CIV. 2

FB

COUR DE CASSATION

_____

Audience publique du 4 avril 2019

Cassation

Mme FLISE, président

Arrêt n° 499 F-P+B+I

Pourvoi n° H 18-13.786

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

_____

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

_____

LA COUR DE CASSATION, DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par l'union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (URSSAF) Provence-Alpes-Côte d'Azur, dont le siège est [...], contre l'arrêt rendu le 17 janvier 2018 par la cour d'appel d'Aix-en-Provence (14e chambre), dans le litige l'opposant :

1°/ à la société Méditerranée Evasan organisation, société à responsabilité limitée, dont le siège est [...],

2°/ au ministre chargé de la sécurité sociale, domicilié [...], 75350 Paris 07 SP, défendeurs à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 6 mars 2019, où étaient présents : Mme Flise, président, Mme Le Fischer, conseiller référendaire rapporteur, M. Prétot, conseiller doyen, Mme Szirek, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Le Fischer, conseiller référendaire, les observations de la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat de l'URSSAF Provence-Alpes-Côte d'Azur, de la SCP Gadiou et Chevallier, avocat de la société Méditerranée Evasan organisation, l'avis de Mme Nicolétis, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Donne acte à l'URSSAF Provence-Alpes-Côte d'Azur du désistement de son pourvoi en ce qu'il est dirigé contre le ministre chargé de la sécurité sociale ;

Sur le moyen unique, pris en sa deuxième branche :

Vu l'article R. 243-59, dernier alinéa, du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue du décret n° 2007-546 du 11 avril 2007, applicable au litige ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué et les productions, que sur demande du procureur de la République près le tribunal de grande instance de Marseille, l'URSSAF des Bouches-du-Rhône, aux droits de laquelle vient l'URSSAF Provence-Alpes-Côte d'Azur (l'URSSAF), a procédé, du 29 octobre 2009 au 15 octobre 2010, à un contrôle de la société Méditerranée Evasan organisation (la société) portant sur la période du 1er janvier 2005 au 30 juin 2010 ; qu'elle lui a adressé, le 15 octobre 2010, une lettre d'observations visant neuf chefs de redressement consécutifs à l'existence d'un travail dissimulé, puis lui a notifié, les 21 décembre 2010 et 13 janvier 2011, deux mises en demeure ; que la société a saisi d'un recours une juridiction de sécurité sociale ;

Attendu que pour annuler le redressement et les mises en demeure subséquentes, l'arrêt retient en substance que les pratiques vérifiées lors des précédents contrôles, intervenus en 1998 et en 2003, n'ont donné lieu à aucune observation ; que l'URSSAF a eu l'occasion, au vu de l'ensemble des documents consultés, de se prononcer en toute connaissance de cause sur ces pratiques ; que chaque inspecteur, en 1998 puis en 2003, a été parfaitement informé de l'activité et des pratiques de la société et a, en parfaite connaissance de cause, décidé de ne faire ni observations pour l'avenir, ni redressement ; que les circonstances de droit et de fait au regard desquelles ces éléments ont été examinés sont restées inchangées ; que les éléments de fait du dossier permettent ainsi de dire qu'il y avait un accord tacite, antérieur au contrôle clôturé par la lettre d'observations du 15 octobre 2010 ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que le redressement litigieux était consécutif à un constat de travail dissimulé, ce dont il résultait que la société ne pouvait se prévaloir de l'approbation tacite de ses pratiques par l'URSSAF lors d'un contrôle antérieur, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 17 janvier 2018, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence, autrement composée ;

Condamne la société Méditerranée Evasan organisation aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de la société Méditerranée Evasan organisation et la condamne à payer à l'URSSAF Provence-Alpes-Côte d'Azur la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, deuxième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du quatre avril deux mille dix-neuf.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour l'URSSAF Provence-Alpes-Côte d'Azur.

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté les demandes de sursis à statuer présentées par l'URSSAF, d'avoir infirmé le jugement du tribunal des affaires de sécurité sociale des Bouches-du-Rhône du 11 juin 2015, sauf en ce que le tribunal a

ordonné à l'URSSAF de remettre à la SARL Méditerranée Evasan organisation une nouvelle attestation de vigilance, d'avoir annulé la totalité du redressement résultant de la lettre d'observations du 15 octobre 2010, avec toutes ses conséquences, notamment quant à son point n° 10 relatif aux réductions Fillon, d'avoir annulé les deux mises en demeure des 21 décembre 2010 et 13 janvier 2011, d'avoir débouté l'URSSAF de toutes ses demandes et d'avoir condamné l'URSSAF à payer à la SARL Méditerranée Evasan organisation la somme de 8 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « sur l'accord tacite de l'URSSAF Dès sa lettre du 19 novembre 2010, la société Meo s'est prévalue de l'accord tacite de l'URSSAF en rappelant que son activité avait fait l'objet de deux contrôles en 1998 et en 2003 qui n'avaient donné lieu à aucun redressement. Au surplus, cette activité et sa pratique suivie depuis 1990 avaient été validées par l'inspecteur de l'URSSAF en 2005, au cours d'une réunion dans les locaux de l'URSSAF. Pour écarter cet argument, l'inspecteur de l'URSSAF a répondu à la société Meo, dès le 20 novembre 2010 : « le contrôle effectué par mes soins l'a été à la suite d'une plainte déposée par l'un de vos concurrents auprès du Procureur de la République. Cette plainte contenait des informations relatives à la société de fait Méditerranée Evasan Médical dont ne disposaient pas les inspecteurs ayant effectué les précédents contrôles ». La cour constate que cette réponse n'est pas circonstanciée puisqu'il n'est pas précisé de quelles « informations » l'URSSAF aurait fait la découverte, courant mai 2009, en prenant connaissance d'une plainte contre X datant de 2006 et qui émanait d'une société qui se présentait clairement comme exerçant une activité concurrente. La cour considère, en conséquence, que cette réponse n'était pas fondée, en 2010. Dans sa décision du 12 décembre 2011, la commission de recours amiable a rejeté l'argument relatif à l'accord tacite en se fondant sur les éléments suivants : la plainte d'un concurrent de la société Meo contre la société Mem à l'origine d'un contrôle d'assiette « transformé en contrôle de travail dissimulé », a « légitimé le contrôle de travail dissimulé » ; « la procédure pénale et la plainte peuvent être consultés auprès du greffe du tribunal correctionnel » ; le niveau d'information et les moyens d'investigation donnés à partir de 2004-2007 (article L. 14-19 du code de la sécurité sociale) n'étaient pas les mêmes qu'auparavant ; la société Mem n'était pas immatriculée en qualité d'employeur auprès de l'URSSAF ; la société Meo a fait une fausse utilisation du contrat de mandat qui révèle le passage de sommes versées au personnel médical et paramédical dans les livres des comptes fournisseurs au lieu du compte de charge, alors que « le contrôle des comptes fournisseurs ne sont pas systématiquement vérifiés exclusivement lors des contrôles d'assiette et permettent une dissimulation de toute une partie de la comptabilité ». La cour constate que la mention relative à la possibilité de consulter la procédure pénale auprès du greffe du tribunal correctionnel était manifestement erronée puisque la plainte était déposée contre X (pièce 44) et que le tribunal correctionnel n'était pas encore saisi par le Parquet de Marseille ; son greffe ne pouvait donc procéder à aucune communication de quelque document que ce soit. SI cette observation de la commission était destinée à répondre à une contestation sérieuse émanant de la société Meo, elle était donc sans intérêt. D'ailleurs, il ressort de la suite donnée à son procès-verbal du 15 octobre 2010 que le Parquet de Marseille qui, seul, avait le pouvoir de déclencher les poursuites devant le tribunal correctionnel, sur la base des constatations de l'URSSAF, et qui avait préalablement demandé des éclaircissements à l'URSSAF, notamment à propos des contrôles antérieurs sur lesquels son inspecteur était resté taisant (soit-transmis du 10 avril 2012 : pièce n° 62), a décidé, en dépit de la réponse donnée le 27 novembre 2012 (pièce 63), de procéder à un classement sans suite, le 20 mars 2014, au motif que « l'infraction aux conditions de travail (contrats, salaires, congés repos) n'était pas suffisamment constituée ou caractérisée » (pièce 65). La cour considère peu sérieux l'argument relatif au fait qu'au moment des contrôles de 1998 et de 2003, la société MEM « n'était pas immatriculée en qualité d'employeur auprès de l'URSSAF », puisqu'elle ne l'était pas davantage lors du contrôle de 2009-2010. Devant le tribunal, puis devant la cour, l'URSSAF a d'abord maintenu l'argument relatif aux apports de la loi du 13 août 2004 (article L. 324-12, devenu L. 8271-11 du code du travail) et de la loi du 19 décembre 2007 (article L. 114-19 du code de la sécurité sociale), en faisant valoir que c'était grâce à ces nouveaux textes que son inspecteur avait pu « interroger les cocontractants de la société MEO aux fins de vérifier la régularité des mandats dont se prévalait la société MEO », ce qui n'avait pas été possible auparavant (§-A) L'URSSAF a également soutenu que les inspecteurs ayant réalisé les contrôles avant 2009-2010 n'avaient pas pu découvrir la situation réelle de la société MEO « en raison de la comptabilisation en débours des honoraires versés au personnel médical par les sociétés MEO et/ou MME », et « en raison de l'existence de la société de fait MEM chargée de faire écran entre la société MEO et les médecins qu'elle faisait travailler, située hors du périmètre de contrôle » (§-B) A) – Concernant l'argument relatif aux textes applicables, et aux possibilités d'investigations données à l'URSSAF après 2007, la cour rappelle que l'article L. 114-19 du code de la sécurité sociale créé en 2007 avait prévu que « le droit de communication permet d'obtenir, sans que s'y oppose le secret professionnel, les documents et informations nécessaires : 1° Aux agents des organismes de sécurité sociale pour contrôler la sincérité et l'exactitude des déclarations

souscrites ou l'authenticité des pièces produites en vue de l'attribution et du paiement des prestations servies par lesdits organismes ; 2° Aux agents chargés du contrôle mentionnés aux articles L. 243-7 du présent code et L. 724-7 du code rural pour accomplir leurs missions de contrôle définies aux mêmes articles et leur mission de lutte contre le travail dissimulé définie à l'article L. 324-12 du code du travail ». La cour ne peut que constater que l'URSSAF n'a pas démontré en quoi son inspecteur aurait pu avoir accès, en 2009-2010, à des documents qui n'auraient donc pas été « communicables » auparavant, car éventuellement couverts par le « secret professionnel », tels que les contrats liant la société MEO à ses clients et toutes les factures justifiant des honoraires versés aux intervenants médicaux et paramédicaux. Or, dans sa version en vigueur dès 1985, l'article R. 243-59 du code de la sécurité sociale prévoyait déjà que « Les employeurs et les travailleurs indépendants sont tenus de présenter aux fonctionnaires et agents de contrôle mentionnés aux articles L. 243-7 et L. 243-8 tous documents qui leur seront demandés comme nécessaires à l'exercice de leur contrôle. Les fonctionnaires et agents de contrôle susmentionnés peuvent interroger les salariés, notamment pour connaître leur nom, adresse, rémunérations, y compris les avantages en nature dont ils bénéficient et le montant des retenues effectuées sur leur salaire pour les assurances sociales ». Et, dans sa version en vigueur au moment des contrôles de 1998 et de 2003, ce même texte prévoyait déjà que « Les employeurs, personnes privées ou publiques, et les travailleurs indépendants sont tenus de présenter aux agents chargés du contrôle mentionnés à l'article L. 243-7, dénommés inspecteurs du recouvrement, tout document et de permettre l'accès à tout support d'information qui leur sont demandés par ces agents comme nécessaires à l'exercice du contrôle. Ces agents peuvent interroger les personnes rémunérées notamment pour connaître leurs nom et adresse ainsi que la nature des activités exercées et le montant des rémunérations y afférentes, y compris les avantages en nature ». Enfin, l'article L. 324-12 du code du travail issu de la loi du 13 août 2004 prévoyait les mêmes possibilités de communication de tous documents (cf. son alinéa 2), et d'auditions (« Les agents cités au premier alinéa sont en outre habilités à entendre, en quelque lieu que ce soit et avec son consentement, 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 de ses activités, ses conditions d'emploi et le montant des rémunérations s'y rapportant, y compris les avantages en nature. Ces auditions peuvent faire l'objet d'un procès-verbal signé des agents précités et des intéressés. Ces agents sont en outre habilités à demander aux employeurs, aux travailleurs indépendants, aux personnes occupées dans l'entreprise ou sur le lieu de travail ainsi qu'à toute personne dont ils sont amenés à recueillir les déclarations dans l'exercice de leur mission, de justifier de leur identité et de leur adresse »), qu'au moment des contrôles de 1998 et de 2003 (« Les agents agréés susmentionnés des organismes de sécurité sociale et des caisses de mutualité sociale agricole et les agents de la direction générale des impôts sont en outre habilités à entendre, en quelque lieu que ce soit et avec son consentement, toute personne rémunérée par l'employeur ou par un travailleur indépendant afin de connaître la nature de ses activités, ses conditions d'emploi et le montant des rémunérations s'y rapportant, y compris les avantages en nature. »). Le seul apport de la loi du 13 août 2004 est la possibilité d'établir un procès-verbal et de se faire communiquer l'identité et l'adresse de toutes les personnes « occupées dans l'entreprise ou sur le lieu de travail » ou de toute autre personne auditionnée. L'URSSAF n'a pas démontré en quoi ces nouvelles dispositions lui ont permis de réaliser son contrôle en 2009-2010 puisque les personnes auditionnées en 2010 étaient certains médecins et infirmiers qui pouvaient déjà être auditionnés en 1998 et en 2003 sur le fondement de l'article R. 243-59 du code de la sécurité sociale, s'agissant de « personnes rémunérées ». En conséquence, la cour déclare infondé le double argument de l'URSSAF qui prétend que les inspecteurs de 1998 et 2003 n'auraient pas pu interroger « les personnes rémunérées » ou les « travailleurs indépendants » (médecins, infirmiers) ni se faire communiquer les documents utiles à leur contrôle, notamment les contrats conclus avec les sociétés d'assistance, les factures, les décomptes de débours et la preuve de l'affiliation au régime des travailleurs non-salariés des intervenants médicaux et paramédicaux. La loi du 13 août 2004 et la loi du 19 décembre 2007 n'ont donc pas eu, sur le contrôle de 2009-2010, l'incidence prétendue par l'URSSAF, appelante. B) – Concernant le deuxième argument relatif au fait qu'avant 2009-2010 l'URSSAF ne pouvait pas découvrir la situation réelle de la société MEO « en raison de la comptabilisation en débours des honoraires versés au personnel médical par les sociétés MEO et/ou MEM », (§-1) et « en raison de l'existence de la société de fait MEM chargée de faire écran entre la société MEO et les médecins qu'elle faisait travailler, située hors du périmètre contrôlé » (§-2). §-1 : L'URSSAF reconnaît explicitement qu'en 1998 et en 2003, ces débours figuraient bien dans les livres comptables de la société MEO. D'ailleurs, l'existence de ces « débours » ne pouvait pas passer inaperçue dans la mesure où ils représentaient en moyenne 76% du montant total du flux comptable, comme en témoigne la pièce 49 établie en novembre 2010 par le cabinet comptable CEC, et son annexe récapitulant, année par année, depuis 1995 jusqu'en 2009 les débours et le chiffre d'affaires. L'URSSAF n'a pas contesté ces documents devant la cour. Or, un simple rapprochement comptable permettait de voir que ces débours ne pouvaient pas avoir d'autre justification que le paiement des diverses factures figurant en comptabilité sur la base des contrats conclus entre la

société MEO et ses clients, et des paiements d'honoraires. Et, en effet, l'attestation de M. A... (pièce 48), ancien expert-comptable de la société MEO, datée du 23 mai 2012, a révélé que, lors du contrôle de 1998, l'inspecteur L... avait déclaré agir à la demande de l'URSSAF des Hautes-Pyrénées (pour un contrôle général des sociétés de transport sanitaire), et également pour faire suite au contrôle mené dans une société concurrente. Ce contrôle était donc particulièrement ciblé et portait sur les rémunérations des médecins et des infirmiers. L'inspecteur L... s'était donc fait expliquer, par le docteur S..., co-gérant de la société MEO et par M. A..., le fonctionnement comptable des deux sociétés et le mode de rémunération des médecins et des infirmiers, sous forme de débours, tout comme le paiement des transporteurs ambulanciers et compagnie d'aviation. Il avait pu faire un sondage des factures et vérifier la concordance entre les factures et les montants des débours. Il n'avait notifié aucune observation pour l'avenir et aucun redressement. Le contrôle de 2003, effectué par une autre personne (Mme J...), s'était clôturé sans observations ni redressement. L'URSSAF n'a pas communiqué les deux rapports de contrôle adressés par M. L... et Mme J... à leur hiérarchie, comme le demandait la société MEO, et n'a pas contesté les témoignages de M. A..., de M. S... et de M. X..., qui avaient assisté à ce contrôle. La cour tient donc pour acquis le fait que l'URSSAF connaissait parfaitement, et au moins depuis 1998, l'organisation et le fonctionnement du groupe formé par les sociétés MEO et MEM. Il résulte, au surplus, de l'examen des pièces du dossier que les pratiques de la société MEO étaient également connues du Conseil de l'Ordre des Médecins, de l'administration fiscale et de la caisse primaire d'assurance maladie, et n'avaient donné lieu à aucune critique ni procédure. Elles étaient même connues d'au moins une des sociétés concurrentes puisque la plainte contre X émanant de la société PMS en 2006 décrivait minutieusement le fonctionnement des deux structures mises en place par les dirigeants de la société MEO depuis 1990. Il est, à ce propos, intéressant de constater que le même inspecteur L..., dont il n'a pas été contesté qu'il était chargé de contrôler les sociétés de transport sanitaire à la demande de l'URSSAF des Hautes-Pyrénées, avait contrôlé la société PMS courant 2000, notamment sur les rémunérations de ses intervenants pendant les années 1996 et 1997, et que ses pratiques étaient irrégulières puisqu'il avait été procédé à un redressement en juin 2000, alors qu'aucun redressement n'avait été notifié à la société MEO deux ans avant, en 1998, et qu'il en ira de même trois ans après, en 2003. §-2 : Par ailleurs, la seule lecture des statuts permettait de savoir que l'activité de cette société MEO était étroitement liée à l'activité de la société MEM, puisque, depuis 1990, l'activité de l'une ne se justifiait que par l'existence de l'autre, et, au surplus, dans un secteur d'activité strictement délimité par les statuts présentés au contrôle. En effet, ces statuts indiquent que la société MEO a pour objet « toutes opérations et toutes prestations de services se rapportant aux activités de gestion de toutes entreprises d'organisation, de mise à disposition et de régulation de tous les moyens techniques nécessaires à l'assistance aux personnes et aux biens dans l'exercice de la médecine » (article 2). Quant aux statuts de la société en participation MEM, il était prévu qu'elle avait pour objet : « la régulation médicale (
), l'accompagnement médical de transports sanitaires sous toutes ses formes (
), et la médicalisation de postes de secours ou d'infirmeries (
) ». La cour ne peut que constater que, du fait de l'existence de la société en participation reconnue comme société de fait, n'ayant pas de personnalité juridique, il n'existait aucun « écran » entre les deux structures créées en 1990, l'objet social et la comptabilité de l'une étant indissociables de l'objet social et de la comptabilité de l'autre. Par ailleurs, il est établi que, par les lettres (pièces 46 et 54) avisant la société MEO des contrôles de 1998 et de 2003, l'URSSAF a eu accès à tous les documents comptables, sociaux et statutaires de la société MEO ainsi qu'à tous les contrats conclus entre la société MEO et ses clients : le site pétrochimique Shell (Lyondell), les sociétés Axa Assistance France, etc... La seule lecture de ces documents confirme les attestations précitées de MM. A...,, S... et X... en ce que l'inspecteur L... qui avait contrôlé la société MEO en 1998 et sa collègue, Mme J..., en 2003, connaissaient parfaitement cette double structure mise en place et fonctionnant depuis 1990. M. W... cite, dans sa lettre d'observations, les noms de 41 sociétés : il a donc bien eu accès à tous ces contrats et il n'a pu les trouver que dans les locaux de la société contrôlée MEO : si ces documents étaient librement accessibles en 2009-2010, ils l'étaient évidemment en 1998-2003 et, du moins, l'inspecteur W... ne fait état d'aucune autre éventualité. La lecture des contrats détenus par la société MEO suffisait pour que, dès les contrôles de 1998 et de 2003, chaque inspecteur de l'URSSAF puisse se déterminer en toute connaissance de cause quant aux liens unissant la société MEO et les intervenants médicaux et paramédicaux. Enfin, concernant le « périmètre du contrôle », il est intéressant de constater que, si l'objet du contrôle opéré en 2010 ne devait concerner que la société MEO, l'inspecteur W... n'a pas été empêché d'examiner les documents sociaux et comptables du « groupe de sociétés MEO et MEM » (voir l'encadré en page 2 de sa lettre d'observations), alors que la société MEM n'entrait pas plus dans le périmètre de sa saisine qu'en 1998 et en 2003, preuve que tous les documents que la cour vient d'examiner figuraient au nombre des documents accessibles et contrôlés avant 2010, et qu'ils n'avaient jamais été dissimulé, comme le prétend l'URSSAF pour écarter le principe d'un accord tacite. Concernant les « intervenants », l'URSSAF aurait recensé, en 2010, 10 médecins (sur le site de Shell), 177 médecins et infirmiers (sociétés d'assistance), 25 médecins pour Mutaide Assistance,

et 44 intervenants pour des clients privés (lettre de l'avocat de la société PMSpièce 3), alors qu'il n'en est mentionné que 194 dans les documents examinés par la société MEO qui n'a pas été démentie par la commission de recours amiable (pièce 9, page 5), et que seuls sept témoignages ont été recueillis lors du contrôle de 2010. Les auditions des sept « intervenants » ont concerné, pour toute la période de 2005 à 2010, cinq médecins seulement (Mme H..., MM. Y..., R... et D... sur le site pétrochimique de Shell, le docteur U... pour certaines sociétés d'assistance), qui ont indiqué qu'ils exerçaient leur activité principale à titre libéral, et que, pour leur activité d'assistance médicale, ils pouvaient justifier d'une affiliation au régime des travailleurs non-salariés (TNS). La situation était identique pour les deux infirmiers interrogés en 2010, MM. O... et B... de Monestrol d'Esquille. Il a été établi que ce point n'avait pas soulevé d'interrogations pour l'URSSAF en 1998 et 2003. Le témoignage de Mme C..., épouse du docteur C..., qui est intervenu pour certaines sociétés d'assistance, a témoigné sur les relations avec la société MEO, « pour son mari empêché » : sur le plan strictement procédural, la cour écarte ce document car il s'agit d'un témoignage indirect et que ces déclarations ont été recueillies sans que le docteur C... ait donné à son épouse un quelconque mandat. Sous cette réserve, la cour constate que les auditions des sept « intervenants » n'ont pas été déterminantes puisque l'URSSAF ne dit pas en quoi ces sept personnes auraient apporté, en 2010, des éléments qui n'auraient pas été accessibles ou connus de chaque inspecteur de l'URSSAF en 1998 et en 2003, d'autant que l'URSSAF n'a pas apporté la preuve que les intervenants médicaux et paramédicaux auraient enfreint un éventuel nouveau texte législatif ou réglementaire en exerçant leur activité sous le régime sociale des « travailleurs non-salariés » pour assurer la régulation médicale des clients de la société MEO. En conséquence, les documents versés aux débats permettent à la cour de dire qu'à chaque contrôle antérieur à 2009-2010, chaque inspecteur de l'URSSAF a examiné toute la comptabilité de la société MEO : les comptes de charges et/ou les comptes fournisseurs ont donc bien été examinés, contrairement à ce qu'avait pu estimer la commission de recours amiable en 2011, argument que l'URSSAF n'a d'ailleurs pas repris devant la cour. La reconnaissance d'un accord tacite suppose que l'employeur apporte la preuve de cet accord tacite ; deux éléments doivent être cumulativement réunis : l'absence d'observations par l'organisme de recouvrement sur des pratiques vérifiées lors du précédent contrôle et la preuve que le contrôleur, qui a examiné les points litigieux, a reçu tous les éléments nécessaires à son information et qu'en toute connaissance de cause il n'a formulé aucune observation. Les pratiques vérifiées lors des précédents contrôles n'ont donné lieu à aucune observation. L'URSSAF a eu l'occasion, au vu de l'ensemble des documents consultés, de se prononcer en toute connaissance de cause sur ces pratiques. Chaque inspecteur, en 1998, puis en 2003, a été parfaitement informé de l'activité et des pratiques de la société MEO et a, en parfaite connaissance de cause, décidé de ne faire ni observations pour l'avenir ni redressement. Les circonstances de fait et de droit au regard desquelles ces éléments ont été examinés sont restées inchangées. Les éléments de fait permettent à la cour de dire qu'il y avait un accord tacite, antérieur au contrôle clôturé par la lettre d'observations du 15 octobre 2010 » ;

1°) ALORS QU'un accord tacite ne peut être opposé qu'à l'occasion d'un contrôle exercé sur le fondement de l'article L 243-7 du code de la sécurité sociale ; qu'il ne peut pas être opposé à un contrôle exercé sur le fondement de l'article L 8271-1 et sq. du code du travail ; qu'en l'espèce le contrôle litigieux engagé en 2010 n'était pas un contrôle de droit commun mais un contrôle exercé sur le fondement du code du travail pour dissimulation d'emploi ; qu'en opposant un accord tacite de l'URSSAF né des contrôles de droit commun exercés en 1998 et 2003, la cour d'appel a violé par fausse application l'article R 243-59 du code de la sécurité sociale ;

2°) ALORS QUE un accord tacite sur la pratique litigieuse ne peut être retenu que si la situation lors du précédent contrôle a été identique à celle ayant motivé le redressement ultérieur ; qu'un tel accord ne peut être opposé à l'URSSAF lorsque celle-ci, informée par le Parquet, entreprend son dernier contrôle en date exclusivement afin de mettre à jour un système frauduleux de dissimulation d'emploi tandis que ses précédents contrôles ont été diligentés de manière classique sans porter sur cette question spécifique ; qu'en l'espèce, ainsi qu'elle l'a mentionné en objet de sa lettre d'observations du 15 octobre 2010, l'URSSAF paca a initié le recours litigieux après s'être vue interpellée par les services du Procureur de la République du tribunal de grande instance de Marseille, au moyen d'un soittransmis n° 06/622941, daté du 11 mai 2009, l'informant du dépôt d'une plainte pour travail dissimulé au sein de la société MEO ; que, de ce fait même, le contrôle ainsi diligenté le 28 septembre 2009 ne pouvait être mené dans les mêmes conditions et avec le même objectif que les deux précédents contrôles initiés les 12 juin 1998 et 4 septembre 2003 sans autre objet que le contrôle général des déclarations sociales ; qu'en soi, cette communication du Parquet constituait une information nouvelle dont ne disposait pas l'URSSAF en 1998 et 2003 et a conféré à son dernier contrôle un objet spécifique dont étaient dépourvus ses deux précédents contrôles ; qu'en opposant cependant à l'URSSAF le silence par elle conservé à

l'issue de ces derniers, la cour d'appel a violé l'article R 243-59 du code de la sécurité sociale ;

3°) ALORS QUE l'absence d'observations ne vaut accord tacite concernant les pratiques ayant donné lieu à vérification que si l'organisme de recouvrement a eu les moyens de se prononcer en toute connaissance de cause ; qu'un simple examen des pièces de la société lors d'un redressement antérieur ne permet pas d'en déduire que la vérification avait alors déjà porté sur la pratique litigieuse ; qu'en l'espèce, menant un contrôle ayant pour objet spécial d'apprécier si était constituée l'infraction de travail dissimulé, l'inspecteur W... a constaté que la société MEO avait établi des éléments comptables insincères en ce que les rémunérations, qualifiées d'honoraires, versées aux médecins et aux infirmiers, ne figuraient pas dans les comptes de résultat de la société MEO ; qu'il ne s'évinçait pas des pièces du dossier que, lors des deux précédents contrôles de 1998 et 2003, l'URSSAF avait été en mesure de constater ce système frauduleux et avait spécialement confirmé que le statut de salarié ne s'imposait pas ; qu'en se bornant à retenir que l'URSSAF avait pu, lors des précédents contrôles, examiner toute la comptabilité de la société MEO, de sorte que les « pratiques vérifiées » n'avaient donné lieu à aucune observation, sans identifier plus précisément les « pratiques » ainsi visées ni rechercher si l'URSSAF avait tacitement donné son accord sur le statut des collaborateurs, admettant que ceux-ci oeuvrent sous le statut d'indépendants, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article R 243-59 du code de la sécurité sociale ;

4°) ALORS subsidiairement QUE la fraude faisant exception à toute les règles, l'existence d'un accord tacite de l'URSSAF ne peut être admise lorsque la pratique déplorée par l'URSSAF à l'occasion de son dernier contrôle procède d'une fraude commise par le cotisant ; que la dissimulation d'emploi salarié constitue une forme de fraude aux cotisations sociales ; qu'en l'espèce, menant un contrôle ayant pour objet spécial l'infraction de travail dissimulé, l'inspecteur W... a constaté que la société MEO avait établi des éléments comptables insincères en ce que les rémunérations, qualifiées d'honoraires, versées aux médecins et aux infirmiers, ne figuraient pas dans les comptes de résultat de la société MEO, tandis que la société MEM faisait écran ; qu'en considérant que la société MEO était légitime à opposer à l'URSSAF paca un accord tacite portant sur le statut de ses collaborateurs tandis que cette société s'est rendue coupable de dissimulation d'emploi salarié, la cour d'appel a violé l'article R. 243-59 dernier alinéa du code de la sécurité sociale ;

5°) ALORS QUE le droit de communication direct et externe institué par la loi n° 2007-1786 du 19 décembre 2007, loi de financement de la sécurité sociale pour 2008, permet, en matière de travail dissimulé et de fraude en général, de demander directement à un tiers des documents sans émettre semblable demande préalablement auprès du cotisant contrôlé ; que cette faculté, envisagée aux articles L. 114-19 à L. 114-21 du code de la sécurité sociale, diffère ainsi foncièrement du droit de communication strictement interne jusqu'alors envisagé à l'article R. 243-59 du même code ; que, de même, la loi n° 2004-180 du 13 août 2004, modifiant l'ancien article L. 324-12 du code du travail, a permis aux inspecteurs de l'URSSAF d'interroger, outre les personnes rémunérées en tant que salariées, les dirigeants de l'entreprise contrôlée ainsi que les collaborateurs non-salariés ; que la cour d'appel a considéré que cette double évolution ne constituait pas un changement de situation permettant de mettre à jour le système frauduleux au sein de la société MEO par cela seul que l'URSSAF ne démontre pas en quoi les documents n'auraient pas été communicables auparavant pour être couverts par le secret professionnel et que, déjà, l'article R. 243-59 du code de la sécurité sociale permettait une communication directe auprès du cotisant contrôlé ; que la cour a également retenu que la loi du 13 août 2004 n'élargissait pas le cercle des personnes appelées à être entendues et que, déjà auparavant, l'article R. 243-59 du code de la sécurité sociale permettait d'interroger les personnes rémunérées ; qu'en ignorant ainsi l'apport de ces deux innovations dans le dispositif de lutte contre la fraude, ainsi que, consécutivement, l'élargissement des pouvoirs d'enquête dont a bénéficié l'inspecteur de l'URSSAF lors du dernier contrôle, la cour d'appel a déduit un motif dépourvu de toute valeur et a privé sa décision de base légale au regard de l'article R 243-59 du code de la sécurité sociale ;

6°) ALORS QUE le juge ne doit pas dénaturer les documents de la cause ; que les lettres des 12 juin 1998 et 4 septembre 2003, avisant la société MEO des précédents contrôles, ne visaient pas, dans la rubrique « Liste des principaux documents à présenter », les contrats conclus par cette société avec ses clients ; que seuls y étaient mentionnés des documents internes à l'entreprise afférents à la comptabilité et aux déclarations sociales et fiscales ; qu'en affirmant qu'il serait établi, par ces deux lettres, que l'URSSAF aurait déjà eu accès, en sus des documents comptables, sociaux et statutaires, à tous les contrats conclus entre la société et ses clients, la cour d'appel a méconnu l'interdiction faite au juge de dénaturer les documents de la cause ;

7°) ALORS QUE le juge ne doit pas dénaturer les documents de la cause ; que, dans la lettre d'observations établie le 15 octobre 2010, l'inspecteur W..., après avoir mentionné dans la rubrique « Liste des documents consultés », en sus des documents comptables, sociaux et statutaires, « contrats de prestations de services », a précisé (p. 9 et 10), dans un paragraphe intitulé « Informations sur l'utilisation de l'article L. 114-19 du code de la sécurité sociale conformément à l'article L. 114-21 du code de la sécurité sociale », « Le droit de communication, prévu par l'article L. 114-19 du code de la sécurité sociale, a été utilisé en cinq occurrences pour obtenir des informations non fournies par la société MEO. 1) Afin d'interroger les sociétés : AXA, Mutuaide, Mondial Assistance, Europ Assistance, Fidélia, Garantie Assistance, sur la réalité du mandat que la société MEO prétendait avoir reçu d'elles (AXA, Mutuaide, Mondial Assistance, Europ Assistance, Fidélia, Garantie Assistance). Ces sociétés ne reconnaissent pas l'existence d'un mandat dans leurs relations avec la SARL MEO. 2) Afin d'interroger le GIE Inter Mutuelles Assistance (IMA) sur les modalités déclaratives concernant le personnel médical et para-médical mis à sa disposition par la société MEO. Le GIE IAM nous a fourni copies des bulletins de salaire de ce personnel pour le dernier trimestre 2009, pour une partie de l'année 2005, et les références de l'avenant n° 3 de la convention collective des sociétés d'assistance. 3) Afin d'interroger les sociétés AXA, Mutuaide, Mondial Assistance, Europ Assistance, Fidélia, Garantie Assistance sur l'application de l'article 240 du code général des impôts au regard des honoraires payés en débours. 4) Afin d'interroger les sociétés : AXA, Mutuaide, Mondial Assistance, Europ Assistance, Fidélia, Garantie Assistance sur le respect de leurs obligations de vigilance envers leur sous-traitant, la société MEO. Cette demande est restée sans réponse à ce jour. 5) Afin d'obtenir de la société Shell copie de l'appel d'offre du 9 janvier 2006 n° 8 MG 6011. Cette demande est restée sans réponse à ce jour » ; que, de même, l'inspecteur W... a précisé (lettre d'observations, p. 23), dans une rubrique « cadre contractuel » : « l'analyse des contrats conclus avec AXA Assistance France, Garantie Assistance et Mondial Assistance permet de mettre en évidence la fonction de prestataire de service global qu'assume la société MEO envers ces co-contractants. A défaut de production d'éléments contraires, la présente lettre d'observations est établie en considérant que le cadre contractuel mis ainsi en évidence est commun à l'ensemble des autres sociétés ou institutions pour lesquelles la société MEO accomplit des prestations globales d'évacuation sanitaire » : qu'en affirmant que l'inspecteur W... a eu accès à tous les contrats des 41 sociétés clientes par cela seul qu'il a cité celles-ci et en affirmant que l'inspecteur W... n'a fait état d'aucune autre éventualité, tandis que, précisément, celui-ci a exposé avoir usé du droit de communication afin d'obtenir des renseignements détaillés auprès de cinq de ces clients, et n'avoir pas disposé de la totalité des contrats, la cour a d'appel a de nouveau méconnu l'interdiction faite au juge de dénaturer les documents de la cause.