

## TRAVAIL ILLÉGAL ET DÉTACHEMENT DE SALARIÉS

# Évolution de la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation sur le travail illégal

par Grégoire FINIDORI,  
Conseiller à la Chambre criminelle de la Cour de cassation

Plutôt que de tenter, en trente minutes, de tracer une évolution de la jurisprudence de la Chambre criminelle en matière de travail illégal, je m'attacherai à évoquer six arrêts rendus par cette chambre, quatre très récents, car rendus au cours de l'année 2015, les deux autres plus anciens, puisque remontant au 11 mars 2014 et traitant de la question des certificats E 101, dont l'Assemblée plénière a aussi eu à connaître par ses trois arrêts rendus le 6 novembre dernier.

**1.** Une société exploitant un restaurant dans une station de sports d'hiver et le gérant de celle-ci ont été poursuivis du chef de travail dissimulé, par dissimulation d'emplois salariés, pour avoir omis d'intégrer dans l'assiette des cotisations sociales de l'Urssaf les pourboires centralisés et répartis par l'employeur (1). Pour saisir la situation, il convient de rappeler les textes utiles du Code du travail.

Selon l'article L.8221-3, 2° du Code du travail, constitue un cas de travail dissimulé par dissimulation d'activité le fait de ne pas procéder aux déclarations qui doivent être faites aux organismes de protection sociale ou à l'administration fiscale en vertu des dispositions légales en vigueur.

L'article L.8221-5 du même code prévoyait, initialement, deux cas de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié :

1° le fait de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L.1221-10, relatif à la déclaration préalable à l'embauche ;

2° le fait de ne pas délivrer un bulletin de paie ou de mentionner sur ce dernier un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli.

La loi n°2010-1594 du 20 décembre 2010, article 40, a ajouté un 3°, le fait de « ne pas accomplir auprès des organismes de recouvrement des contributions

et cotisations sociales les déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci ». Cette disposition a été modifiée par la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011, article 73, dans les termes suivants : « se soustraire intentionnellement aux déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale en vertu des dispositions légales ».

Deux articles législatifs du Code du travail ont traité aux pourboires :

– l'article L.3244-1 : « Dans tous les établissements commerciaux où existe la pratique du pourboire, toutes les perceptions faites «pour le service» par l'employeur sous forme de pourcentage obligatoirement ajouté aux notes des clients ou autrement, ainsi que toutes sommes remises volontairement par les clients pour le service entre les mains de l'employeur, ou centralisées par lui, sont intégralement versées au personnel en contact avec la clientèle et à qui celle-ci avait coutume de les remettre directement ». La règle posée par cet article est d'ordre public et il ne peut y être dérogé ni par le contrat de travail, ni par un accord collectif.

– l'article L.3244-2 : « Les sommes mentionnées à l'article L.3244-1 s'ajoutent au salaire fixe, sauf dans le cas où un salaire minimum a été garanti par l'employeur ».

Par ailleurs, l'article L.242-1, alinéa 1, du Code de la Sécurité sociale inclut les pourboires dans les rémunérations prises en compte pour le calcul des différentes cotisations sociales : « Pour le calcul des cotisations des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales, sont considérées comme rémunérations toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail, notamment les salaires ou gains, les indemnités de congés payés, le montant des retenues pour cotisa-

(1) n°14-85.480 du 1<sup>er</sup> décembre 2015, en cours de publication, reproduit ci-après p.221 avec les obs. de C. Aubert.

tions ouvrières, les indemnités, primes, gratifications et tous autres avantages en argent, les avantages en nature, ainsi que les sommes perçues directement ou par l'entremise d'un tiers à titre de pourboire.... ».

En l'espèce, les pourboires, ayant été centralisés par l'employeur, devaient être intégralement versés au personnel en contact avec la clientèle et s'ajoutaient au salaire fixe ; ils étaient, par conséquent, pour le calcul des cotisations sociales, considérés comme des rémunérations et étaient soumis aux déclarations relatives aux salaires devant être faites auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale en vertu des dispositions légales.

Pour approuver la Cour d'appel, qui était entrée en voie de condamnation du chef de travail dissimulé, la Chambre criminelle a dit que la Cour d'appel avait caractérisé en tous ses éléments, matériel et intentionnel, le délit de travail dissimulé prévu par l'article L.8221-5 3° du Code du travail, dans sa rédaction issue des lois 2010-1594 du 20 décembre 2010 et 2011-672 du 16 juin 2011, et a déclaré les prévenus coupables de cette infraction, dès lors que, d'une part, il résulte des articles L. 3244-1 et L. 3244-2 du Code du travail que toutes les perceptions faites « pour le service » par l'employeur, ainsi que toutes les sommes remises volontairement par les clients pour le service entre les mains de l'employeur, ou centralisées par celui-ci, doivent être intégralement versées au personnel en contact avec la clientèle et s'ajoutent au salaire fixe, sauf dans le cas où un salaire minimum a été garanti par l'employeur, et que, d'autre part, selon l'article L.242-1 du Code de la Sécurité sociale, ces pourboires sont soumis aux cotisations sociales.

Cet arrêt est intéressant en ce qu'il constitue la première application par la Chambre criminelle du 3° de l'article L.8221-5 du Code du travail en matière de pourboires.

2. Le deuxième arrêt retenu (2) est plus classique en ce qu'il rappelle l'obligation de vérification qui pèse sur toute personne lors de la conclusion d'un contrat dont l'objet porte sur une obligation d'un montant minimum (3).

En l'espèce, une société avait conclu avec deux entreprises, dirigées par les mêmes personnes, plusieurs marchés de rénovation de couverture de ses bâtiments, pour un montant global de plus de 800 000 euros ; les dirigeants des deux entreprises

contractantes avaient été condamnés pour travail dissimulé.

Pour rejeter le pourvoi contre l'arrêt, qui avait déclaré la société en cause coupable de recours aux services de personnes exerçant un travail dissimulé, la Chambre criminelle retient que la Cour d'appel avait justifié sa décision « dès lors que commet sciemment le délit de recours aux services d'une personne exerçant un travail dissimulé celui qui ne vérifie pas, alors qu'il y est tenu par l'article L. 8222-1 du Code du travail, la régularité au regard des articles L. 8221-3 et L. 8221-5 dudit code, de la situation de l'entrepreneur dont il utilise les services ».

Mais pour qu'il y ait travail dissimulé, encore faut-il caractériser l'existence d'un lien de subordination déterminant l'existence d'un contrat de travail (3 bis). A été ainsi cassé l'arrêt d'une Cour d'appel qui avait déclaré un infirmier libéral coupable de travail dissimulé pour ne pas avoir procédé à la déclaration nominative préalable à l'embauche de trois infirmiers appelés à le remplacer, sans caractériser l'existence d'un tel lien de subordination (4).

Par un arrêt du 17 mars 2015 (5), la Chambre criminelle a dit que le délit de travail dissimulé était une infraction instantanée et a approuvé une chambre de l'instruction d'avoir jugé que le point de départ du délai de prescription était constitué par le jour où la relation de travail a pris fin.

3. L'arrêt *Vueling Airlines* (6) et l'arrêt *Easyjet Airline Company* (7) ont largement retenu l'attention. La société Vueling Airlines, qui a son siège en Espagne, a embauché plusieurs dizaines de salariés navigants, commerciaux ou techniques et les a détachés sur son établissement de l'aéroport Charles de Gaulle, à Roissy ; ces salariés étaient titulaires d'un certificat E 101 attestant qu'ils étaient maintenus pendant la période de détachement au régime de Sécurité sociale de leur pays d'origine, en l'espèce, l'Espagne.

L'inspection du travail a considéré que la société susvisée, qui employait les salariés sur une base d'exploitation au sens de l'article R.330-2-1 du Code de l'aviation civile, ne pouvait se prévaloir des dispositions relatives au détachement, son activité étant entièrement orientée vers le territoire national et étant réalisée dans des locaux ou avec des infrastructures situées sur ce territoire, à partir desquels elle

(2) n°14-85.828 du 1<sup>er</sup> décembre 2015, en cours de publication.

(3) Article L. 8222-1 du Code du travail.

(3 bis) rapp. *infra* p.237 les obs. de H. Guichaoua sous Cass. Crim. 15 décembre 2015, n° 14-15.638.

(4) Cass. Crim. 23 juin 2015, n° 14-83.023.

(5) Cass. Crim. 17 mars 2015, n° 13-87.950.

(6) Cass. Crim. 11 mars 2014, n° 12-81.461, Bull. n° 75.

(7) Cass. Crim. 11 mars 2014, n° 11-88.420, Bull. n° 74.

était exercée de façon habituelle, stable et continue. Un procès-verbal a été établi pour travail dissimulé.

Pour déclarer la société Vueling Airlines coupable de travail dissimulé par dissimulation d'activité pour avoir omis de déclarer ses salariés aux organismes de protection sociale français, les juges du second degré ont relevé que :

- la prévenue exerçait son activité en France dans le cadre d'une succursale ou d'un établissement et, en tout cas, d'une base d'exploitation au sens de l'article R.330-2-1 du Code de l'aviation civile, en employant trois salariés au sol, titulaires d'un contrat à durée indéterminée, et des dizaines de navigants recrutés en Espagne, présentés comme détachés en France, employés par contrats à durée déterminée et immatriculés au régime de protection sociale espagnol ;
- la succursale ouverte en France était dirigée par un directeur de pays, ayant le statut de cadre dirigeant, au sens de l'article L.3111-2 du Code du travail, assisté d'un chef de base, et dans ces conditions, l'employeur ne pouvait, aux termes de l'article L.1262-3 dudit code, se prévaloir des dispositions applicables au détachement ;
- la délivrance de certificats d'affiliation E 101 par l'autorité de protection sociale espagnole ne saurait valoir présomption de la validité des détachements des salariés en cause et interdire au juge pénal français de constater la violation intentionnelle des dispositions légales applicables en France, la société Vueling Airlines ayant, d'évidence, volontairement méconnu ces règles pour se placer sous un régime social et fiscal moins lourd et plus permissif.

Pour rejeter le pourvoi formé contre cet arrêt, sans qu'il y ait lieu de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, la Chambre criminelle a jugé que la Cour d'appel a justifié sa décision, dès lors :

- qu'en l'absence de détachement de salariés entrant dans les prévisions de l'article 14, § 1, a) du règlement (CEE) n° 1408/71 du 14 juin 1971, en vigueur à la date des faits poursuivis, la société Vueling Airlines, dont l'activité, entièrement orientée vers le territoire national, réalisée de façon habituelle, stable et continue dans des locaux ou avec des infrastructures situées sur ce territoire, relevait du droit d'établissement au sens des dispositions de l'article L.1262-3 du Code du travail et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, ne pouvait se prévaloir des certificats, dits formulaires E 101, qu'elle invoquait ;
- et que se trouvait constituée à son encontre, conformément aux dispositions d'ordre public de l'article L.8221-3, 2° du code susvisé, l'infraction de

travail dissimulé, faute d'avoir procédé en France, pour ses salariés, personnels navigants, techniques et commerciaux occupés à l'établissement de Roissy, aux déclarations devant être faites aux organismes de protection sociale.

Il convient de relever que, pour écarter toute notion de détachement, et dire que la société relevait du droit d'établissement, la Cour de cassation s'est fondée, essentiellement, tant sur les dispositions de l'article 14, § 1, du règlement n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de Sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, que sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Si la délivrance d'un certificat E 101 vaut présomption de la validité des détachements et régularité d'affiliation, la Chambre criminelle a jugé, par l'application même du droit de l'Union européenne, que la société en cause ne pouvait se prévaloir de ces certificats pour tenter d'échapper à ses obligations déclaratives.

La société Easyjet avait développé, à partir de 2004, une activité de transport aérien présentant, sur le territoire national, les caractéristiques d'habitude, de stabilité, de continuité et de permanence et s'était dotée à l'aéroport d'Orly de comptoirs et de bureaux ; elle avait recruté des salariés français, dans leur majorité, résidant en France et affectés de manière durable à ladite base aéroportuaire, malgré les termes de leur contrat de travail les présentant comme des salariés détachés.

Pour entrer en voie de condamnation, les juges du fond avaient, notamment, relevé qu'en application du règlement (CEE) 1408/71 du 14 juin 1971, le personnel navigant des entreprises de transports internationaux de passagers par voie aérienne était soumis à la législation de l'État où l'entreprise a son siège, sauf si le travailleur est occupé de manière prépondérante sur l'État membre où il réside, ce qui était le cas en l'espèce, de sorte que la société aurait dû procéder à la déclaration nominative préalable à l'embauche de ses salariés affectés à la base d'Orly.

Pour rejeter le pourvoi formé par la société Easyjet, la Chambre criminelle a dit que la Cour d'appel avait justifié sa décision, dès lors qu'elle avait exactement retenu que l'activité de la société relevait, sur le territoire national, des règles applicables au droit d'établissement, exclusives des dispositions relatives au détachement transnational, et non de la liberté de prestation de services au sens des articles 52 et suivants du Traité de Rome.

Ces arrêts ont fait l'objet d'appréciations divergentes. Certains auteurs leur ont reproché de méconnaître la primauté du droit de l'Union européenne. C'est le cas de :

- M. Nicolas Chavrier, qui y a vu « *une atteinte grave à la primauté du droit de l'Union européenne* » (8) ;
- M. Jean-Claude Fillon : « *un trou d'air dans l'application du droit européen* » (9) ;
- M. le professeur Jean-Philippe Lhernould : « *L'étonnante leçon anti-européenne de la Chambre criminelle à propos du formulaire E 101* » (10) ;
- M. le professeur Julien Icard, qui, s'il relève que la solution est « *peu respectueuse de la logique européenne* », n'en discute pas l'opportunité qui ne «  *vise qu'à évincer les pratiques évidentes de dumping social* » (11).

D'autres auteurs ont approuvé la position prise par la Chambre criminelle :

- M. Renaud Salomon souligne que le rejet des pourvois était justifié, les juges du fond ayant, au cas d'espèce, fait une « *application parfaitement orthodoxe [des] critères* » (12) ;
- Mme Agnès Cerf-Hollander, qui relève qu'est déjouée la fraude, « *les salariés faussement détachés devenant alors des salariés dissimulés* », et qui se demandent si la Cour de justice de l'Union européenne, qui a jugé que le juge national n'est pas habilité à vérifier la validité d'un certificat E 101, aurait la même position dans le cadre d'un contentieux pénal, ce qui « *équivaldrait à donner un blanc-seing aux fraudeurs* » (13) ;
- M. Hervé Guichaoua, directeur du travail : « *Une avancée remarquable dans la lutte contre le travail illégal et le dumping social du fait des entreprises étrangères : les arrêts Easy Jet et Vueling* » (14).

4. L'Assemblée plénière a eu à se pencher sur la question le 6 novembre 2015. Par deux arrêts (15), elle a dit que le certificat E 101, délivré conformément à l'article 11, paragraphe 1, du règlement 574/72, était le seul document *susceptible d'attester* la régularité de la situation sociale du cocontractant établi ou domicilié à l'étranger au regard du règlement n° 1408/71, au sens du premier de ces textes.

Par un arrêt (16), s'agissant d'une société allemande ayant une succursale sur le territoire de la Confédération helvétique, qui exploitait deux bateaux de croisière naviguant en France sur le Rhône et la Saône, alors que des irrégularités avaient été relevées par l'administration s'agissant de salariés occupant des fonctions hôtelières, lesquelles avaient été suivies de redressements en matière de recouvrement de cotisations et contributions sociales, l'Assemblée plénière a renvoyé à la Cour de justice de l'Union européenne la question suivante : l'effet attaché au certificat E 101 s'impose-t-il, d'une part, aux institutions et autorités de l'État d'accueil, d'autre part, aux juridictions du même État membre, lorsqu'il est constaté que les conditions de l'activité du travailleur salarié n'entrent manifestement pas dans le champ d'application matériel des règles dérogatoires de l'article 14, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 1408/71 ?

En d'autres termes, si la question est bien comprise, l'effet attaché au certificat E 101 s'impose-t-il encore en cas de fraude à la loi ?

**Grégoire Finidori**

(8) Semaine sociale Lamy, 2014, du 9 juillet 2015.

(9) Liaisons sociales Europe, n° 350 du 3 au 16 avril 2014.

(10) RJS 2014, p. 307.

(11) Cahiers sociaux, 1<sup>er</sup> avril 2014, n° 262, p. 255.

(12) Droit Social, 2014, p. 832.

(13) Revue de science criminelle, 2014, p. 355.

(14) Droit Ouvrier, juin 2014 n° 791, p. 385.

(15) Cass. Ass. Plén. 6 novembre 2015, H 14-10.182 et U 14-10.193.

(16) Cass. Ass. Plén. 6 novembre 2015, A 13-25.467.

## ASSOCIATION FRANÇAISE DE DROIT DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE (AFDT)

[www.afdt-asso.fr](http://www.afdt-asso.fr)