

 **COPIE**

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

9ème Ch Sécurité Sociale

COUR D'APPEL DE RENNES
ARRÊT DU 25 MAI 2016

ARRET N° 227

COMPOSITION DE LA COUR LORS DU DÉLIBÉRÉ :

R.G : 15/03233

Mme Sophie LERNER, Président,
M. Pascal PEDRON, Conseiller,
Mme Laurence LE QUELLEC, Conseiller,

GREFFIER :

Mme Dominique BLIN, lors des débats et lors du prononcé

URSSAF DE BRETAGNE

C/

SARL

DÉBATS :

A l'audience publique du 29 Mars 2016
devant M. Pascal PEDRON, magistrat rapporteur, tenant seul l'audience, sans
opposition des représentants des parties, et qui a rendu compte au délibéré
collégial

ARRÊT :

Contradictoire, prononcé publiquement le 25 Mai 2016 par mise à disposition
au greffe comme indiqué à l'issue des débats,

Infirme la décision déférée dans
toutes ses dispositions, à l'égard
de toutes les parties au recours

DÉCISION DÉFÉRÉE A LA COUR:

Date de la décision attaquée : 13 Mars 2015

Décision attaquée : Jugement

Juridiction : Tribunal des Affaires de Sécurité Sociale de RENNES

Copie exécutoire délivrée

le :

à :

APPELANTE :

l'URSSAF de BRETAGNE,
venant aux droits de l'URSSAF d'Ille et Vilaine
Quartier Beauregard
6 rue d'Arbrissel
35052 RENNES CEDEX 9

représentée par Mme HELIGON, en vertu d'un pouvoir spécial

INTIMÉE :

SARL

35000 RENNES

comparante en personne, assistée de Me Christelle BOULOUX-POCHARD,
avocat au barreau de RENNES substituée par Me Marine LEVASSEUR,
avocat au barreau de RENNES

FAITS ET PROCEDURE

Le 23 juin 2011 en soirée, des inspecteurs de l'URSSAF d'Ille-et-Vilaine (l'URSSAF), agissant en collaboration avec les services de l'inspection du travail d'Ille et Vilaine se présentaient à _____, restaurant rennais exploité par la SARL _____ (la société), pour procéder à un contrôle inopiné dans le cadre de la lutte contre le travail dissimulé.

Par lettre d'observations du 27 mars 2012, la Société se voyait notifier un redressement d'un montant total de 76 441 € pour travail dissimulé par dissimulation partielle d'emploi salarié (minoration des heures de travail) et annulation des réductions Fillon dans les termes suivants :

« (...) *OBJET DU CONTROLE : Recherche des infractions aux interdictions de travail dissimulé mentionnées à l'article L. 8221-1 du Code du travail*

(...)

LETTRE D'OBSERVATIONS

(Art.R.243-59 du code de la sécurité sociale)

Madame, Monsieur,

J'ai l'honneur de vous communiquer les observations consécutives à la vérification de l'application des législations de la sécurité sociale, de l'assurance chômage et de la garantie des salaires concernant les infractions aux interdictions mentionnées aux articles L. 8221-1 et L. 8221-2 du code du travail pour l'établissement (...)

Date de la fin du contrôle: 27 mars 2012

Période vérifiée: du 01/01/2007 au 31/08/2011

(...)

liste des Documents consultés pour ce compte :

Bulletins de salaire, Relevé individuel d'heures, Registre Unique du Personnel, DADS, Déclaration Unique d'Embauche, Tableau de comparaison heures travaillées / heures payées

Les observations communiquées ci-dessous résultent des infractions de travail dissimulé qui ont été constatées et qui font l'objet d'un procès verbal en date du 26/03/2012 adressé au Procureur de la République.

I. TRAVAIL DISSIMULE AVEC VERBALISATION: MINORATION DES HEURES DE TRAVAIL - TAXATION FORFAITAIRE

Textes.

Articles L.241-3, L.242-1, L.136-2, R.242-5 du code de la Sécurité sociale

Article 14 de l'ordonnance 96-50 du 24 janvier 1996.

I MINORATION DES HEURES DE TRAVAIL REALISEES PAR LES SALARIES

(...)

II EVALUATION DES MONTANTS A REINTEGRER - TAXATION FORFAITAIRE :

(...)

Constatations.

L'entreprise a fait l'objet d'un contrôle de son personnel le 23 juin 2011.

Ce contrôle organisé dans le cadre d'une action du CODAF, visait des entreprises du secteur des H.C.R. situé dans le centre ville de Rennes.

Au terme de cette intervention, il est mis en évidence un risque d'incohérence entre le décompte des heures de travail portées sur les relevés horaires du personnel de l'entreprise et le nombre d'heures payées sur les bulletins de salaires. Afin de s'assurer de la réalité de cette incohérence et d'en évaluer l'éventuelle proportion, le gérant de l'entreprise est convoqué dans les locaux de l'URSSAF, le 16 septembre 2011.

A cette occasion, nous consultons les contrats de travail, les relevés horaires et les bulletins de paie. Il est établi, sur la seule période où l'entreprise a conservé les relevés horaires de travail de ses salariés, à savoir d'avril à août 2011, que pour l'ensemble des salariés le nombre d'heures de travail est supérieur au nombre d'heures rémunérées.

La détermination du chiffrage de cette minoration sera fiabilisé à partir d'un tableau de synthèse adressé par le conseil de l'entreprise.

La minoration des heures de travail est sans lien avec la constatation d'un éventuel droit à récupération, aucune comptabilisation des ces différences d'heures n'existant dans l'entreprise avant que nous demandions à l'entreprise d'établir ce document, les salariés ayant quitté l'entreprise n'étant pas rémunérés au terme de leur contrat du crédit d'heures constaté.

A défaut de tout autre élément pouvant nous être fourni par l'entreprise, le chiffrage du préjudice URSSAF est calculé ainsi:

- le taux de minoration des heures constaté pour chacune des deux équipes (cuisine et salle) sur la période de mai à août 2011 est extrapolé à l'ensemble de période non prescrite.

- il est tenu compte que les apprentis cotisent sur des bases forfaitaires, Le rappel de rémunération qui leur est dû, n'entraîne donc pas de rappel de cotisations.

- à titre exceptionnel, il n'est pas procédé à une majoration au titre des heures supplémentaires, telle que prévue par la convention collective applicable à l'entreprise.

Les anomalies constatées nous ont conduits à établir un procès verbal pour travail dissimulé à l'encontre de l'entreprise et de son dirigeant.

Cette procédure a été transmise à M. Le Procureur sous le n° 12128086.

Soit les régularisations suivantes (...) »

Par courrier du 23 avril 2012, la société a fait valoir ses observations, contestant le travail dissimulé, la taxation forfaitaire et l'annulation des réductions Fillon ; par courrier du 7 mai 2012, l'inspecteur du recouvrement maintenait les chefs de redressement envisagé.

Le 17 juillet 2012, l'URSSAF notifiait à la société au titre de ce redressement une mise en demeure pour un montant total de 90 485€, majorations comprises .

Après avoir saisi en vain la commission de recours amiable de sa contestation , la société a porté le litige le 09 octobre 2012 devant le tribunal des affaires de sécurité sociale d'Ille-et-Vilaine.

Par jugement du 13 mars 2015, le tribunal a annulé le redressement, rejeté les demandes de l'URSSAF de Bretagne, condamné celle-ci à rembourser à la société la somme de 90 485 euros, avec intérêts au taux légal à compter du jugement et a rejeté les autres demandes de la société.

Pour se déterminer ainsi, le tribunal a retenu que :

-l'inspecteur du recouvrement a sollicité de l'expert-comptable de la société, alors que l'article R 243-59 du code de la sécurité sociale n'autorise pas l'agent chargé du contrôle à solliciter directement d'un tiers à l'employeur des documents qui n'ont pas été demandés préalablement à ce dernier (cf 2e Civ ,20 mars 2008, s'agissant de l'expert-comptable), un tableau de synthèse des relevés horaires, sans qu'il soit justifié ou même prétendu que celui-ci avait été mandaté par l'employeur pour le représenter à cette fin ;

-ce document a bien été un élément déterminant du redressement, ayant non seulement facilité le travail de l'inspecteur en lui évitant de compiler les heures, mais surtout lui ayant permis de constater le taux d'heures non rémunérées et de « fiabiliser» la détermination du chiffrage de cette minoration alors qu'avant cette communication, seul un « risque d'incohérence» entre le décompte des heures de travail portées sur les relevés horaires du personnel de l'entreprise et le nombre d'heures payées sur les bulletins de salaire avait pu être mis en évidence.

-c'est par la réalisation par l'expert-comptable de ce tableau que la minoration des heures de travail réellement effectuées a été mise à jour, irrégularité conduisant à l'annulation du redressement de l'Urssaf qui ne conteste pas avoir déjà reçu paiement de la somme litigieuse.

L'URSSAF de Bretagne a interjeté **appel** le 13 avril 2015 de ce jugement qui lui avait été notifié le 26 mars 2015.

Par ses conclusions, auxquelles s'est référé et qu'a développées son représentant lors des débats, **l'URSSAF de Bretagne**, venant aux droits de l'URSSAF d'Ille et Vilaine, demande à la cour d'infirmer le jugement déféré quant à l'irrégularité de la procédure de contrôle, de confirmer le redressement pour travail dissimulé par minoration des heures déclarées, de condamner la société au paiement de la somme de 90 485 €, sans préjudice des majorations de retard complémentaires telles que prévues par l'article R 243-18 du code de la sécurité sociale, de condamner la société au paiement de la somme de 1 500€ au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, et de la débouter de toutes ses demandes, **faisant valoir pour l'essentiel que:**

-sur la prétendue nullité de la procédure de contrôle, alors que le procès-verbal pénal établi par l'inspecteur de l'URSSAF fait foi jusqu'à preuve contraire, la SARL ne justifie à aucun moment que l'URSSAF aurait sollicité directement l'expert comptable de la société sans en avoir préalablement fait la demande à M. pour obtenir la réalisation du tableau litigieux, qui au surplus ne se révèle pas être une pièce indispensable au contrôle; en effet, le 16 Septembre 2011, le gérant de l'entreprise est venu dans les locaux de l'URSSAF, accompagné par un membre de son cabinet comptable, qui intervenait donc en tant que conseil de la société et ne pouvait donc avoir la qualité de tiers au contrôle et il leur a été proposé à cette occasion d'établir un tableau synthétique des heures par salarié; c'est à l'occasion du second entretien, le 6 Octobre 2011, que le tableau synthétique en cause a été transmis à l'inspecteur; le cabinet comptable de la société est donc intervenu à tous les stades de la procédure, en tant que conseil de la société, et à aucun moment, l'URSSAF n'a sollicité directement le cabinet comptable pour l'établissement de ce tableau synthétique.

-dès la réception des contrats de travail, des bulletins de salaire et des relevés d'heures réclamés lors de la première audition du gérant, il apparaissait très clairement une minoration des heures de travail réellement effectuées, et ce bien avant la production du tableau réalisé par M. et son comptable.

-le procès-verbal pénal a quant à lui été versé contradictoirement à la présente procédure judiciaire, et la société a par ailleurs eu accès à cette pièce lors de la procédure pénale; ce procès-verbal pénal a par ailleurs été rédigé le 26 Mars 2012 à une date où l'article L 8113-7 du code du travail applicable n'exigeait plus sa remise au contrevenant.

-elle n'a pas utilisé la procédure dite d'échantillonnage de l'article R 243-59-2 du Code de la Sécurité sociale (nécessitant l'accord préalable de la société) relative au contrôle de la bonne application de la législation sociale de l'entreprise, mais

elle a simplement eu recours à la taxation forfaitaire de l'article R 242-5 permettant de chiffrer les cotisations redressées, selon le calcul détaillé à la lettre d'observations en reconstituant les heures supplémentaires effectuées et non déclarées, par rapport au taux d'anomalie constaté, dont le caractère excessif n'est pas rapporté par l'intimée.

-pour l'ensemble des salariés, le nombre d'heures de travail résultant des relevés horaires remplis par les salariés était bien supérieur au nombre d'heures rémunérées apparaissant sur les bulletins de paies, étant précisé qu'un horaire collectif est d'une part incompatible avec l'activité de restauration mais également inconciliable avec le fait qu'il est occasionnellement demandé à certains salariés d'effectuer des heures supplémentaires; il résulte de la convention collective applicable que lorsque des heures supplémentaires sont réalisées, l'employeur n'a que deux solutions, soit de les rémunérer en appliquant les majorations afférentes, soit en proposant à ses salariés un repos compensateur, l'employeur devant en tout état de cause tenir un récapitulatif, alors que la société n'a pas été en mesure de produire les éléments justifiant des repos compensateurs. De plus, il résulte de la convention collective que la société avait l'obligation d'indiquer sur les bulletins de salaire les éventuels repos compensateurs octroyés aux salariés, ce qu'elle n'a jamais fait, ne fournissant par ailleurs aucun élément probant permettant de justifier que les heures supplémentaires qui ont été réalisées, ont été soit payées soit récupérées, se contentant de l'affirmer.

-le classement sans suite en l'espèce prononcé par le Procureur de la République, suite à l'envoi du Procès-verbal de travail dissimulé adressé par les services de l'URSSAF et au refus du gérant de la société d'accepter le rappel à la loi envisagé pour lequel il avait été convoqué, ne permet nullement de conclure à l'absence de caractérisation de l'infraction de travail dissimulé.

Par ses écritures auxquelles s'est référé et qu'a développées son avocat à l'audience, **la Société demande** à la cour, au principal de confirmer le jugement déféré, au subsidiaire, d'annuler en tout état de cause le redressement opéré, de condamner l'URSSAF à lui rembourser les sommes déjà versées au titre du redressement notifié avec intérêt au taux légal à compter du 13 août 2012, de juger que l'URSSAF ne pourra pas compenser ces sommes avec des dettes de cotisations de la société vis-à-vis d'elle (échues ou non), à titre éminemment subsidiaire de réduire le montant du redressement à la somme de 14378 euros, dans tous les cas de condamner l'URSSAF, outre aux dépens, à lui verser la somme de 5000 euros au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile,

faisant valoir en substance que :

-le 23 juin 2011, les Inspecteurs URSSAF n'ont constaté aucune infraction au sein de la société ; l'URSSAF ne disposait donc d'aucun élément permettant de supposer et a fortiori de constater l'existence d'un travail dissimulé ; elle a, à ce stade, demandé aux salariés d'établir des décomptes, ce qu'ils ont fait. À l'issue du contrôle, l'URSSAF et l'inspection du travail ont convoqué M. _____ et son expert-comptable dans les locaux de l'URSSAF ; lors de cet entretien du 16 septembre 2011,

l'inspecteur URSSAF a demandé à pouvoir comparer les relevés d'heures de travail établis par les salariés et les bulletins de paie. Dès le 16 septembre, M. : a indiqué à l'inspecteur du recouvrement que les relevés d'heures établis à la hâte par les salariés, à la demande de l'URSSAF lors du contrôle n'étaient pas révélateurs de leurs heures de travail d'une part, et que pour les heures supplémentaires, les salariés bénéficiaient d'un paiement ou d'une récupération non mentionnée sur les bulletins de paie d'autre part, fournissant les attestations de ses salariés indiquant effectivement que les heures supplémentaires effectuées étaient soit réglées, soit récupérées. Dans les suites de cet entretien, et de manière plutôt surprenante, l'inspecteur du recouvrement s'est entretenu directement avec le comptable de la société qui, craignant de se voir reprocher un obstacle à contrôle, a transmis le 5 octobre 2011 à l'inspecteur du recouvrement le tableau demandé comparant les heures mentionnées sur les bulletins de paie de mai à septembre 2011 avec les décomptes établis à la hâte, à la demande de l'URSSAF, par les salariés, M. n'étant pas associé à cette démarche. Par mail du 6 octobre 2011, l'inspecteur du recouvrement a demandé l'accord du comptable pour procéder à une extrapolation des écarts constatés sur le tableau et concernant la période de mai à août 2011, sans que M. soit destinataire de ce mail, indiquant ainsi au comptable qu'il entendait appliquer le taux d'anomalie déterminé par lui, aux salariés présents lors du contrôle et aux anciens salariés de la structure, sur une période de cinq ans, selon que le salarié était affecté au "service" ou à la "cuisine » ;

aucun accord n'a cependant été donné à l'URSSAF pour appliquer cette méthode qui relève de l'échantillonnage et de l'extrapolation. Parallèlement, un procès-verbal dressé par l'Inspection du travail a été transmis au Procureur de la République qui a envoyé le dossier en enquête, M. étant alors entendu postérieurement à la notification de la lettre d'observations; par la suite, M. qui contestait l'infraction de travail dissimulé a refusé de prendre acte du rappel à la loi notifié, le dossier étant classé sans suite.

-la société n'a jamais connu aucune réclamation d'heures par ses salariés, qui dès le début, ont attesté en sa faveur pour indiquer qu'aucune heure ne leur était due.
-pour établir l'existence d'heures non rémunérées et le calcul du redressement, l'URSSAF se fonde uniquement sur un tableau de synthèse remis à la demande de l'URSSAF, non pas par M. mais par M. Comptable de la société; l'URSSAF n'établit pas avoir recueilli l'accord du gérant, seul représentant de la personne morale sur la réalisation et la transmission de ce tableau. Dès lors, le redressement fondé et calculé sur la base d'un tableau transmis par un tiers, et plus précisément l'expert-comptable du cotisant redressé qui n'est pas « le conseil de la société » doit être annulé. L'URSSAF, consciente que les éléments de sa procédure de sécurité sociale fixant les limites du litige sont insuffisants, verse en cause d'appel

et ce pour la première fois, le procès verbal pénal non soumis au principe du contradictoire contenant des allégations en contradiction avec celles figurant à la lettre d'observations établie pourtant à un jour d'intervalle; ce PV est d'ailleurs entaché d'irrégularités comme n'étant pas signé et n'ayant pas fait l'objet d'une remise de copie au contrevenant; ce seul document désormais avancé par l'URSSAF pour "réinventer" les circonstances entourant le redressement est insuffisant pour justifier un redressement mettant en péril l'existence de la société.

-De plus, en l'absence de constat de travail dissimulé suite au contrôle de juin 2011, l'URSSAF ne pouvait pas recourir au droit de communication, dérogoratoire au droit commun, dont les conditions de mise en oeuvre fixées à l'article L114-19 du code de la sécurité sociale n'ont d'ailleurs pas été respectées.

-elle n'avait pas l'obligation d'établir des relevés d'heures des salariés dans la mesure où ceux-ci travaillaient en horaire collectif, seul l'affichage des horaires du service s'imposant à l'employeur compte tenu des dispositions de la convention collective et de la modulation mise en place; l'URSSAF n'a par ailleurs pas nié l'existence des plannings au sein de la société alors que les salariés attestent que leurs heures ont bien été récupérées. L'URSSAF ne pouvait donc pas exiger des salariés et de l'employeur qu'ils remplissent des relevés d'heures à posteriori, réalisés à la hâte et dépourvus de valeur probante.

-l'URSSAF a recouru à la procédure dite d'échantillonnage de l'article R 243-59-2 du Code de la Sécurité sociale qui nécessitait l'accord préalable de la société, non recueilli en l'espèce.

-elle n'a pas mentionné de manière intentionnelle sur les bulletins de paye un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué, situation corroborée par le classement sans suite intervenue en matière pénale.

-en tout état de cause et dans la mesure où le redressement ne repose que sur l'absence de relevés d'heure qui ne doivent légalement être tenus à la disposition de l'inspecteur du travail que pendant un an, soit de mai 2011 à décembre 2011 puisque la lettre d'observations a été adressée le 18 mai 2012, le montant du redressement doit être limité par proratisation à hauteur de 8/12 de l'année 2011.

SUR QUOI, LA COUR

Sur l'annulation du redressement pour défaut d'accord de la société contrôlée à la réalisation et à la transmission du tableau de synthèse

Considérant que M. , gérant de la société, a indiqué lui-même dans son courrier du 23 avril 2012 de « réponse à la lettre d'observations » (pièce 6 de ses productions), au regard du tableau de synthèse que « vous m'avez convoqué dans vos bureaux pour un entretien (...) décalé au 16 septembre. Vous avez à cette occasion demandé au collaborateur de mon cabinet d'expertise comptable (qui m'accompagnait) qu'il compare ces « relevés d'heures » avec les bulletins de paie sur la période du mois de mai à août 2011. Craignant que vous fussiez valoir un obstacle à contrôle, il vous a transmis ce que vous demandiez (...)»

Qu'il apparait que la demande de réalisation et de transmission du tableau litigieux a été faite en présence de M. [redacted] qui s'était fait accompagner d'un membre de son cabinet comptable, M. [redacted] n'ayant manifesté alors ni par la suite aucune opposition à une telle réalisation puis transmission par son cabinet comptable qu'il s'était pour l'occasion adjoint, ladite transmission étant réalisée ensuite dans le cadre du second entretien. Qu'ainsi, il y a lieu de considérer que le document litigieux a été demandé à l'employeur.

Que le tableau litigieux transmis à l'URSSAF ayant été demandé par celle-ci à l'employeur, aucune nullité du redressement ne peut être encourue de ce chef.

Qu'au surplus, la version développée par l'URSSAF quant à la demande à l'employeur de ce document est corroborée par les mentions figurant au procès-verbal (pénal) de délit de travail dissimulé du 26 mars 2012 (pièce 6 des productions de l'URSSAF) relevant expressément qu'à l'occasion de la rencontre du 16 septembre 2012 à laquelle assistaient M. [redacted] et un membre de son cabinet comptable, l'URSSAF a demandé à ses interlocuteurs (*« nous leur proposons d'établir »*) un état synthétique par salarié et a sollicité *« de nos interlocuteurs qu'il nous produisent ce document pour le 06 octobre 2011 »*. Qu'à cet égard, le fait que le procès-verbal de travail dissimulé destiné au Procureur de la République n'ait pas été versé ou transmis dans le cadre de la procédure de redressement n'affecte pas la validité de celle-ci, ni la valeur des éléments portés à la lettre d'observations; qu'en effet, l'article R 243-59 du code de la sécurité sociale n'exige pas la communication intégrale à l'employeur des pièces réalisées par l'agent de contrôle, mais oblige seulement l'agent à présenter ses observations à l'employeur pour provoquer éventuellement dans le délai de 30 jours ses explications sur les irrégularités relevées, afin qu'il puisse en être tenu compte lors de l'établissement à l'expiration de ce délai du rapport transmis à l'organisme de recouvrement; qu'en conséquence, dès lors que la lettre d'observations respectait comme en l'espèce en son contenu, forme et procédure de mise en œuvre les dispositions de l'article R 243-59 du code de la sécurité sociale, la circonstance que le procès-verbal pénal n'ait pas été communiqué ou versé lors de la procédure pré-contentieuse, tout comme le fait que l'URSSAF ait pu verser uniquement en cause d'appel un tel P.V. que la société a été à même de pouvoir discuter contradictoirement, ne portent pas atteinte au principe du contradictoire, ni à la sauvegarde des droits de la défense. Que de plus, ce procès-verbal pénal a par ailleurs été rédigé le 26 Mars 2012 à une date où l'article L 8113-7 du code du travail applicable n'exigeait pas sa remise au contrevenant.

Sur le travail partiellement dissimulé par minoration d'heures de travail réellement effectuées

Considérant que si la société avance que les relevés d'horaires individuels des salariés sur lesquels se fonde l'URSSAF ont été réalisés par ceux-ci postérieurement au contrôle du 23 juin 2011 et ce uniquement à la demande de l'URSSAF, il résulte cependant des constatations portées par l'inspecteur du recouvrement à la lettre d'observations qu'au terme de l'intervention du 23 juin 2011 a été mis en évidence

un risque d'incohérence fondée *sur le décompte des heures de travail portées sur les relevés horaires du personnel de l'entreprise*. Qu'il apparait ainsi que des relevés horaires individuels des salariés existaient alors au sein de l'entreprise depuis avril 2011 aux termes de la lettre d'observations, constatées par l'URSSAF lors du contrôle du 23 juin 2011; qu'aucune des pièces versées par la société, et entre autres les attestations des salariés produites, n'établit que les relevés d'horaires individuels des salariés ont été réalisés a posteriori, notamment au regard des périodes antérieures au contrôle du 23 juin, et/ou à la demande de l'URSSAF.

Que l'existence de relevés d'horaires individuels des salariés réalisés par ceux-ci antérieurement au contrôle du 23 juin 2011, constatés par l'URSSAF lors de ce contrôle, est ainsi établie, peu important que certains des relevés conservés par l'employeur (relatifs à la période d'avril à août 2011) concernent des périodes postérieures au contrôle sur place du 23 juin 2011; que cette existence est au surplus confortée par les mentions portées au procès-verbal (pénal) de délit de travail dissimulé du 26 mars 2012 indiquant qu'à l'occasion de la vérification, *Les documents obligatoires sont consultés. Les salariés s'affairant à la tâche sont auditionnés () interrogés sur leurs horaires de travail. Au terme de notre action, compte tenu de certains doutes portant sur l'enregistrement des heures de travail, nous convoquons le gérant de l'entreprise afin d'explications le 16 septembre 2011 dans les locaux de l'URSSAF.*

Que si la société indique qu'elle n'avait pas l'obligation d'établir des relevés d'heures des salariés dans la mesure où ceux-ci travaillaient en horaire collectif dans le cadre de la modulation, il apparait qu'elle a recouru d'elle-même d'avril à août 2011 à l'enregistrement d'un décompte des heures de travail effectuées individuellement par ses salariés, réalisé par ceux-ci, établissant ainsi, alors qu'il n'est pas justifié, ni même allégué que le recours à des horaires individualisés répondait à une demande des salariés, que pour cette période et lesdits salariés elle se trouvait en situation d'horaires non collectifs au sens notamment de l'article 8 de l'avenant n° 2 du 5 février 2007 de la convention collective du 30 avril 1997 applicable aux hôtels, cafés et restaurants. Que la situation de ces salariés sur cette période ne relevant pas de la modulation par référence à un horaire collectif, l'URSSAF était donc fondée au regard de cette période et desdits salariés à comparer les horaires réellement effectués à ceux portés sur leurs bulletins de paie respectifs.

Que cette comparaison a fait apparaître pour l'ensemble des salariés un nombre d'heures de travail supérieur au nombre d'heures rémunérées, ouvrant droit à majoration au titre des heures supplémentaires ou à repos compensateur devant être mentionnés sur les bulletins de paie aux termes de l'article 5 de l'avenant du 5 février 2007.

Que l'URSSAF a constaté qu'aucune mention d'heures supplémentaires ou de repos compensateurs n'était portée au bulletin de paie; que par ailleurs, les attestations des salariés de la société versées aux débats ne suffisent pas à établir en l'espèce la rémunération desdites heures supplémentaires ou la prise de repos compensateurs correspondants.

Que le fait pour la société de mentionner sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, alors que cette mention ne résultait pas en l'espèce d'une convention ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail conclu en application du titre II du livre 1^{er} de la troisième partie du code du travail puisque les salariés de la société se trouvaient en situation d'horaires non collectifs sur cette période, caractérise une situation de travail partiellement dissimulé au sens des articles L 8221-5 et 8221-1 du code du travail, peu important que les salariés n'aient formalisé aucune critique ou demande à l'égard de leur employeur. Que par ailleurs, l'élément intentionnel du travail dissimulé résulte du fait que la société qui, à travers son représentant, avait eu recours aux décomptes individuels caractérisant une situation d'horaires non collectifs, n'ignorait pas les obligations en découlant en termes d'heures supplémentaires ou de repos compensateurs, et de mentions à porter en conséquence aux bulletins de paie, peu important en la matière que le P.V. pénal ait fait l'objet d'un classement sans suite.

Sur la procédure d'échantillonnage et d'extrapolation

Considérant qu'il résulte de l'analyse des pièces du dossier que l'URSSAF n'a pas recouru en l'espèce « *aux méthodes de vérification par échantillonnage et extrapolation* » de l'article R 243-59-2 du code de la sécurité sociale relatives au contrôle de la bonne application de la législation sociale de l'entreprise; que c'est en effet sur la base des documents consultés, et notamment de l'analyse des contrats de travail, des relevés horaires individuels et des bulletins de paie que le travail dissimulé a été caractérisé. Que ce n'est que dans le cadre du chiffrage des cotisations redressées, selon le calcul détaillé à la lettre d'observations, qu'elle a appliqué au regard des heures supplémentaires effectuées et non déclarées, le taux d'anomalie constaté sur une période allant de mai à août 2011.

Qu'aucun recours à la procédure d'échantillonnage et d'extrapolation de l'article R 243-59-2 n'étant intervenu, aucune autorisation de la société contrôlée à une telle utilisation n'était donc nécessaire.

Sur le montant du redressement

Considérant qu'il appartient à l'URSSAF de rapporter la preuve du travail dissimulé qu'elle invoque, non seulement dans son principe, mais également au regard de la ou des périodes de commission de celui-ci; que ce n'est que dans un second temps, si une telle preuve (validant le recours au redressement) est rapportée, que l'URSSAF peut chiffrer le montant du redressement, en recourant selon les circonstances à la taxation forfaitaire ou au chiffrage au réel qu'au regard des seules périodes de travail dissimulé préalablement établies, ou au redressement (évaluation) forfaitaire de l'article L242-1-2 du code de sécurité sociale.

Que si l'URSSAF établit le travail partiellement dissimulé sur la période allant d'avril à août 2011 au regard de l'ensemble des salariés, elle ne produit cependant aucune pièce (constatations, documents, ...) établissant une situation de travail dissimulé antérieur à avril 2011; que si l'article D 3171-16 du code du travail impose à

l'employeur de tenir à disposition, pendant une période d'ailleurs limitée à un an, les documents permettant de comptabiliser les heures de travail accomplies par chaque salarié, ces dispositions ne s'imposent qu'au cas où le recours aux horaires individualisés trouve à s'appliquer (soit en l'espèce d'avril à août 2011 où l'employeur y a de lui-même recouru) alors que l'URSSAF n'établit pas pour la période antérieure à avril 2011 l'existence d'élément étayant l'absence de recours par la société à un horaire collectif dans le cadre de la modulation, l'appelante ne contestant d'ailleurs pas que la société ait tenu à sa disposition les plannings d'horaires collectifs antérieurs à avril 2011.

Qu'en conséquence, seuls les faits de travail dissimulé sur la période de 05 mois allant d'avril 2011 à août 2011 sont caractérisés à l'encontre de l'intimée, le redressement ne pouvant dès lors porter qu'au regard de cette période.

Qu'il convient donc de fixer en fonction des éléments figurant au dossier et dans le cadre de la procédure de taxation forfaitaire à laquelle l'URSSAF a légitimement eu recours :

- le rappel de cotisations et contributions à un montant de 4 161 € (6658 € (correspondant aux huit premiers mois de l'année 2011 pour une période contrôlée jusqu'au 31/08/2011) X 5/8),
 - le rappel au titre de l'annulation des réductions « Fillon » suite au constat de travail dissimulé sur la période où a été constatée l'infraction à un montant de 9 318 € (14 910 X 5/8 au titre de 2011),
- soit un montant total de 13 479 €, outre les majorations de retard.

Sur les autres demandes

Qu'il y a lieu de dire que l'URSSAF devra rembourser à la société la somme correspondant à la différence entre la somme versée à titre conservatoire par la société en conséquence du redressement notifié et le montant de 13 479 € fixé par la présente décision.

Que l'URSSAF ne formant aucune demande de compensation, la demande telle que formulée par la société en matière de compensation sera rejetée.

Qu'il n'apparaît pas inéquitable de laisser aux parties la charge des frais irrépétibles qu'elles ont respectivement exposés.

Que la procédure étant gratuite et sans frais en application de l'article R 144-10 du code de la sécurité, il ne saurait y avoir lieu à condamnation aux dépens.

PAR CES MOTIFS

LA COUR statuant contradictoirement, par arrêt mis à disposition au greffe,

INFIRME le jugement déféré ;

ET STATUANT A NOUVEAU,

DEBOUTE la société [] de sa demande d'annulation du redressement.

DIT que les faits de travail dissimulé reprochés à la société [] sont établis sur la seule période allant du 01er avril 2011 au 31 août 2011.

VALIDE le redressement à hauteur seulement de 13 479 €, outre les majorations de retard.

DIT que l'URSSAF de Bretagne devra rembourser à la société [] la somme correspondant à la différence entre celle versée à titre conservatoire par la société en conséquence du redressement notifié et le montant de 13 479 € fixé au présent arrêt.

DEBOUTE la société [] de sa demande telle que formulée en matière de compensation.

DEBOUTE les parties de leurs demandes respectives en frais irrépétibles.

DISPENSE la société [] du paiement du droit prévu à l'article R 144-10 du code de la sécurité sociale.

LE GREFFIER,



LE PRESIDENT,

