

N° 390234

Groupement d'employeurs Plusagri

1<sup>ère</sup> et 6<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 28 novembre 2016

Lecture du 16 décembre 2016

## CONCLUSIONS

**M. Jean LESSI, rapporteur public**

**Faut-il tenir compte des indications erronées fournies par l'administration à un administré sur la portée des obligations s'imposant à lui pour atténuer ou faire obstacle à la répression, par voie de sanction administrative, de la violation de ces obligations ?**

Telle est la question soulevée par le présent litige, relatif à la portée de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés (OETH) pour les employeurs très particuliers que sont les groupements d'employeurs. Ces groupements, constitués notamment dans le secteur agricole, embauchent des salariés mis ensuite à disposition de leurs membres (art. L. 1253-1 du code du travail), membres qui sont souvent de petites structures à l'activité aléatoire qui auraient, sinon, pu hésiter à recruter elles-mêmes des salariés permanents à temps complet.

Ces groupements doivent-ils être assujettis, dans les conditions de droit commun, à l'obligation d'employer au moins 6 % de travailleurs handicapés (art. L. 5212-2 du CT) ? La réponse est aujourd'hui clairement affirmative, ne serait-ce que parce que le Conseil constitutionnel, saisi par vous d'une QPC<sup>1</sup>, l'a dit pour droit dans une décision du 20 nov. 2015 (n° 2015-497 QPC, pt. 10, JORF p. 21746). Il a écarté la thèse selon laquelle les groupements devaient bénéficier de la dérogation prévue par la loi pour les entreprises de travail temporaire, qui ne sont assujetties à l'obligation d'emploi que pour leurs salariés permanents (art. L. 5212-3). Cependant cette thèse, écartée, avait eu ses promoteurs, non seulement chez les professionnels, mais aussi dans certaines prises de position de services déconcentrés de l'administration du travail avant que la Dgefp ne siffle la fin de la partie dans un guide diffusé en 2010.

C'est dans ce contexte que vous examinerez aujourd'hui le pourvoi du groupement Plusagri. Fin 2010, la directrice adjointe de la DIRECCTE Languedoc-Roussillon a constaté que ce groupement, dont l'effectif s'élevait alors à 234 salariés et qui était assujetti à l'obligation d'emploi, n'avait pas déposé la déclaration annuelle pour 2009 exigée par l'article L. 5212-5 du CT. Le défaut de déclaration étant assimilé à une violation de l'obligation d'emploi, la DIRECCTE a infligé à Plusagri une pénalité de 231 525 euros à verser au Trésor Public.

---

<sup>1</sup> CE, 11 sept. 2015, *Agriplus*, n° 389293, inédite

Il faut vous dire un mot de la nature de ce versement au Trésor Public. Selon l'article L. 5212-12, « *Lorsqu'ils ne satisfont à aucune des obligations définies aux articles L. 5212-2 et L. 5212-6 à L. 5212-11, les employeurs sont astreints à titre de pénalité au versement au Trésor public d'une somme dont le montant est égal à celui de la contribution instituée par le second alinéa de l'article L. 5212-10, majoré de 25 %.* » La « contribution » à laquelle il est fait allusion, pour calculer le montant de la pénalité, est le montant de la contribution due à l'Agefiph lorsque l'employeur ne s'acquitte pas de son OETH « en nature »<sup>2</sup>. Cette contribution est donc une modalité subsidiaire de réalisation de l'obligation. En principe, la contribution ne peut excéder 600 SMIC par bénéficiaire non employé mais, lorsque l'entreprise n'a, même partiellement, pas satisfait à son obligation sous l'une des formes principales pendant trois ans, le second alinéa de l'article L. 5212-10 relève le plafond à 1 500 smic. Le montant de la pénalité est donc fixé selon les règles de calcul de la contribution Agefiph, mais au prix d'une double augmentation, celle tenant à l'application du plafond relevé de 1 500 SMIC, au lieu de 600, et celle tenant à l'ajout de la majoration de 25 %.

Vous avez jugé que cette pénalité constituée, dans son intégralité, une sanction (CE, 4 juin 1997, *Société Cap Ile-de-France*, n° 169051, au Recueil). Vous n'avez pas cherché à distinguer la part de la pénalité correspondant au montant objectivement dû au titre de l'OETH, et la part correspondant à la double majoration<sup>3</sup>. Il nous semble toutefois que cette pénalité, qui ne vient pas compléter la contribution à l'Agefiph, mais qui s'y substitue, n'a de dimension répressive qu'en tant que le montant de cette contribution se trouve majoré, le reste du montant correspondant à une somme objectivement due en application des obligations légales<sup>4</sup>.

Revenons-en au litige. Le tribunal administratif de Montpellier a annulé la sanction. Il a rappelé qu'avant 2010, l'administration du travail avait affiché une doctrine inverse, se fondant sur plusieurs courriers de directions départementales assimilant les groupements aux ETT, en particulier sur un courrier adressé à Plusagri en réponse à une demande de sa part. Le tribunal en a déduit que la sanction était entachée d'erreur manifeste d'appréciation. Mais la cour de Marseille a infirmé le jugement, au motif que les courriers des services départementaux, ou les mentions du site internet de l'Agefiph – qui avait elle aussi d'abord assimilé groupements et ETT – étaient constitutives d'une simple « interprétation erronée » des textes, et non d'une véritable « doctrine de l'administration du travail », fautive, si nous

---

<sup>2</sup> C'est-à-dire ni par l'emploi direct de TH ni sous une forme alternative prévue aux articles L. 5216-6 et s.

<sup>3</sup> Cette approche unitaire a pour elle de solides justifications, exposées par Jacques-Henri Stahl dans ses conclusions, dont la lettre de la loi qui la qualifie de « pénalité » pour le tout, et la circonstance que le versement est fait à l'Etat et non à l'Agefiph. Cette solution a aussi le mérite de la simplicité, évitant la fragmentation du régime juridique et contentieux applicables. Mais elle peut aussi avoir un effet pervers. Cette pénalité, ainsi que nous lisons la loi, ne vient pas « doubler », s'ajouter au versement à l'Agefiph auquel l'employeur serait en tout état de cause tenu : elle s'y substitue. Or, pour le dire schématiquement, le bloc de la légalité applicable en matière répressive étant plus rigoureux qu'en matière de titre exécutoire, on pourrait imaginer que, au bénéfice par exemple d'un vice de légalité inopérant en dehors de la matière répressive, l'employeur soit déchargé de la pénalité et à travers elle de son OETH. A l'inverse, une approche « distributive » de la pénalité, distinguant le montant objectivement dû et son augmentation à titre de sanction, aurait le mérite de sanctuariser la première part, sans préjudice évidemment d'une argumentation sur, précisément, le montant objectivement dû.

<sup>4</sup> Cette démarche, consistant à isoler la « fraction répressive » d'une décision en elle-même hybride, n'est pas sans précédent (CE, Sect., 2 juillet 2010, *C...*, n° 294239, au rec. à propos de la majoration de la participation pour dépassement du coefficient d'occupation des sols).

comprenons bien son arrêt inspiré de l'article L. 80 A du LPF<sup>5</sup>, d'une prise de position uniforme et formelle de la Dgfejp ou de la Dgt.

La cour nous semble avoir commis une erreur de droit et, sans qu'il soit besoin de puiser à la source fiscale, les principes de la répression administrative nous paraissent imposer de tenir compte des informations erronées délivrées par l'administration, dans des instructions générales ou en réponse à une demande d'un administré sur l'appréciation de sa situation<sup>6</sup>.

On peut imaginer tenir compte de telles informations erronées à trois stades différents.

Premièrement, au stade de l'individualisation<sup>7</sup> de la sanction prononcée, lorsqu'il s'agit d'apprécier la nécessité et la proportionnalité de la sanction, ce qui implique de « *tenir compte des « circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur* », pour paraphraser l'actuel article L. 132-1 du code pénal. Nous pensons que, parmi ces « circonstances » pourraient figurer les incertitudes entourant la portée exacte du texte fondant une obligation, a fortiori si ces incertitudes ont été nourries par des prises de position divergentes émanant de l'autorité en charge de la répression, de plus fort si l'administré a pris l'initiative de s'enquérir de la portée de ses obligations. Le flou du droit peut atténuer la gravité du manquement, et justifier une atténuation de la sanction.

Rien ne nous paraît faire obstacle, par principe, à un tel raisonnement, qui trouve un écho dans la jurisprudence judiciaire ou dans la pratique de certaines AAI (cf. l'arrêt CA Paris, Pôle 5, ch. 5-7, 13 mars 2014, *Sté Bang & Olufsen A/S et Sté Bang & Olufsen France SAS*, et le comm. de G. Decocq à la revue *Contrats Concurrence Consommation* n° 5, mai 2014 ; cf. aussi le point 64 de l'arrêt de la Cour EDH du 1<sup>er</sup> sept. 2016, *Affaire X et Y c/ France*, n° 48158/11). En particulier, vous avez récemment rappelé que le caractère objectif de la répression administrative, qui ne suppose pas de caractériser un élément intentionnel, n'a pas pour effet d'instituer une présomption irréfragable de culpabilité (cf. en matière sportive, CE, 3 oct. 2016, *M. G...*, n° 397744, aux Tables). De même, l'absence de pouvoir de modulation de la sanction, dont le quantum résulte mécaniquement des dispositions législatives et réglementaires, n'est pas dirimant : rien n'empêche l'administration, le cas échéant, de s'abstenir de prononcer la seule sanction possible.

---

<sup>5</sup> Le pourvoi reposant plutôt sur une logique « L. 80 B », article relatif aux cas où l'administration a pris position sur l'appréciation d'une situation de fait au regard d'un texte fiscal.

<sup>6</sup> Précisons qu'en dehors du domaine répressif, la question se pose en d'autres termes et que, sauf texte exprès organisant une forme de rescrit, un administré ne peut en principe pas se dérober aux obligations découlant des textes au motif de leur obscurité ou de l'interprétation erronée qu'en aurait faite l'administration – même s'il peut demander à être indemnisé du préjudice subi par une information erronée. Un tel texte spécial existera d'ailleurs à l'avenir, avec le « rescrit » propre à l'étendue des obligations d'emploi de TH mis en place par le décret n° 2016-1435 du 25 octobre 2016, pris en application de l'ordonnance n° 2015-1628 du 10 décembre 2015 relative aux garanties consistant en une prise de position formelle, opposable à l'administration, sur l'application d'une norme à la situation de fait ou au projet du demandeur

<sup>7</sup> Le principe d'individualisation de la sanction, qui découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, s'applique en matière de sanction administrative ayant le caractère d'une punition, et suppose que « *l'autorité compétente la prononce expressément en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce* » (par ex CE, 11 mai 2016, *M. T... – SASP Football club de Nantes*, n° 388322, aux Tables).

Mais à la réflexion, l'incertitude sur la portée des obligations d'un administré nous paraît dans certains cas devoir affecter le principe même de la répression, et non son intensité et que, dans ces cas, l'individualisation de la sanction ne constitue pas l'outil le plus pertinent.

Le deuxième terrain envisageable serait le principe de légalité des délits<sup>8</sup>, qui implique que les éléments constitutifs du manquement soient définis avec précision et clarté (v. CE, 30 mai 2012, *B...*, n° 357694, aux Tables). Il implique plus généralement une certaine prévisibilité. Vous avez jugé, s'agissant des sanctions de l'AMF, que le principe de légalité imposait de vérifier « *si la règle en cause est suffisamment claire, de sorte qu'il apparaisse de façon raisonnablement prévisible par les professionnels concernés, eu égard aux textes définissant leurs obligations professionnelles et à l'interprétation en ayant été donnée jusqu'alors par l'AMF ou la commission des sanctions, que le comportement litigieux constitue un manquement à ces obligations* » (CE, 18 février 2011, *Banque d'Orsay et autres*, n° 322786, aux Tables p. 788.) Par cette formulation, vous avez ajouté à la dimension objective traditionnelle du principe de légalité, s'attachant à une analyse de la clarté et de la précision intrinsèques de la norme en elle-même, une dimension subjective, s'attachant à la capacité de compréhension de la norme par les administrés<sup>9</sup>, ainsi qu'une dimension contextuelle, tenant compte des positions prises antérieurement par l'autorité en charge de la répression. Cette approche se retrouve dans la portée donnée à l'article 7 de la Convention par la jurisprudence de la Cour EDH<sup>10</sup>.

Nous pensons qu'une norme intrinsèquement imprévisible ou rendue imprévisible par les prises de position erronées de l'administration, ne saurait légalement fonder le prononcé d'une sanction. « L'élément légal » de la sanction tombe. Dans notre esprit, ce n'est pas là ouvrir une brèche dans le principe de légalité ni fragiliser la répression administrative. Vous acceptez déjà d'écarter une norme obscur, il s'agirait d'écarter la norme obscurcie.

A la réflexion, il nous semble qu'un troisième terrain de raisonnement serait plus adapté. Il consisterait à s'inspirer de la cause d'irresponsabilité pénale tenant à « l'erreur sur le droit » figurant à l'article 122-3 du code pénal. Selon cet article, qui était l'une des principales innovations du nouveau code pénal en 1994, « *N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte.* » Cette cause d'irresponsabilité, à la fois objective et subjective (F. Desportes, F. Le Guehec, *Droit pénal général*, Economica, 2<sup>ème</sup> éd. p. 653). Mais, précisément, a notamment été regardée comme inévitable l'erreur suscitée par les indications erronées fournies par une administration publique, sous réserve d'un minimum de vérifications de la part de l'administré. Les juridictions pénales tiennent en outre compte, dans une certaine mesure, de la situation personnelle de l'auteur pour apprécier si l'erreur était réellement invincible. Mais il faut souligner que la jurisprudence a étroitement verrouillé

---

<sup>8</sup> Principe qui, en matière de sanctions administrative, ne fait pas obstacle à ce que les infractions soient définies par référence aux obligations auxquelles est soumise une personne (CE, Ass., 7 juil. 2004, *Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ B...*, n° 255136, au Recueil)

<sup>9</sup> Compte tenu de son identité – un particulier, un professionnel rompu aux subtilités de la régulation – et des conseils dont il peut s'entourer

<sup>10</sup> V. Grande Chambre, *Achour c. France*, 26 mars 2006, no 67335/01, § 54, CEDH 2006-IV.

l'article 122-3, qui, au niveau de la Cour de cassation, n'a fait l'objet que de peu d'applications positives<sup>11</sup>, et reste de fait réservée à des hypothèses exceptionnelles.

Dans l'univers de la répression administrative, cela reviendrait à dire que, pour les mêmes raisons, le manquement n'est pas imputable à l'administré – il est imputable au signal erroné. Par rapport au principe de légalité, ce raisonnement en termes d'imputabilité aurait le mérite de dégager la norme elle-même de toute responsabilité, pour recentrer l'analyse sur la situation d'un administré donné, en se demandant s'il a légitimement pu se méprendre sur la portée de ses obligations compte tenu des informations qui lui ont été données.

Mais que l'on raisonne ce n'est qu'à de strictes conditions que l'administré pourrait échapper à la sanction. Première condition : l'interprétation du texte doit recéler une part d'incertitude, en-deçà du seuil d'obscurité au-delà duquel la norme serait intrinsèquement contraire au principe de légalité, mais au-delà d'un minimum sous lequel, malgré les informations erronées, l'infraction serait impardonnable. Deuxième condition : il doit s'agir d'une prise de position officielle, émanant d'une administration autorisée<sup>12</sup>. Troisième condition, contenue en partie dans les deux précédentes : cette position doit être parfaitement crédible pour l'intéressé, sans appeler de vérification supplémentaire de sa part.

Pour en revenir à l'arrêt attaqué, la cour a commis une erreur de droit en exigeant une « doctrine » formalisée de l'administration du travail sans rechercher si, compte tenu des positions prises par toute administration, en particulier en réponse aux courriers de la requérante, les obligations dont la méconnaissance lui a ensuite été opposée pouvait être regardée comme raisonnablement prévisible ou si celle-ci peut être regardée comme ayant légitimement pu se méprendre sur la portée de ses obligations, selon que vous procédiez à une approche en termes de principe de légalité ou, terrai qui aurait notre préférence, d'imputabilité.

L'autre moyen, tiré de l'erreur de droit commise par la cour sur la portée de l'obligation d'emploi, n'est en revanche pas fondé pour les raisons déjà indiquées.

**Par ces motifs nous concluons à l'annulation de l'arrêt, au renvoi de l'affaire et à ce que l'Etat verse à Plusagi 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du CJA.**

---

<sup>11</sup> Casss. Crim. 24 nov. 1998 : JCP G 1999, II, 10208, note M.-A. Houtmann ; Dr. pén. 2000, comm.. 22, note J.-H. Robert; Cass. Crim. 11 mai 2006, n° 05-87 099, Bull. Crim. 2006, n° 128.

<sup>12</sup> Mais sans exiger qu'il s'agisse nécessairement de l'autorité supérieure : la prise de position d'un service déconcentré, ou d'une personne privée chargée d'une mission de service public peuvent suffire.