26 novembre 2018, dans les locaux de la DIECCTE, qu'il avait été auditionné avec son consentement.

La lettre d'observation (productions MA, pièce n°9) mentionne: *« Lors de son passage sur le site du Pôle Sanitaire de l`Ouest, [l'inspecteur du travail] a constaté la présence d'un agent de sécurité, M. [Z] (né le 12/10/1993) en situation de travail, occupé à la surveillance extérieure du batiment.*

Interrogé, M. [Z] a déclaré : (...)

Ce même jour, M. [G] s'est présenté en tant que gérant de la société, accompagné de Mme [I], compagne du gérant et associée de la société.

Mme [I] a déclaré que la société [2] intervient sur ce site depuis le mois d'Avril 2018 en semaine de 17 h à 7 h et tout le week-end (24 h/24 h), et que le donneur d'ordre est la société [4]. Elle a reconnu l'absence de déclaration préalable à l'embauche (DPAE) concernant le salarié [X] [Z] (...) »

La cour d'appel a retenu: *« La lettre d'observations précise que M. [Z], présent lors du contrôle en situation de travail, puis M. [G], gérant, et Mme [I], sa compagne, ayant tous deux rejoint le lieu du contrôle, ont été interrogés sur place par les agents en charge du contrôle.*

Les procès-verbaux des auditions réalisées sur place n'étant pas produits, il n'est pas vérifié le respect des dispositions de l'article L.8271-6-1 précité concernant le consentement préalable de ces trois personnes ».

La critique est inopérante comme étant sans influence sur la solution retenue par la cour d'appel qui a limité l'annulation au redressement réalisé au titre du seul salarié [Z] qui avait été interrogé sur place sans que soit établi son consentement préalable.

4 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

L'employeur a-t-il qualité pour invoquer l'absence de consentement préalable des personnes auditionnées, et notamment du salarié dissimulé, au soutien de sa contestation du redressement opéré par l'organisme de recouvrement suite à constat de travail dissimulé?

Portée de l'irrégularité d'une audition non préalablement consentie: une telle irrégularité entraîne-t-elle nécessairement la nullité de l'entier redressement sur travail dissimulé, même s'il est éventuellement justifié par d'autres éléments postérieurs?

5 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Selon l'article L. 8271-1 du code du travail, dans sa rédaction applicable au litige, issue de la loi n°2011-672 du 16 juin 2011 *« Les infractions constitutives de travail illégal mentionnées à l'article L. 8211-1 sont recherchées et constatées par les agents de contrôle mentionnés à l'article L. 8271-1-2 dans la limite de leurs compétences respectives en matière de travail illégal »*

Selon l'article L. 8271-6-1 du code du travail, dans sa rédaction applicable au litige, issue de la loi n°2016-731 du 3 juin 2016 *« 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.

Conformément à l'article 28 du code de procédure pénale, l'article 61-1 du même code est applicable lorsqu'il est procédé à l'audition d'une personne à l'égard de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction.

Ces auditions peuvent faire l'objet d'un procès-verbal signé des agents mentionnés au premier alinéa et des personnes entendues.

Ces agents sont en outre habilités à demander aux employeurs, aux travailleurs indépendants, aux personnes employées dans l'entreprise ou sur le lieu de travail ainsi qu'à toute personne dont ils recueillent les déclarations dans l'exercice de leur mission de justifier de leur identité et de leur adresse ».

Ce texte a été créé par l'article 84 de la loi n° 2011-1672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité. Comme on le constate, l'objet principal de cette loi n'était pas la lutte contre le travail dissimulé.

La consultation des travaux parlementaires n'apporte pas d'élément utile sur la question précise de l'exigence d'un consentement à l'audition [rapport n° 2814 de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, du 16 septembre 2010, (rapporteur M. le député Mariani); rapport de la commission des lois du Sénat, n°239, tome I, du 19 janvier 2011 (rapporteur M. le Sénateur Buffet)].

Ce texte a « succédé » à l'article L. 8271-11 du code du travail , qui succédait lui-même à l'article L. 324-12 de l'ancien code du travail, lequel, dans sa version initiale du 20 juin 1975, était rédigé de manière bien plus sommaire, l'exigence d'un consentement à audition n'ayant été ajoutée que par la loi n°97-210 du 11 mars1997 (article3), qui a remanié l'architecture de ce texte, la lecture des travaux parlementaires n'apportant pas d'indication utile sur cet ajout.

Le consentement à audition doit être établi par l'organisme de recouvrement. L'appréciation du consentement ou de son absence est une question de fait relevant du pouvoir souverain des juges du fond, sous réserve des dispositions de l'article 16 du décret n° 2016-941 du 8 juillet 2016 relatif au renforcement des droits des cotisants, ayant modifié comme suit l'article R. 243-59.-I.du CSS: « *Dans le cas où le contrôle est effectué pour rechercher et constater des infractions aux interdictions mentionnées à l'article L. 8221-1 du code du travail, il est fait mention au procès-verbal d'audition du consentement de la personne entendue en application des dispositions de l'article L. 8271-6-1 du même code. La signature du procès-verbal d'audition par la personne entendue vaut consentement de sa part à l'audition ».*

Le recouvrement de cotisations « redressées » suite à constat de travail dissimulé peut être mis en oeuvre dans le cadre:

- soit d'un contrôle de droit commun (article L. 243-7 du CSS) -prenant la forme d'un contrôle sur place, sans pour autant que soit nécessaire l'envoi préalable d'un avis de passage et ayant pour seule finalité le recouvrement de cotisations résultant d'une éventuelle situation de travail dissimulé-, devant respecter la procédure de l'article R. 243-59 du code de la sécurité sociale,

- soit d'un contrôle en vue de rechercher spécifiquement les infractions constitutives de travail illégal (article L. 8271-1 du code du travail) devant respecter la procédure prévue notamment par des dispositions du code du travail (dont celle tenant à l'article L8271-6-1 du code du travail -anciennement L. 8271-11 du même code-).

Dans ce dernier cadre, le contrôle peut être opéré par l'organisme social, procédant seul ou conjointement avec d'autres administrations (inspection du travail, police, gendarmerie,...), mais l'organisme social peut également, sans procéder ou participer au contrôle, simplement exploiter les procès verbaux de travail dissimulé établis par les administrations « partenaires » qui lui ont été transmis (articles L.8271-6-4 du code du travail et L. 243-7-5 du code de la sécurité sociale), à l'effet de procéder au recouvrement des cotisations omises.

C'est dans ce dernier cadre que l'organisme social a opéré dans la présente espèce, exploitant les pièces qui lui ont été transmises par l'inspection du travail ayant opéré un contrôle, débuté sur site de travail le 13 novembre 2018, et donnant lieu à PV de travail dissimulé du 24 janvier 2019 (qui sera classé ultérieurement sans suite), pour retenir, à la lettre d'observations du 24 septembre 2019, des redressements au titre, d'une part, de deux salariés dissimulés (MM [Z] et [V] - au 13 novembre 2018-), d'autre part, d'une sous-déclaration des masses salariales 2016 à 2018, outre l'annulation des réductions et charges patronales suite à constat du travail dissimulé.

Le tribunal a annulé le redressement pour travail dissimulé au titre de la période du 1er janvier 2016 au 13 novembre 2018 et la mise en demeure subséquente, motif pris de l'absence de preuve du consentement de M. [Z], agent en situation de travail, du gérant et de l'associée de la société à leur audition du 13 novembre 2018, privant la cotisante d'une garantie de fond viciant l'ensemble du contrôle opéré et le redressement pour travail dissimulé.

L a cour d'appel a limité l'annulation au redressement réalisé au titre du seul salarié [Z].

5.1 - **SUR LE MOYEN DU POURVOI INCIDENT DE LA CAISSE, PRIS EN SA PREMIÈRE BRANCHE,** qui est préalable.

MUB1/PI : 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 visant qu'à la protection des intérêts de celle-ci, seule la personne auditionnée a qualité pour invoquer la violation de ces dispositions et non la société employeur, même si les personnes entendues étaient ses salariés.

L'employeur a-t-il qualité pour invoquer l'absence de consentement préalable des personnes auditionnées, et notamment des salariés dissimulés, au soutien de sa contestation du redressement opéré par l'organisme de recouvrement suite à constat de travail dissimulé?

La question est nouvelle et n'a jamais été soumise à notre chambre, laquelle a été amenée à de nombreuses reprises (voir les arrêts cités infra au point 5-1) à retenir que l'absence de consentement préalable des personnes auditionnées (notamment des salariés) lors d'un contrôle sur travail dissimulé , invoquée par le cotisant employeur, pouvait conduire à l'irrégularité du contrôle, et à l'annulation du redressement qui en était la suite. Notre chambre, sans que la question lui ait été expressément posée jusqu'alors, retient donc à ce jour que l'employeur peut se prévaloir d'une telle irrégularité, notamment lorsque l'audition irrégulière est celle d'un salarié, pour solliciter l'annulation du redressement.

La caisse se prévaut, au soutien de son grief, qu'elle qualifie de pur droit:

- d’une « jurisprudence constante selon laquelle lorsqu’un texte a été édicté dans le seul intérêt d’une partie, seule cette dernière peut se prévaloir de l’absence de respect de ce texte (Soc. 13 mai 2009, n°08-42259, Soc. 10 avril 2008, n°06-45839, Soc.6

février 2002, n°99-46030, Soc. 12 décembre 2001, n°99-45921, Crim. 12 octobre 1983, inédit; (...) Soc. 12 juin 2019, n°17-21013).

-d’un arrêt récent de la chambre criminelle de la Cour de cassation ayant appliqué ce principe à l’article L. 8271-6-1 du code du travail (Crim. 16 janvier 2024, n°22-84.243: *«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 »*), précisant que «Rien ne justifie que cette solution ne s’applique pas en matière civile ». Elle ajoute qu’en l’espèce, seuls M. [Z] et Mme [I], qui avaient été auditionnés sur place le jour du contrôle pouvaient invoquer la violation des dispositions de l’article L. 8271-6-1 du code du travail, et non la société employeur, de sorte que la cour d’appel aurait dû valider l’entier redressement, sans en annuler une partie.

Le cotisant réplique que:

-Le moyen est nouveau, mélangé de fait et de droit, et partant irrecevable;

-les dispositions qui confèrent aux agents de contrôle des pouvoirs d'investigation sont d'application stricte et les auditions doivent être préalablement consenties;

-Il ne ressort pas de l’article L. 8271-6-1 que l’exigence du consentement, préalable à l’audition, ne viserait qu’à la protection des intérêts de la personne auditionnée;

-la protection recherchée par ce texte est celle de l’enquête, mais aussi celle de la personne contrôlée puis sanctionnée, tant les conséquences d’une reconnaissance

de travail dissimulé sont lourdes;

-la solution de la Chambre criminelle est d'ailleurs critiquée par la doctrine, en ce

qu'elle s'éloigne de la lettre de l'article L. 8271-6-1 du code du travail : (Xavier Aumeran, « Travail dissimulé : consentement à l'audition et protection des intérêts de la personne entendue », in Bulletin Joly Travail, mars 2024, p. 32 et s.);

-la position de la CGSS revient, en pratique, à vider de sa substance la garantie fondamentale que constitue le recueil préalable de consentement de la personne entendue, dès lors notamment que les salariés ne sont pas parties à une telle procédure opposant le cotisant à l'organisme de recouvrement;

-en tout état de cause, l'application d'une jurisprudence nouvelle aboutirait à priver la cotisante, qui ne pouvait anticiper l'arrêt de la Chambre criminelle du 16 janvier 2024, à affecter irrémédiablement sa situation alors qu'elle a agi de bonne foi et en se conformant à l'état du droit applicable à la date de son action; la solution nouvelle ne pourrait donc pas être mise en œuvre dans la présente instance.

*

A/ Le sommaire de l’arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 16 janvier 2024 (Crim., 16 janvier 2024, pourvoi n° 22-84.243, précité) énonce: *«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.

Dès lors, 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 » .

Dans cette affaire, un contrôle avait été effectué, le 12 décembre 2016, par les agents de la DIRECCTE Provence-Alpes-Côte d'Azur, au sein de plusieurs établissements. Un procès-verbal avait été clôturé le 29 janvier 2018, constatant des manquements aux règles applicables aux conditions d'emploi et de détachement de salariés, PV qui avait été transmis à l'URSSAF Provence-Alpes-Côte d'Azur, dont les agents avaient, à leur tour dressé, le 11 décembre 2019, un procès verbal d'infractions, transmis au procureur de la République.

Suite à ouverture d'une information des chefs de travail dissimulé et recours au travail dissimulé, les sociétés mises en examen avaient saisi la chambre de l'instruction d'une requête en annulation de pièces de la procédure .

Les sociétés critiquaient l'arrêt de la chambre de l'instruction en ce qu'il avait notamment refusé « en l'espèce d'annuler le procès-verbal d'infraction rédigé sur la base des auditions litigieuses, ayant été réalisées sans que soit recueilli au préalable le consentement des personnes auditionnées », invoquant une méconnaissance de l'article L. 8271-6-1, alinéas 1 et 3 du code du travail .

La cour a répondu: « *19. L'arrêt attaqué n'encourt néanmoins pas la censure, dès lors 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.*

20. En conséquence, les moyens doivent être écartés. »

La chambre criminelle a confirmé ce principe par des arrêts ultérieurs (Crim., 5 mars 2024, pourvoi n° 22-86.086, pt 12; Crim., 14 mai 2024, pourvoi n° 22-81.628,pt 17).

B/ Le rapporteur de l'arrêt du 16 janvier 2024 (n° 22-84.243, précité) précisait

notamment que:

-La jurisprudence de la chambre criminelle est plus nuancée (que celle des 2e et 1re chambres civiles), notamment depuis l'introduction, par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, dans l'article L. 8271-6-1 du code du travail, d'un alinéa renvoyant à l'article 61-1 du code de procédure pénale sur l'audition libre.

-La chambre criminelle examine l'importance des pièces contestées au regard de la poursuite : Crim., 2 novembre 2016, pourvoi n°16-83.778 (*« ces documents n'ont nullement constitué la base de la poursuite engagée par ce dernier »*)

Crim., 25 avril 2017, pourvoi n°15-87.360: (*« les demandeurs ne peuvent se faire un grief de ce que le mineur victime ait été entendu hors la présence de ses parents dés lors qu'une telle présence n'aurait d'autre objectif que de protéger les intérêts du mineur »)*

Crim., 12 décembre 2017, n°15-82.588: *« les sociétés prévenues ne sauraient se faire un grief de ce qu'aucun avertissement n'ait été donné par ces fonctionnaires aux salariés sur la portée de leurs déclarations, les dispositions réglementaires invoquées ayant pour seul objet la protection desdits salariés »*

Crim., 19 juin 2018, pourvoi n° 17-87.246 (QPC) *"Les dispositions des articles L.8112-1, L.8113-1, L.8113-2 et L.8271-6 du code du travail n'imposent pas que la personne entendue soit informée d'un droit de se taire, mais seulement qu'elle ne peut l'être qu'avec son consentement, d'autre part, concernent des auditions réalisées dans un cadre de procédure non contraignant, opèrent une conciliation équilibrée entre, d'une part, l'exigence de protection des salariés et la nécessité de la lutte contre le travail illégal, d'autre part, le procès équitable, les droits de la défense et le droit de ne pas s'auto-incriminer ; »*

-Elle juge enfin que la qualité et l'étendue des informations délivrées par les enquêteurs aux personnes entendues sur leurs droits s'apprécient en fonction des circonstances dans lesquelles les renseignements ont été obtenus :

Crim., 8 janvier 2019, pourvoi n° 17-87.246: *« l'obligation, pour les agents de l'inspection du travail, de notifier le droit de refuser de répondre aux questions posées ne s'impose que s'il existe à l'égard de la personne entendue des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction »*

-La chambre criminelle limite, lorsque cela est possible, les effets d'une irrégularité aux seules infractions concernées par celle-ci (Crim., 1er mars 2011, pourvoi n°10-82.636) : *« dès lors que les constatations faites par l'inspection du travail ne sont pas indivisibles, la cour d'appel a justifié sa décision »* .Cette graduation, quant aux exigences de formalisme à respecter pour la réalisation d'une audition, selon l'objectif de celle-ci, est également utilisée:

.Par le Conseil constitutionnel: La décision portant sur l'article L. 450-3 du code de commerce, qui réglemente les pouvoirs d'audition des agents de l'Autorité de la concurrence lorsqu'ils interviennent « en enquête ordinaire » (Cons. const., 8 juillet 2016, décision n° 2016-552 QPC) énonce notamment que le droit reconnu aux agents habilités d'exiger la communication d'informations et de documents, prévu par les dispositions contestées, « tend à l'obtention non de l'aveu de la personne contrôlée, mais de documents nécessaires à la conduite de l'enquête de concurrence.»

.Par la chambre commerciale (Com., 20 novembre 2019, pourvoi n° 18-16.336 -article L. 16 B du livre des procédures fiscales-: le défaut de mention de l'information du contribuable ou de l'occupant des lieux sur la nécessité de recueillir son consentement avant de l'interroger n'entraîne pas la nullité de l'entier procès-verbal relatant le déroulement des opérations de visite et de saisies mais seulement la cancellation des déclarations faites par la personne interrogée).

C/ La solution dégagée par l'arrêt de la chambre criminelle du 16 janvier 2024 s'insère plus généralement dans la démarche mise en oeuvre par la chambre criminelle pour apprécier la régularité des actes de procédure (pénale) dans le cadre du contentieux des nullités soulevées devant les juridictions du fond.

Cette « démarche » procédurale a été principalement fixée par Crim., 7 septembre 2021, pourvois n° 21-80.642 et n° 20-87.19 , publiés :

« Vu les articles 171 et 802 du code de procédure pénale :

11. Il résulte desdits articles que l'inobservation des formalités substantielles ou prescrites à peine de nullité doit entraîner la nullité de la procédure, lorsqu'il en est résulté une atteinte aux intérêts de la partie concernée.

12. Il s'ensuit les principes généraux suivants.

13. Hors les cas de nullité d'ordre public, qui touchent à la bonne administration de la justice, la chambre de l'instruction, saisie d'une requête en nullité, doit successivement d'abord rechercher si le requérant a intérêt à

demander l'annulation de l'acte, puis, s'il a qualité pour la demander et, enfin, si l'irrégularité alléguée lui a causé un grief.

14. Le requérant a intérêt à agir s'il a un intérêt à obtenir l'annulation de l'acte.

15. Pour déterminer si le requérant a qualité pour agir en nullité, la chambre de l'instruction doit rechercher si la formalité substantielle ou prescrite à peine de nullité, dont la méconnaissance est alléguée, a pour objet de préserver un droit ou un intérêt qui lui est propre.

16. L'existence d'un grief est établie lorsque l'irrégularité elle-même a occasionné un préjudice au requérant, lequel ne peut résulter de la seule mise en cause de celui-ci par l'acte critiqué (...) ».

La chambre criminelle a par ailleurs ajouté (Crim., 25 octobre 2022, pourvoi n° 21-84.052) que *« La personne mise en examen, qui est irrecevable à soulever devant la chambre de l'instruction un moyen de nullité, en raison de l'absence de qualité pour agir, ne saurait être admise à invoquer ce même moyen, serait-il même pris de la violation du droit de l'Union européenne, devant la Cour de cassation, y compris pour faire grief à ladite chambre de ne pas l'avoir examiné d'office » .*

La solution de l'arrêt de la chambre criminelle du 16 janvier 2024 s'inscrit dans cette démarche tenant au « tryptique intérêt-qualité-grief » dégagée par la chambre criminelle dont elle est l'une des multiples applications (pour une liste des actes procéduraux appréciés selon cette démarche, cf. « AJ Pénal 2024, p.134 La qualité à agir en nullité – Thomas Lebreton – Thibaud Sancey-Dodivers » dans laquelle les auteurs précisent au surplus *« si l'intérêt à agir dépend de l'acte contesté, la qualité pour agir s'apprécie, quant à elle, au regard de l'objectif de la règle violée et de la valeur qu'elle protège (...) Aussi, la distinction, souvent complexe, entre les règles procédurales établies pour protéger des droits personnels et celles qui le sont pour assurer la bonne administration de la preuve apparaît essentielle »»*) .

D/ La doctrine a abondamment commenté l'arrêt de la chambre criminelle du 16 janvier 2024. Peuvent ainsi être retenus, notamment quant au lien avec notre matière:

-Droit pénal n° 3, Mars 2024, comm. 52 Cafardage contre le patron Commentaire par Jacques-Henri Robert

« La question dépasse de beaucoup le seul droit du travail puisqu'il s'agit de la recevabilité de l'exception de nullité soulevée par un mis en examen ou un prévenu qui allègue l'irrégularité de la procédure conduite à l'égard d'un tiers (perquisition, témoignage, sonorisation, etc.). La solution a été donnée par des arrêts célèbres dans lequel on lit qu'un requérant est « sans qualité pour se prévaloir de la méconnaissance d'un droit qui appartient en propre à une autre personne » (Cass. crim., 14 févr. 2012, n ° 11-84.694 : JurisData n° 2012-002124 et n° 11-87.757 : JurisData n° 2012-002572 ; Bull. crim., n° 42 et 43 ; Dr. pén. 2012, comm. 61, note A. Maron et M. Haas ; Procédures 2012, comm. 127, note A.-S. ; D. 2012, p. 775, concl. D. Boccon-Gibod, note H. Matsopoulou. – Et sur l'état actuel de la question V. H. Matsopoulou, Extension de la qualité pour agir et restriction de l'existence d'un grief : JCP G 2021, act. 1161, note ss deux arrêts : Cass. crim., 7 sept. 2021,: JurisData n° 2021-013527 n° 21-80.642 et n° 20-87.191 : JurisData n° 2021-013519).

Selon l'article L. 8271-6-1 précité du Code du travail, il suffit que les fonctionnaires recueillent le consentement de la personne qu'ils interrogent sans nécessairement l'avertir de la portée de ses éventuelles déclarations. L'arrêt rapporté en déduit que cette précaution permet à l'intéressé de ne pas participer à la procédure , et qu'elle est donc établie dans son seul intérêt et non dans celui d'éventuels tiers ultérieurement mis en cause, même si le mobile de l'employé taisant, qu'il n'est pas obligé de révéler, est d'éviter les représailles de son employeur ».

- La Semaine Juridique Social n° 9, 5 mars 2024, 1069-Invocation du défaut de consentement du salarié à son audition aux fins de détection du travail dissimulé :

l'employeur sans qualité !Commentaire par François Duquesne agrégé des facultés de droit:

« (...) la possibilité de saisir le juge découlait de ce que les propos tenus lors des auditions avaient permis la rédaction d'un procès-verbal sur lequel était susceptible de prendre appui une poursuite répressive, ce qui était constitutif d'un grief.

Mais aucune atteinte aux intérêts de l'employeur ne pouvait être mise au jour puisque le droit de ce dernier de conserver le silence au cours de la procédure n'avait pas été méconnu (...)

Que l'employeur ait intérêt à obtenir l'annulation de l'acte, ce qui est manifestement le cas à l'occasion du contrôle destiné à révéler une situation de travail illégal, ne suffit donc pas à fonder son action en contestation des auditions menées au sein de l'entreprise. Sur ce point, un précédent peut être relevé en jurisprudence dans le contexte particulier d'un contrôle d'identité irrégulier ayant permis de révéler l'état de subordination de la personne contrôlée (Cass. crim., 16 janv. 1996, n° 94-85.428 : Bull. crim., n° 24 : « Un chef d'entreprise, poursuivi pour travail clandestin sur le fondement de l'article L. 324-10, 3° du Code du travail est sans qualité pour se prévaloir de la nullité du contrôle d'identité pratiqué à l'égard de son salarié, à l'occasion duquel a été révélée l'infraction retenue à son encontre, un tel contrôle étant totalement indépendant (...) »). La décision commentée confirme cette approche restrictive de la notion de qualité pour agir qui n'est pas toujours partagée par le juge européen (CEDH, 24 août 1998, n° 23618/94, Lambert c/ France, sec. 35 à 41 : Rec. CEDH 1998-V ; JCP G 1999, I, 105, obs. F. Sudre).

(...)

Il est intéressant d'observer que, de son côté, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation ne fait pas état de l'intérêt de la personne entendue lorsqu'elle retient le grief de nullité (sur ce point, V. JCP S 2024, act. 42, obs. X. Aumeran). La différence d'approche qui s'insinue entre les jurisprudences criminelle et civile doit cependant être appréciée à sa juste mesure. La contestation par l'employeur de l'audition d'un salarié dont le consentement n'a pas été sollicité peut être admise lorsque son objet dépasse le respect de cette simple exigence. Il en est particulièrement ainsi lorsque le juge civil invoque le caractère strict des dispositions qui confèrent aux agents de contrôle des pouvoirs d'investigation.

Le particularisme des procédures permettant la détection du travail dissimulé et du contrôle de droit commun constitue alors l'enjeu de la demande en raison de l'atteinte aux droits du cotisant (...) »

-La Semaine Juridique Social n° 3, 23 janvier 2024, act. 42 Consentement des personnes entendues et régularité de l'audition Travail dissimulé:

« Selon le Professeur Xavier Aumeran, sollicité par la Rédaction, il s'agit là d'« un point essentiel, car la solution n'est pas alignée sur celle de la deuxième chambre civile en matière de consentement aux auditions. Comme sur d'autres sujets en matière de travail dissimulé (en particulier la place de l'intention dans la caractérisation de l'infraction), l'analyse est différente selon les chambres de la Cour » (...) « À la différence de la jurisprudence de la 2e chambre civile, qui n'évoque pas du tout cette question de la protection des intérêts de la personne entendue, et de la lettre de l'article L. 8271-6-1 qui n'évoque pas la protection des intérêts de la personne, la chambre criminelle restreint ici considérablement la portée de l'exigence de consentement aux auditions ». Il précisait dans:

-Bulletin Joly Travail N° 03 - 1 mars 2024-Travail dissimulé : consentement à l'audition et protection des intérêts de la personne entendue- Xavier Aumeran Professeur de droit privé à l'université des Antilles, cité par la société:

« (...) Le consentement à l'audition est expressément requis.

C'est d'ailleurs ce qu'affirme très nettement la deuxième chambre civile . Il résulte de l'article L. 8271-6-1 « 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 » (Cass. 2e civ., 19 sept. 2019, n° 18-19929 : JCP S 2019, 1303, note X. Aumeran ; BJT nov. 2019, n° 112g5, p. 41, note M. Keim-Bagot ; JCP E 2020, 1148, obs. N. Laffue – V. égal. CA Versailles, 17 mai 2018, n° 16/00907 – CA Paris, 14 juin 2019, n° 16/09986 – CA Paris, 11 oct. 2019, n° 16/11205 – CA Rennes,

23 févr. 2022, n° 18/06551). Le consentement à l'audition est nécessaire, quelle que soit la finalité ou l'importance de l'audition au regard de l'ensemble de l'opération de contrôle (v. néanmoins déjà d'un autre avis sur ce point : Cass. crim., 11 oct. 2022, n° 22-81182 : RSC 2022, p. 868, note A. Cerf-Hollender). Ces dispositions « sont d'application stricte » et justifient, en cas de violation, l'annulation du procès-verbal d'infraction. Dans un arrêt publié du 4 novembre 2020, la première chambre civile a également retenu cette solution, au visa des articles L. 8211-1 et L. 8271-6-1 du Code du travail, s'agissant de l'audition sur un chantier d'un artisan étranger, non déclaré et en situation irrégulière (Cass. 1re civ., 4 nov. 2020, n° 19-20772 : D. 2021, p. 255, obs. K. Parrot). (...)

Dévoiement du consentement. – Le raisonnement suivi par la chambre criminelle, en formation plénière, est finalement tout autre (...)L'enjeu est d'autant plus fort que le travail dissimulé établi devant le juge pénal s'impose ensuite au juge civil, notamment dans le cadre des redressements d'assiette des cotisations et de l'annulation des exonérations sociales.

Manifestement, l'une des chambres de la Cour de cassation ne s'en tient plus à la lettre du texte. La position ajoute à la loi ce qu'elle ne dit pas, ni même ne sous-entend. L'employeur, son représentant, toute personne rémunérée, peuvent être entendus par les agents de contrôle, mais avec son consentement. Nulle part la finalité de l'obtention du consentement n'est évoquée. La lacune du texte est implicitement prétendue afin de justifier une politique juridique propre à la chambre (...)L'affirmation ne convainc pas. La finalité du consentement à l'audition est avant tout de sécuriser, pour tous, un élément clé de la procédure. Au cas d'espèce, les propos tenus lors des auditions avaient visiblement permis à eux seuls de rédiger le procès-verbal d'infraction. La protection recherchée par l'article L. 8271-6-1 est celle de l'enquête, mais aussi celle de la personne contrôlée puis sanctionnée, tant les conséquences d'une reconnaissance de travail dissimulé sont lourdes . Les propos tenus par une personne auditionnée doivent être conformes à son intention et à sa pensée. C'est essentiel. À l'inverse, pour les personnes entendues, notamment s'il s'agit des salariés, qu'est-il craint ? Quels intérêts sont protégés ? Les identifier est bien délicat. Aux termes de l'article L. 8271-6-1, nulle obligation n'est d'ailleurs faite aux personnes sollicitées de répondre aux questions. À filer la métaphore du régime des nullités contractuelles, la sauvegarde est celle de l'intérêt général, a fortiori s'agissant d'une infraction pénale.

Concrètement, limiter la demande de nullité du procès-verbal d'audition à la seule personne auditionnée revient, pour l'essentiel, à priver l'exigence de consentement de toute effectivité. Lorsque les personnes auditionnées sont les salariés employés par le donneur d'ordre, ils n'ont aucun intérêt à invoquer une quelconque violation. Ils sont les victimes potentielles de l'infraction recherchée (C. trav., art. L. 8223-1 et s.).

Il reste désormais à espérer, dans l'attente d'un éventuel revirement, que les chambres civiles ne s'inscrivent pas, elles-mêmes, dans cette logique. »

-AJ Pénal 2024. 225, obs. Gouesse Auditions de salariés par l'inspection du travail : l'employeur ne peut s'inquiéter de leur consentement – Cour de cassation, crim. 16 janvier 2024 – AJ pénal 2024. 225

« (...) Les salariés étant rarement mis en cause dans le cadre des procédures de travail illégal, il pourrait être observé que la garantie législative se trouve quasiment annihilée pour les contentieux répressifs, alors même qu'elle conserve toute sa force dans les contentieux civils. Si tel paraît être le cas, encore faut-il remettre les enjeux en perspective. Dans les litiges en matière de sécurité sociale, qui peuvent entraîner de lourdes conséquences financières - notamment par la remise en cause d'annulations ou réductions de cotisations -, les débats se trouvent délimités par les constats dressés par les agents de contrôle et repris dans la lettre d'observations à l'origine du redressement. Les poursuites pénales découleront d'une enquête préliminaire ou, comme en l'espèce, d'une information judiciaire. Des auditions des salariés en qualité de témoins peuvent être entreprises, voire demandées par l'employeur poursuivi »

E/ En procédure civile, les notions d'intérêt et de qualité à agir ont été résumées comme suit dans un rapport rendu sous 2e Civ., 6 mars 2025, pourvoi n° 23-18.753 *:*

« L'article 31 du code de procédure civile dispose que « L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit

d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé. » .

L'article 32 du même code dispose qu' « Est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir ».

L'intérêt et la qualité à agir constituent ainsi des conditions de recevabilité de l'action.

Leur absence entraîne l'irrecevabilité de la demande sans examen au fond conformément aux dispositions de l'article 122 du même code.

(...) En somme, par principe, celui qui a intérêt a qualité.

(...)La personne a intérêt à agir si la demande formée est susceptible de modifier, en l'améliorant, sa condition juridique. La notion d'intérêt est floue. Il peut s'agir d'un gain matériel (patrimonial) ou moral (extrapatrimonial) ou du renforcement d'une situation existante. »(S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, Prcédure civile, Précis Dalloz, 33 ème éd. n°177).

Si l'exercice de l'action n'est pas susceptible de procurer un avantage à celui qui l'exerce, il est normal que la demande soit déclarée irrecevable, sans qu'il soit nécessaire d'en apprécier le bien fondé (L. Cadiet - E. Jeuland, Droit judiciaire privé, Litec, 6 ème éd. n°352, p.236)

En revanche, il est de jurisprudence constante que l'intérêt (donnant qualité) à agir n'est pas subordonné à la démonstration préalable du bien-fondé de l'action »

En d'autres termes, concernant l'intérêt *« Si l'exercice d'une action n'est pas susceptible d'offrir une certaine utilité à celui qui en prend l'initiative, la demande doit être déclarée irrecevable et rejetée sans qu'il soit nécessaire d'en apprécier le bien-fondé »* . Et *« La qualité est le titre qui donne à une personne le pouvoir d'exercer en justice le droit dont elle demande la sanction (...) Il faut partir de l'idée que nul ne peut agir pour le compte d'autrui sans un titre qui lui en donne le pouvoir »* (R. Perrot, Cours de droit judiciaire privé).

F/ JP des autres chambres civiles en matière d'audition:

- outre Com., 20 novembre 2019, pourvoi n° 18-16.336 , déjà cité supra;

-1re Civ., 4 novembre 2020, pourvoi n° 19-20.772, P

Selon l'ordonnance attaquée, rendue par le premier président d'une cour d'appel (Nîmes, 28 janvier 2019), et les pièces de la procédure, le 22 janvier 2019, les fonctionnaires de police ont effectué un contrôle de travail dissimulé sur un chantier de construction d'une maison individuelle et procédé au contrôle d'identité de M. [A], de nationalité albanaise. Celui-ci, en situation irrégulière sur le territoire national, a été placé en rétention administrative.

2. Le 24 janvier 2019, le juge des libertés et de la détention a été saisi, par le préfet, d'une requête en prolongation de la mesure.

Vu les articles L. 8211-1 et L. 8271-6-1 du code du travail :

4. Selon ces textes, les officiers et agents de police judiciaire 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 et sont habilités à demander aux employeurs, aux travailleurs indépendants, aux personnes employées dans l'entreprise ou sur le lieu de travail ainsi qu'à toute personne dont ils recueillent les déclarations dans l'exercice de leur mission, de justifier de leur identité et de leur adresse.

5. Il en résulte que les officiers et agents de police judiciaire ne peuvent obtenir ces justifications sans le consentement préalable des intéressés à être entendus.

6. Pour rejeter le moyen pris de l'irrégularité de la procédure, l'ordonnance relève que le contrôle de l'identité de M. [A] est intervenu sur le fondement de l'article L. 8271-6-1 du code du travail.

7. En statuant ainsi, sans constater que celui-ci avait préalablement consenti à son audition, le premier président a violé les textes susvisés. »

La portée de cette décision quant à la qualité à se prévaloir de l'irrégularité de l'audition comme n'ayant pas été préalablement consentie est cependant limitée dès lors que c'est la

personne auditionnée qui se prévalait, en l'espèce, de l'irrégularité de son audition.

Le rapporteur n'a pas identifié de décisions utiles du Conseil d'Etat mettant en oeuvre l'article L. 8271-6-1 du code du travail (et L. 8271-11ancien)

*

Au cas présent, la cour d'appel a notamment retenu que M. [Z], en situation de travail, a été interrogé sur place par les agents en charge du contrôle sans que son consentement à audition ait été préalablement recueilli, puis en a déduit que la société cotisante pouvait se prévaloir, au soutien de sa demande d'annulation du redressement, de l'irrégularité de l'audition du salarié tenant à la violation de l'article L. 8271-6-1 du code du travail.

5.2 - **SUR LEPREMIER MOYEN DU POURVOI PRINCIPAL DE LA COTISANTE, PRIS EN SA PREMIÈRE BRANCHE: M1B1/PP:** conséquence sur la régularité de la procédure de contrôle et du redressement du défaut de consentement des personnes entendues par les agents de contrôle (violation de l'article L.8271-6-1 du code du travail):Portée de l'irrégularité: 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 cour d'appel a relevé *que « La lettre d'observations précise que M. [Z], présent lors du contrôle en situation de travail, puis M. [G], gérant, et Mme [I], sa compagne, ayant tous deux rejoint le lieu du contrôle, ont été interrogés sur place par les agents en charge du contrôle.*

Les procès-verbaux des auditions réalisées sur place n'étant pas produits, il n'est pas vérifié le respect des dispositions de l'article L.8271-6-1 précité concernant le consentement préalable de ces trois personnes ».

La cour d'appel a donc constaté l'absence de consentement à son audition, notamment du salarié [Z] entendu le 13 novembre 2018 lors du contrôle sur site de travail.

Le grief de M1 B1 du pourvoi principal porte donc uniquement sur la portée de l'annulation de l'audition non consentie quant à la validité du/des redressements/s opéré/s:

L'irrégularité d'une audition entraîne-t-elle nécessairement la nullité du redressement sur travail dissimulé, même s'il est éventuellement justifié par d'autres éléments postérieurs?

Jurisprudence utile:

-Soc., 26 octobre 2000, pourvoi n° 98-18.578 -article R. 243-59 du CSS- audition irrégulière de salariés- : cassation sur le recours du cotisant dès lors *« que les dispositions qui confèrent aux agents de contrôle des pouvoirs d'investigation sont d'application stricte et qu'il résultait de ses constatations que les opérations de contrôle étaient basées sur les seules déclarations de personnes étrangères à l'entreprise »,*

-Soc., 14 juin 2001, pourvoi n° 99-20.506: art. R243-59 du CSS - audition irrégulière de salariés- : rejet du pourvoi de la cotisante dès lors que *«la cour d'appel, qui a fait ressortir que la preuve de l'emploi clandestin ressortait des seules investigations pratiquées dans les locaux de l'entreprise , **a pu décider** que l'audition irrégulière* [des deux salariés] *dans les bureaux de l'URSSAF n'avait pas entraîné la nullité des opérations de contrôle »*

-2e Civ., 11 octobre 2005, pourvoi n° 04-30.389 - audition irrégulière de l'épouse d'un salarié- : cassation sur le pourvoi de la cotisante dès lors que: *« les dispositions qui confèrent aux agents de contrôle des pouvoirs d'investigation sont d'application stricte »* , de sorte que la cour d'appel ne pouvait retenir pour valider le redressement *« que si le recueil d'une telle déclaration*

est irrégulier comme contraire aux dispositions de l'article R. 243-59 du Code de la sécurité sociale, il ne résulte pas de la lettre d'observations reprenant les éléments recueillis au cours du contrôle que pour procéder au redressement contesté, l'URSSAF s'est référée à l'audition critiquée seuls apparaissant les noms de salariés entendus dans les locaux de l'entreprise ainsi que les éléments relatifs aux investigations menées par l'inspecteur au sein de celle-ci »

-2e Civ., 9 octobre 2014, pourvoi n° 13-19.493, Bull. 2014, II, n° 204 -audition irrégulière de l'associée minoritaire rémunérée- : rejet du pourvoi de l'URSSAF (opérations engagées sur le fondement des articles L. 8271-1 et suivants du code du travail) dès lors *« qu'il résulte de l'ancien article L. 8271-11 du même code, alors applicable, que les auditions auxquelles les agents de contrôle procèdent ne peuvent être réalisées qu'avec le consentement des personnes entendues ;*

Et attendu que l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que, même si les agents de contrôle ne sont pas tenus d'établir un procès-verbal d'audition, il ne résulte pas du procès-verbal dressé par l'inspecteur du recouvrement ni de tout autre document la preuve du consentement des témoins à leur audition ;

Qu'en l'état de ces constatations et énonciations procédant de son appréciation souveraine de la valeur et de la portée des éléments de fait et de preuve, la cour d'appel ***a pu retenir*** *que la société avait été privée d'une garantie de fond qui viciait le procès-verbal des agents de contrôle et le redressement fondé sur leurs constatations ; »*

-2e Civ., 20 septembre 2018, pourvoi n° 17-24.359, Bull. 2018, II, n° 185: rejet du pourvoi de l'URSSAF: *« la cour d'appel* ***a exactement déduit*** *que l'irrégularité affectant l'audition (que ne permet pas l'article R 243-59) - d'un salarié du prestataire de service de la personne contrôlée- « rendait le contrôle irrégulier, ce dont il résultait que le redressement qui en était la suite devait être annulé »*

-2e Civ., 19 septembre 2019, pourvoi n° 18-19.929, publié: sommaire: *« 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 ».*

Cassation sur le pourvoi de la cotisante (contrôle dans le cadre du travail dissimulé et audition par l'URSSAF du représentant de la société): *« pour rejeter le recours, la cour d'appel retient que ce n'est que lorsque l'organisme contrôleur entend exclusivement fonder un redressement sur les déclarations d'un témoin ou d'un dirigeant qu'il doit procéder à son audition en respectant les formes prévues par l'article L. 8271-6-1 du code du travail ; que l'URSSAF n'a pas fondé à titre principal le redressement sur l'audition* [du représentant de la société] *, mais sur les vérifications des livres comptables de la société ; qu'elle ne l'a entendu qu'à titre d'information pour expliciter les informations découvertes dans ces documents comptables ; que n'entendant pas ce témoin pour qu'il dénonce des faits particuliers mais dans le cadre de ses vérifications, elle n'était pas tenue de dresser un procès-verbal d'audition répondant aux exigences du texte précité ;Qu'en statuant ainsi, alors que les dispositions qui confèrent aux agents de contrôle des pouvoirs d'investigation sont d'application stricte, la cour d'appel a violé les textes susvisés »*

Commentant cet arrêt, la doctrine précisait:

-La Semaine Juridique Social n° 42, 22 octobre 2019, 1303 Contrôle du travail illégal : le consentement aux auditions est impératif: Commentaire par Xavier Aumeran maître de conférences à l'université Jean Moulin Lyon III

« Or, au cas d'espèce, c'est la vérification des livres comptables de la société qui justifiait « à titre principal » le redressement. En cassant l'arrêt d'appel pour violation de la loi, c'est également cette appréciation du poids de l'audition dans la justification du redressement qui est rejetée. Qu'elle soit essentielle, accessoire, voire dépourvue d'intérêt, dès lors qu'elle est mise en œuvre, le consentement de la personne entendue doit être recueilli, et donc justifiable »

-La Semaine Juridique Social n° 42, 22 octobre 2019, 1304 Contrôle du travail illégal : le cantonnement des règles d'audition Commentaire par Kristel Meiffret-Delsanto maître de conférences à l'université de Lorraine *« la Cour de cassation a rappelé que les dispositions conférant aux agents de contrôle des pouvoirs d'investigation sont d'application stricte. En conséquence, peu importe que l'URSSAF n'ait pas fondé à titre principal le redressement sur l'audition litigieuse. L'organisme ne peut s'affranchir des prescriptions de l'article L. 8271-6-1 du Code du travail. Il doit rapporter la preuve du consentement du témoin. Ces exemples illustrent la politique de la Cour de cassation. En s'adonnant à une lecture rigoureuse des textes en matière de travail illégal, elle veille au respect des procédures de contrôle par les inspecteurs du recouvrement sans verser ni dans un formalisme excessif ni dans la surprotection des cotisants.*

-2e Civ., 7 novembre 2019, pourvoi n° 18-21.947, publié: contrôle art. R. 243-7: cassation sur le pourvoi de l'URSSAF dès lors que la cour d'appel a privé sa décision de base légale en retenant que l'irrégularité de l'audition (qui portait sur les faits constitutifs de travail illégal) du représentant de la société réalisée sans l'assistance d'un interprète constituait un manquement préjudiciable aux droits du cotisant, alors qu'elle devait « *rechercher si le redressement litigieux n'était pas suffisamment fondé sur les autres éléments invoqués par l'URSSAF* ».

-2e Civ., 9 décembre 2021, pourvoi n° 20-14.922 - audition irrégulière de salariés- : rejet du pourvoi de l'URSSAF: *« Selon l'article L. 8271-11 du code du travail, alors en vigueur, 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.*

4. L'arrêt relève que les auditions des salariés sur lesquelles se base l'agent de contrôle pour qualifier et évaluer l'infraction de dissimulation d'emploi salarié , ne comportent aucune mention relative au recueil préalable de leur consentement à l'audition, et qu'il en résulte que la société a été privée d'une garantie de fond qui vicie l'ensemble du contrôle opéré et le redressement pour travail dissimulé, lequel suppose nécessairement d'entendre les intéressés sur le nombre d'heures de travail réellement travaillées.

*5. En l'état de ces constatations et énonciations procédant de son appréciation souveraine de la valeur et de la portée des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, **c'est à bon droit** que la cour d'appel, en l'absence de consentement des personnes entendues, a annulé le redressement ».*

-2e Civ., 9 décembre 2021, pourvoi n° 20-13.498 :- audition irrégulière d'un salarié « requalifié »- rejet du pourvoi de l'URSSAF :contrôle dans le cadre du travail dissimulé avec audition par l'URSSAF *« 4. Selon l'article L. 8271-6-1 du code du travail, 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.*

L'arrêt, par motifs propres et adoptés, après avoir constaté que la lettre d'observations aussi bien que la convocation de M. [L] faisaient référence aux dispositions des articles L. 8221-1 et suivants du code du travail, retient que le procès-verbal d'audition de l'intéressé, signé par les deux inspecteurs de recouvrement, ne comportait aucune mention relative au recueil préalable de son consentement, même si sa signature y figure.

*De ces constatations, procédant de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve débattus par les parties, la cour d'appel a retenu **à bon droit** , par une décision motivée, qu'en l'absence de preuve du consentement de la personne entendue, le contrôle était irrégulier, ce dont il résultait que le redressement qui en était la suite devait être annulé » .*

Au cas présent, l'arrêt est ainsi motivé :

« En premier lieu, la caisse fait grief au jugement d'avoir annulé le redressement, faute de justification du consentement des personnes auditionnées par l'agent de contrôle.

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. [Z] et [V] et non l'infraction de

travail dissimulé relevé concomitamment en suite de la constatation de sous-déclaration des masses salariales sur les années 2016 et 2018.

La lettre d'observations précise que M. [Z], présent lors du contrôle en situation de travail, puis M. [G], gérant, et Mme [I], sa compagne, ayant tous deux rejoint le lieu du contrôle, ont été interrogés sur place par les agents en charge du contrôle.

Les procès-verbaux des auditions réalisées sur place n'étant pas produits, il n'est pas vérifié le respect des dispositions de l'article L.8271-6-1 précité concernant le consentement préalable de ces trois personnes.

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.

Si le redressement doit être annulé en ce qui concerne la dissimulation de M. [Z], 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 (pièce 4 / appelante).

Il en est de même du redressement résultant de la sous-évaluation des masses salariales ».

Le MA fait valoir qu'en l'absence de consentement des personnes entendues, le contrôle ayant conduit au constat d'une infraction de travail dissimulé est vicié et c'est bien l'ensemble du redressement pour travail dissimulé qui doit être annulé; et qu'en conséquence, c'est l'ensemble du redressement issu du contrôle opéré le 13 novembre 2018 qui aurait dû être annulé et non uniquement le redressement en ce qui concerne la dissimulation d'emploi salarié concernant M. [Z].

Le MD réplique que:

- la Cour de cassation admet que c'est seulement si les auditions irrégulières ont servi exclusivement de fondement au redressement pour travail dissimulé que ce dernier doit être annulé dans son intégralité (Soc. 14 juin 2001, n°99-20506, Civ. 2, 9 décembre 2021, n°20-14922, Soc. 26 octobre 2000, n°98-18578);

- à partir du moment où les auditions irrégulières n'ont pas servi de fondement au constat de la dissimulation d'emploi salarié de M. [V], ni au constat de la sous-évaluation des masses salariales, lesquels n'ont été établis que par les autres constatations effectuées par les agents de contrôle et l'audition régulière du gérant, il n'y avait aucune raison d'annuler la totalité des redressements;

-de même, la Cour de cassation juge notamment que « le recours par un organisme de sécurité sociale à une méthode de calcul contrevenant aux règles posées par le code de la sécurité sociale doit être sanctionné non par l'annulation de l'ensemble du redressement mais par la seule annulation de la partie du redressement calculée de manière irrégulière ».

SUR LE SECOND MOYEN DU POURVOI PRINCIPAL DE LA COTISANTEPRIS EN SA PREMIERE BRANCHE

M2B1 est tiré d'une cassation par voie de conséquence: la cassation du chef de l'irrégularité de l'entier redressement entraînera la cassation de l'arrêt en ce qu'il a valider la mise en demeure à hauteur d'une certaine somme.

Le MA sollicite l'application de l'article 624 du code de procédure civile.

6 - Les options envisageables et leurs conséquences sur l'arrêt attaqué

Trois options sont envisageables:

-l’admission du pourvoi incident en son premier moyen, entraînant une cassation partielle de l’arrêt [sauf en ce qu'il confirme le jugement en ce qu'il a débouté la société [2] dénommée [2] de sa demande de transmission du procès-verbal établi par la DIECCTE, et en ce qu’il valide le redressement pour travail dissimulé par dissimulation du salarié M. [V] et par sous-déclaration des masses salariales].

-le rejet du pourvoi incident en son premier moyen, et l’admission du pourvoi principal en M1B1, entraînant une cassation partielle de l’arrêt [sauf en ce qu'il confirme le jugement en ce qu'il a débouté la société [2] dénommée [2] de sa demande de transmission du procès-verbal établi par la DIECCTE, et en ce qu’il annule le redressement pour travail dissimulé par dissimulation du salarié M. [Z]]

-le rejet des pourvois