



**Notice explicative relative aux arrêts
n° 302 & 303 du 8 avril 2021
Pourvois n° 19-23.728 & 20-11.126 – 2^{ème} Chambre civile**

Tel que résultant des dispositions des articles L. 8221-1 et suivants du code du travail, le travail dissimulé s'applique à la fois au travail dissimulé par dissimulation d'activité (article L. 8221-3) et au travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié (article L. 8221-5). Ce dernier procède, aux termes de l'article L. 8221-5 du code du travail, du fait pour l'employeur de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de certaines formalités (déclaration nominative d'embauche, délivrance du bulletin de paie) ou aux déclarations relatives aux salaires et aux cotisations assises sur ceux-ci auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale en vertu des dispositions légales.

L'article L. 8222-1 du code du travail oblige le donneur d'ordre, ou le maître d'ouvrage, à procéder à un certain nombre de vérifications concernant son cocontractant et à produire, pour en justifier, les documents listés par l'article D. 8222-5 du même code. En cas de méconnaissance de cette obligation de vérifications, le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage est tenu « solidairement avec celui qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour travail dissimulé » au paiement des impôts, taxes, cotisations obligatoires, ainsi que des pénalités et majorations dus au Trésor public ou aux organismes de protection sociale.

Il en résulte que la solidarité entre le donneur d'ordre et le sous-traitant instituée par les dispositions des articles L. 8222-1 et suivants du code du travail répond ainsi à des conditions de fond bien précises :

- Elle procède du défaut de vigilance du donneur d'ordre qui ne s'est pas informé, lors de la conclusion du contrat et, le cas échéant, au fur et à mesure de l'exécution de ce dernier, du bon accomplissement par le sous-traitant des formalités qui incombent à

celui-ci. L'obligation de vigilance du donneur d'ordre est essentiellement formelle : il lui revient de se faire produire, aux échéances prévues, les pièces qui attestent de la régularité de l'embauche des salariés et du paiement des impôts, taxes, contributions et cotisations. Lorsque le donneur d'ordre s'est conformé à son obligation de vigilance, le recours à la solidarité financière est exclu.

- Elle implique, en deuxième lieu, que la situation du sous-traitant, à savoir l'emploi de salariés dans des conditions caractérisant un travail dissimulé, ait été constatée par un procès-verbal dressé par un agent dûment habilité à cette fin (la liste des agents habilités est fixée par l'article L. 8271-1-2 du code du travail et inclut, en particulier, les agents des organismes de recouvrement [URSSAF et organismes de mutualité sociale agricole]). Exigence formelle, la constatation de l'infraction par voie de procès-verbal n'en détermine pas moins, en définitive, le bien-fondé même de la solidarité financière du donneur d'ordre.

S'agissant de la mise en œuvre de la solidarité du donneur d'ordre en application de l'article L. 8222-2 du code du travail, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a jugé :

- que la solidarité financière du donneur d'ordre vis-à-vis de son cocontractant est conditionnée par l'établissement d'un procès-verbal pour délit de travail dissimulé à l'encontre de ce dernier, s'agissant d'une condition préalable tandis que la régularité de la lettre d'observations ne suffit pas à assurer, à elle seule, la régularité de la procédure (2^e Civ., 13 octobre 2011, pourvoi n° 10-19.386 ; 2^e Civ., 13 octobre 2011, pourvoi n° 10-19.389 ; 2^e Civ., 13 octobre 2011, pourvoi n° 10-19.391 ; 2^e Civ., 28 mai 2020, pourvoi n° 19-14.862 ; 2^e Civ., 28 mai 2020, pourvoi n° 19-14.863).

- qu'il n'est cependant pas fait obligation à l'organisme de recouvrement de produire le procès-verbal lors de la procédure de redressement, notamment à l'occasion de l'envoi de la lettre d'observations au donneur d'ordre, l'organisme de recouvrement ayant pour seule obligation, avant la décision de redressement, d'exécuter les formalités assurant le respect du principe de la contradiction par l'envoi de la lettre d'observations, sans être tenu de joindre à celle-ci le procès-verbal de constat du délit de travail dissimulé, dont, cependant, le juge peut toujours ordonner la production pour lever le doute invoqué devant lui par le donneur d'ordre poursuivi (2^e Civ., 13 février 2020, pourvoi n° 19-11.645, publié au *Bulletin* ; 2^e Civ., 13 février 2014, pourvoi n° 13-15.784 ; 2^e Civ., 13 octobre 2011, pourvoi n° 10-24.861, *Bull.* 2011, II, n° 188 ; 2^e Civ., 13 octobre 2011, pourvoi n° 10-19.389 ; 2^e Civ., 16 juin 2011, pourvoi n° 10-21.170).

Si la seule mention de l'existence d'un tel procès-verbal dans la lettre d'observations adressée au donneur d'ordre suffit à la régularité de la procédure de recouvrement, la Cour de cassation veille parallèlement au respect du principe de la contradiction en s'assurant que la lettre d'observations adressée au donneur d'ordre lui permet de connaître la nature, la cause et l'étendue de son obligation, notamment par l'indication du montant global des cotisations dues par le sous-traitant en infraction, ainsi que celle, année par année, des cotisations mises à la charge du donneur d'ordre, ce en application de l'article R. 243-59 du code de la sécurité sociale.

Il importe en outre de conserver à l'esprit la dimension pénale du régime du travail dissimulé qui imprime ses effets sur la mise en œuvre de la solidarité du donneur d'ordre.

- D'une part, si l'absence de poursuites pénales tant du sous-traitant que, le cas échéant, du donneur d'ordre ne fait pas par elle-même obstacle à la mise en œuvre de la solidarité financière, l'engagement de poursuites pénales est de nature, dès lors que la juridiction répressive s'est prononcée, à remettre en cause, si le délit n'est pas constitué aux yeux de celle-ci, la solidarité financière. L'autorité de la chose jugée au pénal fait ainsi obstacle, en cas de relaxe du sous-traitant, à la condamnation du donneur d'ordre sur le fondement de la solidarité financière.

- D'autre part, le procès-verbal, qui est systématiquement transmis au procureur de la République en application de l'article L. 8271-8 du code du travail, est susceptible de constituer un acte d'enquête, et d'être, à ce titre, protégé par le secret de l'enquête et de l'instruction en application de l'article 11 du code de procédure pénale. On rappellera que la chambre criminelle de la Cour de cassation a refusé le renvoi d'une question portant sur la constitutionnalité de l'article L. 8271-8 du code du travail en tant qu'il ne prévoit pas la transmission à l'intéressé du procès-verbal de constatation de l'infraction de travail dissimulé préalablement à sa transmission au procureur de la République au motif qu'une telle transmission porterait atteinte au secret de l'enquête et aurait une incidence sur la conservation des preuves (Crim., 5 août 2020, QPC n° 20-80.647), avant d'énoncer, pour rejeter au fond le pourvoi sur ce point, que ces mêmes dispositions n'imposent pas l'information des personnes visées au procès-verbal d'infraction avant transmission de celui-ci au procureur de la République (Crim., 12 janvier 2021, pourvoi n° 20-80.647, publié au *Bulletin*).

Les juridictions du fond et une partie de la doctrine (voir, François Taquet, « Travail dissimulé : mentions obligatoires de la notification de redressement au titre de la solidarité financière », *JCP* 2011, éd. E, 1822 ; Agnès Cerf-Hollender, « Travail dissimulé », *Rép. dr. trav.*, décembre 2012, mise à jour octobre 2018 ; Frédéric-Jérôme Pansier, « Jurisprudence – Droit social », *Les Cahiers Sociaux* décembre 2011, p. 334 ; Dominique Asquinazi-Bailleux, « Le procès-verbal de travail dissimulé à l'origine du redressement n'a pas à être joint à la lettre d'observation », *Bull. Joly travail* avril 2019, p. 32 ; Xavier Aumeran, « Travail dissimulé et non-communication du procès-verbal : le principe du contradictoire refoulé », *JCP* 2019, éd. S, 1102 ; François Taquet, « Une Urssaf peut-elle refuser la délivrance d'une attestation de vigilance sur la base d'un simple constat de travail dissimulé ? », *JSL* septembre 2019, n° 482) ont été critiques sur la jurisprudence de la chambre qui interdit au donneur d'ordre d'exiger la production du procès-verbal de constat de travail dissimulé et d'en contester le contenu.

Les pourvois formés par les URSSAF de Champagne-Ardenne et d'Alsace ont donné l'occasion à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation de s'interroger sur les conditions de la mise en œuvre de la solidarité financière du donneur d'ordre et en particulier, sur la question de la communication du procès-verbal de travail dissimulé au donneur d'ordre par l'organisme de recouvrement et de préciser sa jurisprudence,

notamment à l'aune de la décision du 31 juillet 2015 du Conseil constitutionnel (Cons. const., 31 juillet 2015, décision n° 2015-479 QPC, Société Gecop [Solidarité financière du donneur d'ordre pour le paiement des sommes dues par un cocontractant ou sous-traitant au Trésor public et aux organismes de protection sociale en cas de travail dissimulé]) qui a déclaré conformes à la Constitution les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 8222-2 du code du travail, sous réserve qu'elles n'interdisent pas au donneur d'ordre de contester la régularité de la procédure, le bien-fondé de l'exigibilité des impôts, taxes et cotisations obligatoires ainsi que des pénalités et majorations y afférentes au paiement solidaire desquels il est tenu.

La Cour de cassation a entendu maintenir sa jurisprudence selon laquelle la mise en œuvre de la solidarité financière du donneur d'ordre n'est pas subordonnée à la communication préalable à ce dernier du procès-verbal pour délit de travail dissimulé, établi à l'encontre du cocontractant (2^e Civ., 14 février 2019, pourvoi n° 18-12.150, publié au *Bulletin*).

Cependant, sur le rappel en visa de l'article 9 du code de procédure civile, aux termes duquel il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention, la Cour de cassation a décidé que l'organisme de recouvrement est tenu de produire ce procès-verbal devant la juridiction de sécurité sociale en cas de contestation par le donneur d'ordre de l'existence ou du contenu de ce document.

L'exigence du principe de la contradiction et les droits du donneur d'ordre qu'il tire de sa qualité de codébiteur solidaire, sont ainsi renforcés, le donneur d'ordre étant mis en mesure, au stade de l'instance judiciaire, de contester la régularité de la procédure, le bien-fondé de l'exigibilité des cotisations obligatoires ainsi que des majorations y afférentes au paiement solidaire desquelles il est tenu.