

**ENTREPRISE ÉTRANGÈRE SANS ÉTABLISSEMENT EN FRANCE ET NULLITÉ DU MANDAT DU SALARIÉ
AUX FINS DE PAIEMENT DES COTISATIONS DE SÉCURITÉ SOCIALE EN FRANCE**

¹ CSS, art. L 111-2-2 1° a).

² Cass, 2^{ème} civ., 9 fév. 2017, n° 16-10.796 : Bull. civ., V, à paraître.

Dans un contexte grandissant de lutte contre la fraude à la sécurité sociale, particulièrement en matière de paiement des cotisations et contributions patronales, les entreprises étrangères ne sont pas épargnées. Tel est le cas lorsqu'un salarié réside et exerce son activité professionnelle en France alors que l'entreprise qui l'emploie est établie dans un autre État et ne possède pas d'établissement sur le territoire français. En pareille hypothèse, l'employeur est redevable de cotisations sociales en vertu du principe de territorialité¹. En pratique toutefois, procéder à leur déclaration ainsi qu'à leur versement n'est pas chose aisée. Afin de simplifier ses démarches, l'employeur peut-il donner mandat à un salarié de le représenter auprès de l'organisme de recouvrement compétent ? Par un arrêt du 9 février 2017², rendu aux vises des articles L. 241-8 et L. 243-1-2 du Code de la sécurité sociale, la Cour de cassation répond par la négative et interdit strictement une telle pratique, y compris quand les

parties ont pris le soin de préciser que le salarié ne supportera pas la charge définitive du versement des sommes dues.

En l'espèce, une société suisse ne possédant pas d'établissement en France avait embauché une salariée qui avait résidé et exercé ses fonctions sur le territoire français durant un peu plus d'un an. Les parties avaient conclu une convention instituant la salariée comme mandataire de l'employeur en charge des déclarations sociales et des cotisations et contributions patronales relativement aux sommes perçues par celle-ci ou par tout autre salarié de la société appelé à exercer une activité en France. Se prévalant de ladite convention, l'Urssaf met en demeure la salariée de s'acquitter du paiement de certaines cotisations dont elle n'a pas reçu le paiement ; décision que cette dernière décide de contester. Après avoir été condamnée par la Cour d'appel de Colmar en date du 26 novembre 2015 au motif que la société « *avait régulièrement désigné Mme X..., en application de l'article L. 243-1-2 du Code de la sécurité sociale, en tant que mandataire responsable légal* », la salariée forme un pourvoi en cassation. Cette dernière casse l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Colmar pour violation de la loi et, par un attendu de principe, affirme que « *la convention par laquelle l'employeur dont l'entreprise ne comporte pas d'établissement en France désigne un salarié de son entreprise pour remplir ses obligations déclaratives et de versement des cotisations sociales est nulle de plein droit et ne peut produire aucun effet quand bien même elle prévoit que le salarié ne supportera pas définitivement la charge résultant de ce versement* ».

Si cet arrêt s'inscrit dans la quête d'un équilibre entre la protection des salariés et la volonté d'inciter les firmes étrangères à développer leur activité économique sur le territoire français en simplifiant leurs démarches auprès des organismes de recouvrement, il est surtout le révélateur de la lutte croissante, menée par les organismes de recouvrement, contre d'éventuelles fraudes des employeurs étrangers à la sécurité sociale. Deux retombées pratiques de l'arrêt apparaissent alors : certains y verront une possible désincitation des firmes étrangères à recourir à du personnel salarié français, mais le réel enjeu paraît être celui de la suppression d'un potentiel débiteur pour les organismes de recouvrement. Pour autant, n'est-ce pas là le nécessaire prix à payer pour éviter que le salarié, déjà subordonné au pouvoir de direction de son employeur, ne devienne, qui plus est, financièrement responsable d'obligations incombant à ce dernier ? Cet arrêt vient apporter des précisions relatives à l'interprétation de l'article L. 243-1-3 du Code de la sécurité sociale concernant la personne du représentant et déclame, en outre, par une interprétation stricte de l'article L. 241-8 du Code de la sécurité sociale, une interdiction de mandater un salarié de l'entreprise à ce titre (I). Si une telle décision rassure par sa clarté, elle n'en est pas moins source d'interrogations quant à ses retombées potentielles (II).

³ Lettre circ. ACOSS n°2004-110 du 29 juin 2004, « Employeurs non établis en France » (non publiée au JO).

I. L'INTERDICTION DE DÉSIGNATION D'UN SALARIÉ COMME REPRÉSENTANT DE L'EMPLOYEUR EN MATIÈRE DE COTISATIONS ET CONTRIBUTIONS SOCIALES

La Cour de cassation interdit strictement à un employeur de mandater un salarié afin qu'il s'acquitte des déclarations et du versement des cotisations et contributions sociales dont il a la charge. Une telle interdiction pouvait être attendue eu égard, notamment, à l'évolution des dispositions légales et réglementaires en la matière.

La Cour de cassation prononce la nullité de plein droit de la convention mandant un salarié comme représentant de l'employeur auprès de l'Urssaf. De prime abord, la solution a de quoi surprendre : l'article L. 243-1-2 du Code de la sécurité sociale semble autoriser ce genre de convention et une circulaire ACCOSS, certes inopposable aux organismes de sécurité sociale, validait expressément une telle pratique³. Pourtant, ce choix paraît trouver sa justification dans la volonté de la Cour de cassation de protéger les intérêts du salarié, partie faible au contrat de travail, face à de potentielles manœuvres de son employeur dont la finalité serait de lui faire supporter la charge financière de ses cotisations et contributions sociales. En ce sens, la Cour s'inscrit dans la mouvance des dispositions légales et réglementaires en la matière. Auparavant, l'article R. 243-5 du Code de la sécurité sociale faisait peser sur le salarié la responsabilité de « l'exécution des obligations incombant à (l') employeur ». Il lui revenait donc de veiller à prendre

⁴ Cass. soc., 6 mai 1999, n° 96-44.845 : Bull. civ., V, n° 194.

⁵ Cass. soc., 21 mai 1985, n° 84-11.974 : Bull. civ., V, n° 229.

⁶ Cass. soc., 19 juil. 2001, n° 00-12.459 : Bull. civ., V, n° 283.

⁷ Décret n° 2004-890 du 26 août 2004 – art. 5 (V), JORF 29 août 2004.

⁸ Ass. Nat., Rapp. n° 1157, Tome 1, Part. 2, art. 57 ; PLFSS pour 2004, n° 1106, 16 oct. 2003, article 57.

⁹ Sénat, Commission des affaires sociales, Rapport n° 59, PLFSS pour 2004, Tome V, article 57.

« toutes dispositions pour être affilié au régime français et s'acquitter tant des cotisations d'assurance maladie que de retraite »⁴, sauf à être poursuivi par l'Urssaf en recouvrement des sommes dues⁵. Si la règle était claire, des doutes sont apparus quant à sa légalité, eu égard à l'article L. 241-8 du Code de la sécurité sociale. À ce sujet, par un arrêt rendu en date du 19 Juillet 2001⁶, le juge judiciaire avait pu surseoir à statuer et inviter les parties à saisir le Conseil d'État de la question préjudicielle portant sur la légalité de cette disposition. Sans attendre la décision du Conseil d'État, l'article R. 243-5 du Code de la sécurité sociale fut tronqué des dispositions litigieuses par décret d'application⁷ et la loi du 18 décembre 2003 introduisit un nouvel article L. 243-1-2 du Code de la sécurité sociale. L'objectif affiché de l'adoption de ce nouveau texte était de simplifier les démarches déclaratives des employeurs non établis en France, en autorisant la désignation d'un représentant pour répondre au phénomène d'accroissement de la mobilité internationale⁸. A la vérité, il s'agissait plutôt de supprimer et remplacer les dispositions antérieures qui faisaient *état d'un système qui était jusqu'alors inéquitable (en raison de) la responsabilité pesant sur*

le salarié n'ayant lui-même pas de pouvoir de contrainte sur son employeur⁹. La Cour de cassation ne fait donc que rétablir une situation équitable entre salarié et employeur.

Lorsque la Cour prononce la nullité de plein droit de la convention désignant un salarié comme représentant de l'employeur, elle ajoute qu'aucun aménagement ne peut être envisagé par les parties. Une telle prise de position a le mérite de ne pas laisser de doute sur la règle qui désormais s'applique : aucune convention quelle qu'elle soit ne peut avoir pour objet de mandater un salarié comme représentant de son employeur « *quand bien même elle prévoit que le salarié ne supportera pas définitivement la charge résultant (du) versement (des cotisations)* ». En l'espèce, tout l'enjeu était de combiner les articles L. 241-8 et L. 243-1-2 du Code de la sécurité sociale. Le premier de ces articles pose pour principe que « *la contribution de l'employeur reste exclusivement à sa charge* », le second prévoit une possibilité d'aménagement de ce principe par la désignation d'un représentant « *personnellement responsable des opérations déclaratives et du versement des sommes dues* ». Deux interprétations sont alors possibles.

La première amènerait à penser que le terme de « contribution », apparaissant à l'article L. 241-8 précité, ne fait référence qu'au paiement effectif des sommes dues par l'employeur. Si tel est le cas, les deux articles susvisés s'articuleraient aisément : l'employeur serait le débiteur exclusif des cotisations dues à l'Urssaf et le représentant devrait s'acquitter des formalités déclaratives et de versement des cotisations sociales sans avoir à supporter la charge définitive du paiement. Cette répartition des rôles entre employeur et représentant avait d'ailleurs été envisagée comme telle par les parties à la convention litigieuse.

Mais là n'est pas la position de la Cour de cassation qui réalise une interprétation extensive de la notion de « contribution » en y incluant trois éléments : les obligations déclaratives, le versement des cotisations et contributions à l'organisme de recouvrement et la charge financière définitive de ces mêmes cotisations et contributions. Elle aurait pourtant pu s'en tenir à une interprétation plus classique, en gardant une motivation similaire mais en reconnaissant, en l'espèce, que des précautions suffisantes avaient été prises par les parties. En effet, la convention précisait bien que la charge définitive du versement des prestations ne reposerait pas sur le salarié, ce qui ne contrevenait pas en tant que tel aux dispositions de l'article L. 241-8 du Code de la sécurité sociale¹⁰. Par ce choix, la combinaison des deux articles susvisés est rendue délicate : l'article L. 241-8 du Code de la sécurité sociale prend une portée absolue ce qui vide, conséquemment, l'article L. 243-2-1 de sa substance. La volonté d'une protection absolue du salarié contre le risque qu'il se voit contraint de recouvrer les cotisations et contributions sociales en lieu et place de l'employeur transparait clairement. Cependant, les conséquences d'une telle position peuvent apparaître, sous un certain angle, dommageables.

¹⁰ À l'inverse d'une clause contractuelle prévoyant un véritable transfert de charge : Cass, soc., 14 sept. 2005, n° 03-43.314, inédit.

II. LES EFFETS DE L'INTERDICTION DE DÉSIGNATION DU SALARIÉ COMME REPRÉSENTANT DE L'EMPLOYEUR EN MATIÈRE DE COTISATIONS ET CONTRIBUTIONS SOCIALES

Si cet arrêt soulève des incertitudes sur les effets attendus de la nullité de plein droit prononcée par la Cour de cassation, ces effets demeurent néanmoins préférables à ceux qui auraient pu être engendrés par la poursuite d'un autre raisonnement par les parties, fondé sur le droit commun du mandat.

Selon le régime de droit commun, l'effet essentiel de l'annulation est d'entraîner la disparition rétroactive du contrat. Ainsi, les parties sont ramenées au *statu quo ante*, c'est-à-dire dans les conditions préexistantes au contrat. Cela emporte deux conséquences : tous les actes qui ont été passés au cours du contrat sont eux aussi annulés et le juge prononçant la nullité du contrat devra, si besoin, procéder à des remises en état puisque le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. Dans le cas présent, cela pourrait signifier que tous les actes passés entre l'Urssaf et la salariée mandatée seraient annulés. Il en irait ainsi, notamment, des actes de contrôle ou de recouvrement. Cette nullité aurait par ailleurs, semble-t-il, pour effet de rendre inopposable à l'employeur toutes les actions menées par l'Urssaf envers lui puisqu'elles auront été conduites sous le joug d'une convention inexistante. Effet qu'il faut néanmoins nuancer puisque si la convention est effectivement nulle, il n'en est rien du contrat de travail duquel découle l'obligation de cotiser ; l'Urssaf devrait donc pouvoir se tourner vers l'employeur pour obtenir le paiement des cotisations et contributions lui incombant.

¹¹ C. civ, art. 1984.

¹² Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016 (JO 11 févr.), voir : C. civ, art. 1156 et 1157.

Une telle décision semble placer l'Urssaf du Bas-Rhin dans une position bien délicate et incertaine puisqu'elle risque de peiner, dans les cas similaires, à recouvrer ses créances. Cette situation peut paraître paradoxale puisque les dispositions légales mobilisées ont pour objectif de simplifier les démarches des firmes étrangères non établies en France et implicitement d'assurer l'Urssaf du paiement des cotisations dues en désignant un débiteur sur le territoire français. Elle se justifie pourtant, le salarié n'ayant pas à supporter le risque du non-paiement des cotisations et contributions sociales patronales. Elle s'explique d'autant plus qu'elle permet de couper court à toute alternative, moins protectrice des intérêts du salarié, qui aurait pu être avancée par les parties sur le fondement du droit commun du mandat.

Dans un souci de protection de la salariée, et face au caractère équivoque des textes mobilisés, la Cour de cassation a justement procédé à une interprétation extensive de l'article L. 241-8 du Code de la sécurité sociale emportant la nullité de plein droit de la convention la mandatant comme représentante de son employeur auprès de l'Urssaf du Bas-Rhin. À ce titre, la position de la Cour pourrait être admise comme la création prétorienne d'un nécessaire « verrou » à des dispositions légales équivoques, desquelles aurait pu être faite une interprétation différente et bien moins protectrice du salarié.

En effet, les parties semblaient en mesure de se fonder sur le régime de la représentation et plus précisément du mandat¹¹, structuré par la réforme du droit des contrats de 2016¹².

Si une telle stratégie avait été investie, cela aurait conduit, en un sens, à protéger les intérêts de la salariée-mandataire dans la mesure où le régime de droit commun prévoit que cette dernière n'est qu'un intermédiaire et que seule la responsabilité de l'employeur-mandant peut être engagée envers les tiers – en l'espèce l'Urssaf du Bas-Rhin -¹³. On pourrait opposer à cette alternative que les dispositions spéciales du Code de la sécurité sociale empêchent les parties de se fonder sur le droit commun du mandat par application de la règle « *specialibus generalibus derogant* ». Mais, ces articles ne prévoient pas que le représentant devienne personnellement responsable de la contribution définitive à la dette ; on identifie là une brèche dans laquelle les parties auraient sans doute pu s'engouffrer. Pourtant, une telle alternative aurait, dans un second temps, placé la salariée-mandataire dans une situation délicate puisqu'elle se serait risquée à voir sa responsabilité engagée par l'employeur-mandant, dans le cas où ce dernier serait parvenu à démontrer une faute de gestion ou une inexécution du mandat de sa part¹⁴. À terme, cela aurait donc pu amener la salariée concernée, mais également tous les autres salariés dans une situation similaire, à supporter la charge définitive des obligations financières incombant à l'employeur en matière de cotisations et de contributions sociales. Une telle porte ne pouvait être laissée entrouverte par la Cour de cassation qui, par la présente décision, la verrouille à double tour.

¹³ C. civ, art. 1998 al. 1^{er}.

¹⁴ C. civ, art. 1991 et 1992.