

LES NOTES DU CREOGN

Centre de Recherche de l'Ecole des Officiers de la Gendarmerie Nationale

Numéro 80 – Décembre 2022

Lieutenant (R0) Loïc Malfettes (Dr)



Priorité stratégique de la prospective



Gendarmerie et territoires

LA RÉPRESSION DU TRAVAIL ILLÉGAL À L'ÉPREUVE DES « FAUX » INDÉPENDANTS

Un comité interministériel « anti-fraude consacré à la lutte contre le travail illégal », réuni le 11 mars 2022, a présenté le bilan du Plan national de lutte contre le travail illégal 2019-2021 et les premières orientations pour le plan 2022-2024, dans lequel est en particulier pointé le développement des fraudes entourant le « faux » travailleur indépendant, notamment par le biais des plateformes de mise en relation.

La balance entre le statut d'indépendant et celui de salarié¹ se trouve en effet aujourd'hui chahutée à l'aune du développement de la « *gig economy* »². Ce contexte ramène au-devant de la scène une question ancienne : où fixer la frontière entre le salariat et le travail indépendant ? Cette question pourrait paraître triviale si elle ne charriait pas avec elle son lot de conséquences à la fois sociales, économiques et juridiques. Au-delà de l'enjeu de l'application du droit du travail, c'est aussi tout un régime de sécurité sociale que conditionne la qualification du travailleur. De là en découle la tentation de fraudes consistant pour les entreprises à recourir fallacieusement à des travailleurs déclarés comme indépendants pour échapper aux « contraintes » sociales et réglementaires, qui sont tout autant de protections du point de vue du travailleur. Ces fraudes peuvent être appréhendées sous l'angle et sous la qualification du travail illégal. Mais où fixer la limite entre le licite et l'illicite ? Et dès lors que la pratique est identifiée comme relevant d'une hypothèse de travail illégal, dans quelle mesure l'appareil répressif existant peut-il agir ? C'est à ces deux questions intrinsèquement liées que la présente contribution ambitionne d'apporter des éclairages, en étudiant dans quelle mesure la situation d'un « faux » indépendant peut être identifiée et relever du travail illégal (I), avant de s'interroger sur l'efficacité de l'appareil répressif pour faire face à ces situations (II).

I) Les « faux » indépendants saisis par la notion de travail illégal

Une infraction pénale protéiforme. L'infraction de travail illégal poursuit plusieurs buts dont les principaux sont de sanctionner les employeurs lésant les droits des salariés, biaisant la juste concurrence avec les entreprises vertueuses, et bafouant le contrat social noué avec l'État. Certaines entreprises vont en effet dissimuler, en tout ou partie, des emplois salariés et des activités pour diminuer leurs charges, leur permettant ainsi des coûts compétitifs au détriment des droits sociaux des travailleurs et de l'État.

Au plan pénal, le délit de travail dissimulé peut prendre deux formes principales que sont la dissimulation d'activité³ et la

1 La jurisprudence retient classiquement qu'est salarié celui qui est lié par un lien de subordination caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné. (V. Soc. 13 nov. 1996 ; Dr. soc. 1996. 1067, note Dupeyroux).

2 Cette expression anglo-saxonne ambitionne de décrire le fleurissement des nouvelles formes d'emploi « à la tâche », généralement gérées via des plateformes digitales (du type Uber, Airbnb). Sur ce sujet V. GANDINI Alessandro (2019), « *Labour process theory and the gig economy* », *Human Relations*, vol. 72, n° 6, p. 1 039-1 056.

3 Prévue aux articles L 8221-3 et 4 du Code du travail, qui la définissent comme l'exercice « à but lucratif d'une activité de production, de transformation, de réparation ou de prestation de services ou l'accomplissement d'actes de commerce par toute personne qui (...) [n'a pas procédé à une immatriculation obligatoire, à une déclaration sociale ou fiscale obligatoire, ou encore] s'est prévalu de dispositions applicables au détachement de salariés lorsque l'employeur de ces derniers exerce dans l'État sur le territoire duquel il est établi des activités relevant uniquement

dissimulation d'emploi salarié⁴. Si l'indépendant peut être visé par la première forme en qualité d'auteur de l'infraction (en ne procédant pas à son enregistrement ou aux déclarations sociales et fiscales obligatoires par exemple), il peut aussi, lorsque le statut lui a été « soufflé » par son principal client, se retrouver dans une posture de subordination avec ce dernier et être victime de travail illégal par dissimulation d'emploi salarié. L'on notera à ce titre que la responsabilité pénale des sociétés utilisatrices pourra être engagée dès lors qu'il est établi qu'elles ont recours sciemment au service de celui qui exerce un travail dissimulé (art. L 8221-1, 3° du Code du travail).

Une difficile qualification. Établir l'existence d'une infraction dans l'hypothèse d'un travailleur dûment enregistré n'est toutefois pas aisé, en attestent les débats récents nourris sur les travailleurs prétendument indépendants des plateformes type Uber ou Deliveroo⁵. Il est, en effet, d'abord nécessaire d'établir la qualité d'employeur de l'auteur⁶. Pour ce faire, il sera nécessaire de prouver l'existence d'un lien de subordination juridique, étant précisé que la volonté exprimée par les parties ou la dénomination qu'elles ont donnée à la convention les liant n'influe pas sur la qualification, qui dépend uniquement des circonstances de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs⁷. Ainsi pourra-t-il en être d'un autoentrepreneur⁸, d'un associé⁹, d'un stagiaire ou encore d'un bénévole qui serait placé factuellement dans l'exacte posture d'un salarié rémunéré pour une prestation de travail effectuée sous lien de subordination.

Mais comment parvenir à prouver cette situation ? La démarche est d'autant plus complexe que le Code du travail établit plusieurs présomptions de non-salariat pour les personnes physiques inscrites ou immatriculées à certains registres, dont notamment le Registre du commerce et des sociétés (RCS)¹⁰. Le Code du travail double cette présomption d'une seconde en affirmant qu'est « *présupposé travailleur indépendant celui dont les conditions de travail sont définies exclusivement par lui-même ou par le contrat les définissant avec son donneur d'ordre* ».

Une démonstration accessible. Ces présomptions peuvent toutefois être renversées en démontrant l'existence d'un lien de subordination juridique. Les juridictions du fond procèdent en la matière à une interprétation au cas par cas, considérant un faisceau d'indices convergents : la liberté de déterminer ses horaires, ses jours de repos, l'existence d'un système de permanence, la possibilité pour le commanditaire de prononcer des sanctions¹¹, une situation de dépendance juridique et économique de la victime, des directives précises quant à l'exécution de sa tâche, le fait d'être tenu d'obtenir un accord pour fixer sa période de congés¹², une dépendance totale dans l'organisation et l'exécution de sa mission¹³...

Une fois ce lien établi, il faudra encore établir que le donneur d'ordre s'est soustrait intentionnellement à l'accomplissement d'une des obligations incombant à l'employeur mentionnées par la loi (déclaration préalable à l'embauche, remise de bulletin de paie mentionnant l'exactitude des heures accomplies avec conservation d'un double, déclarations récurrentes obligatoires auprès des organismes fiscaux et sociaux)¹⁴.

L'on notera par ailleurs que l'infraction de travail dissimulé étant un délit, il est nécessaire d'établir un élément intentionnel chez l'auteur, à propos duquel la jurisprudence ne semble pas faire preuve d'une excessive exigence, en considérant généralement que le prévenu, en raison de sa qualité de professionnel, ne peut ignorer les obligations pesant sur lui¹⁵.

de la gestion interne ou administrative, ou lorsque son activité est réalisée sur le territoire national de façon habituelle, stable et continue ».

4 Prévus aux articles L 8221-5 et s. du Code du travail.

5 V. encore dernièrement : Quel avenir pour les plateformes après le rapport Frouin ? *Droit social*, dossier « Protection sociale et économie de plateforme », juillet-août 2021.

6 Peu importe sa qualité, entreprise, particulier ou encore association.

7 Cette assertion résulte d'une jurisprudence constante, V. Cass. Ass. Plén., 4 mars 1983, n° 81-15290.

8 La Chambre criminelle a, par exemple, pu juger que l'employeur qui fait travailler ses anciens salariés sous le statut d'auto-entrepreneur, dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à son égard, se rend coupable de travail dissimulé. Crim. 15 déc. 2015, n° 14-85.638.

9 Il a, à cet égard, été jugé par exemple qu'un avocat en contrat de collaboration libérale doit rapporter la preuve de ce qu'ayant manifesté la volonté de développer une clientèle personnelle, il en a été empêché en raison des conditions d'exercice de son activité. Crim. 15 mars 2016, n° 14-85.328.

10 L'article L 8221-6 du Code du travail dispose en effet que la présomption existe pour « 1° Les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales pour le recouvrement des cotisations d'allocations familiales.

2° Les personnes physiques inscrites au registre des entreprises de transport routier de personnes, qui exercent une activité de transport scolaire prévu par l'article L. 214-18 du code de l'éducation ou de transport à la demande conformément à l'article 29 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 »

3° Les dirigeants des personnes morales immatriculées au RCS et leurs salariés ; »

11 Soc. 28 nov. 2018, n° 17-20.079 P.

12 Soc. 22 mars 2006: JCP S 2006. 1423, note Puigelier.

13 Civ. 2e, 28 nov. 2019, n° 18-15.333 ; V. encore la décision du Tribunal judiciaire de Paris condamnant la société Deliveroo pour travail dissimulé, la juridiction ayant constaté « un habillage juridique fictif ne correspondant pas à la réalité de l'exercice professionnel des livreurs » (TJ de Paris, 19 avril 2022).

14 V. les articles L 8221-5 et 6 du Code du travail.

15 Étant précisé qu'il n'est pas exigé de prouver un dol spécial qui consisterait en la volonté de dissimuler les salariés ou l'activité. V. Cass. Crim. 20 juin 2017, n° 14-85879.

Au bilan, l'usage frauduleux d'un statut d'indépendant pour dissimuler un emploi salarié ; s'il apparaît difficile à caractériser du fait des présomptions de non-salariat, n'en demeure pas moins accessible en ce que la jurisprudence ne s'arrête pas à la seule lettre du contrat qui unit les deux parties. Reste à mesurer l'efficacité des moyens et outils de répression mobilisables pour identifier et sanctionner les fraudeurs.

Particularité des travailleurs de plateformes. L'économie des plateformes numériques suscite en particulier ces difficultés de qualification, dans un environnement législatif qui peine encore à se saisir efficacement de ces situations de l'« entre-deux », en dépit de la dimension européenne de la difficulté¹⁶ et d'un poids économique estimé à 20 milliards d'euros annuels¹⁷. Devant l'importance du phénomène, la Commission européenne entend réagir avec de nouvelles règles exigeant des plateformes qu'elles mettent à la disposition des autorités certaines informations sur leurs activités et sur les personnes qui y travaillent. C'est dans cette perspective qu'est discutée une proposition de directive fournissant notamment une liste de critères permettant de déterminer si la plateforme est un employeur¹⁸.

Les plateformes ouvrent également un champ de réflexion juridique autour de l'infraction de « *recours sciemment* » au travail illégal. Bien que les plateformes se présentent comme de simples intermédiaires, le voyageur/consommateur final demeure – dans le schéma – le donneur d'ordre, dont il ne serait pas exclu d'engager également la responsabilité pénale sur le fondement de l'article L 8221-1,°3. L'essentiel de la difficulté résidera ici dans la démonstration de la conscience et de la volonté de recourir, fût-ce indirectement via la plateforme, à un « faux » indépendant.

Une tentative de parade a ainsi pu voir le jour dans le domaine des courses de VTC, les chauffeurs se trouvant désormais fréquemment salariés de micro-sociétés exerçant leur activité via une et ou plusieurs plateformes. La fragilité et le caractère éphémère de ces petites sociétés venant ajouter un degré d'intermédiation supplémentaire ouvre vers d'autres difficultés en cas de défaillance de l'employeur.

Il ne sera dans ce contexte pas impossible, si l'employeur s'apparente à une société écran, d'aller engager la responsabilité pénale de la plateforme si un lien de subordination parvient à être démontré. Dans ce contexte, la théorie du co-emploi pourra être envisagée comme une piste pour engager – au-delà de la seule responsabilité pénale – la plateforme en situation de solvabilité¹⁹.

II) L'efficacité des outils de lutte contre la « fraude au statut d'indépendant »

Des sanctions pénales et civiles lourdes de conséquences. Une fois la fraude établie et reconnue judiciairement, l'appareil répressif à disposition se révèle suffisamment conséquent puisque le délit est puni de 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende, pouvant être porté à dix ans et 100 000 euros lorsque le délit est commis en bande organisée²⁰. Des peines complémentaires très incapacitantes dans la poursuite de l'activité entrepreneuriale peuvent en outre être prononcées (l'exclusion des marchés publics pour une durée de cinq ans, la confiscation des objets ayant servi directement ou indirectement à commettre l'infraction ou qui ont été utilisés à cette occasion, ainsi que ceux qui en sont le produit et qui appartiennent au condamné ou encore la diffusion et l'affichage de la condamnation, occasionnant un déficit d'image qui peut se révéler très conséquent).

L'employeur indélicat est, par ailleurs, tenu au paiement des cotisations et contributions sociales à la charge des employeurs, calculées sur les sommes versées aux personnes mentionnées concernées au titre de la période pour laquelle la dissimulation d'emploi salarié a été établie²¹.

La synergie entre l'action pénale et l'Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (URSSAF) permet de renforcer le caractère dissuasif de l'infraction, étant précisé que si les faits constatés donnent lieu à la transmission d'un procès-verbal au Parquet, des sanctions spécifiques s'appliquent sur le montant du redressement – y compris s'il s'agit d'un redressement forfaitaire, avec majoration du redressement de 25 % au titre de la dissimulation²².

Les faits établissant l'élément matériel du délit de travail dissimulé constituent, en outre, le fait générateur du versement des cotisations et contributions dues au titre du redressement et justifient l'annulation par l'organisme de recouvrement des mesures d'exonération et de réduction de celles-ci²³.

16 V. en Italie : Ubérisation. La justice italienne exige la régularisation de plus de 60 000 livreurs. *Libération*, 25 février 2021.

17 *Améliorer les conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme*, Comm. européenne, décembre 2021.

18 Si la plateforme remplit les critères requis, elle est légalement présumée être un employeur (présomption réfragable), V. proposition de directive COM(2021) 762 final, 9.12.2021.

19 V. l'arrêt fondateur de la théorie du co-emploi, Cass. Soc., 13 janvier 2010, n° 08-15.766.

20 Article L8224-1 du Code du travail.

21 V. L 8221-6 *in fine* du Code du travail.

22 Cette majoration est portée à 40 % lorsque l'infraction de dissimulation d'emploi salarié ou de dissimulation d'activité concerne plusieurs salariés. V. les articles L 243-7-7 et L 244-3 du Code de la sécurité sociale.

23 Civ. 2e, 10 oct. 2013, n° 12-26.123.

Le salarié sous faux statut indépendant, ou toute organisation syndicale intéressée à agir²⁴, pourra quant à lui également solliciter de l'employeur une indemnité forfaitaire de 6 mois de salaires²⁵ qui, si elle ne constitue pas une sanction ayant le caractère d'une punition aux yeux du Conseil constitutionnel en ce qu'elle a pour objet d'assurer une réparation minimale du préjudice subi par le salarié du fait de la dissimulation du travail²⁶, vient encore alourdir le coût financier de la fraude pour l'employeur.

Sanctions administratives. La condamnation pour dissimulation d'activité économique ou dissimulation d'emploi salarié exposera encore à de très dissuasives peines complémentaires se manifestant sous la forme de sanctions administratives, dont l'interdiction, pendant cinq ans, de bénéficier de certaines aides publiques, et l'obligation de rembourser les aides publiques qui ont été octroyées au cours de 12 mois précédant l'établissement du procès-verbal, la fermeture administrative pendant 3 mois de l'établissement ou encore la dissolution de l'entreprise, si la personne morale a été créée pour commettre les faits.

La sévérité potentielle du régime répressif se renforce encore en ce que ces sanctions sont cumulables entre elles. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs récemment validé la constitutionnalité de la pluralité de sanctions pénales, civiles et administratives²⁷.

Des moyens d'investigations renforcés. Que la procédure émane de l'URSSAF ou d'un partenaire habilité à la lutte contre le travail dissimulé²⁸, l'établissement d'un procès-verbal de travail dissimulé peut donner lieu à des difficultés de recouvrement (situation d'insolvabilité organisée, mise à l'écart des biens mobiliers...), bien que généralement moins présentes dans le cas du recours à des « faux » indépendants que dans celui de la dissimulation d'activité, l'entreprise ayant généralement une existence antérieure et aspirant à une certaine pérennité.

Dans ce genre d'hypothèses, les directeurs des organismes de recouvrement sont, en outre, autorisés à procéder immédiatement à des mesures conservatoires (gel des actifs, notamment des avoirs bancaires), sans autorisation préalable du juge de l'exécution et sans que la situation de mise en péril du recouvrement des cotisations ne soit à démontrer²⁹.

Des précautions procédurales devront toutefois être prises par les enquêteurs dans ce contexte. Rappelons, en effet, que la Cour de cassation a pu juger récemment 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, même si les personnes ne le sont que dans le cadre de vérifications³⁰.

*

La prise en compte de la fraude entourant le « faux » travailleur indépendant apparaît comme l'un des axes de la politique de lutte contre le travail illégal. Sous réserve d'en maîtriser les subtilités procédurales et les éléments permettant de définir la frontière du salariat, une fois caractérisée, l'infraction permet d'accéder à un panel répressif sérieusement dissuasif. Le niveau de sensibilisation et de formation des enquêteurs quant à l'investigation et à la détection de ces situations devient alors le facteur critique. Sur ce terrain, la montée en puissance et en compétence de cellules spécialisées, centralisées ou décentralisées, comme l'Office central de lutte contre le travail illégal (OCLTI), sera incontournable. De même en est-il de l'indispensable développement de la synergie entre les différents services de l'État (police, gendarmerie, inspection du travail et URSSAF au premier plan) et de leur collaboration judiciaire, dont le principe a d'ailleurs été institutionnalisé à l'article 28 du Code de procédure pénale. Le succès de la politique de lutte contre ces fraudes est à ce prix.

Loïc Malfettes est Docteur en droit privé et sciences criminelles, lieutenant de la réserve opérationnelle de la gendarmerie nationale.

Le contenu de cette publication doit être considéré comme propre à son auteur et ne saurait engager la responsabilité du CREOGN.

24 Le mécanisme peut être actionné par les organisations syndicales sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé. Cette possibilité a pour objectif de protéger les intérêts de la profession concernée et de surmonter la désinformation et/ou la compréhensible timidité du salarié dissimulé exposé par une action individuelle.

25 Prévus à l'article L8223-1 du C. trav. et recalculés sur la base de l'équivalent du salaire conventionnel.

26 Cons. const., QPC, 25 mars 2011.

27 Cons. Const., 7 oct. 2021, n° 2021-937 QPC.

28 Inspection du travail, police/gendarmerie, services fiscaux, douanes... nombreux sont en effet les agents agréés et assermentés pour constater ces infractions, V. Art. L 8271-1 et suivants du C. trav.

29 Cons. const. 7 oct. 2021, n° 2021-937 QPC.

30 Civ. 2e, 19 sept. 2019, n° 18-19.929 P.