

TRAVAIL ILLÉGAL Quantification des heures de travail – Application de la convention collective étendue – Distributeur de prospectus – Dissimulation d’heures de travail (non).

COUR DE CASSATION (Ch. Crim.) 16 avril 2013

Société Adrexo Sud Ouest (n° 12-81.767)

Vu l’article L. 8221-5 du code du travail ;

Attendu qu’il résulte de ce texte qu’est réputé travail dissimulé par dissimulation d’emploi salarié le fait pour tout employeur de mentionner sur le bulletin de paie un nombre d’heures de travail inférieur à celui réellement accompli, sauf si cette mention résulte d’une convention

collective ou d’un accord collectif d’aménagement du temps de travail conclu en application du titre II du livre Ier de la troisième partie dudit code ;

Attendu qu’il résulte de l’arrêt attaqué et du procès-verbal de l’inspection du travail, base de la poursuite, que M. X..., dirigeant de la société Adrexo Sud-Ouest,

entreprise spécialisée dans la distribution de prospectus publicitaires, a été poursuivi du chef de travail dissimulé pour avoir mentionné sur les bulletins de paie de vingt-deux salariés un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli ; que, pour infirmer le jugement ayant relaxé le prévenu, les juges du second degré relèvent, notamment, que celui-ci ne peut se prévaloir de la convention collective nationale étendue de la distribution directe du 9 juillet 2004, dès lors qu'aucun correctif n'a été apporté aux distorsions entre les horaires conventionnellement établis et ceux réellement effectués et que n'ont pas été rémunérées les heures effectivement accomplies, mais seulement les heures préalablement quantifiées en application de cette convention ;

Mais attendu qu'en statuant ainsi, alors que la mention sur le bulletin de paie d'un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli n'est pas punissable quand cette mention résulte, comme 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 Ier de la troisième partie du code du travail, la cour d'appel a méconnu le texte susvisé et le principe ci-dessus rappelé ;

D'où il suit que la cassation est encourue ; que, n'impliquant pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond, elle aura lieu sans renvoi, ainsi que le permet l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire ;

Par ces motifs :

Casse et annule, en toutes ses dispositions, l'arrêt susvisé de la cour d'appel de Pau, en date du 16 février 2012 ;

Dit n'y avoir lieu à renvoi ;

(M. Louvel, prés. – M. Finidori, rapp. – M. Liberge, av. gén. – SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, av.)

Note.

L'arrêt rendu le 16 avril 2013 par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, qui a censuré une condamnation prononcée par une cour d'appel en matière de dissimulation d'heures de travail, constitue une restriction sévère et inattendue au dispositif de lutte contre le travail illégal, qui ne résulte cependant ni de la lettre, ni de l'esprit du Code du travail. L'arrêt de la Cour de cassation est d'autant plus surprenant que sa jurisprudence relative à cette matière a toujours été historiquement très favorable à la répression de cette délinquance (1). Dans le cas particulier, cette décision met à mal tous les efforts entrepris par les services d'inspection du travail dans un secteur d'activité, en l'espèce celui de la distribution de prospectus et autres gratuits, sensiblement exposé au travail dissimulé de façon chronique.

(1) Cf. notamment ses décisions relatives à la mise en cause des donneurs d'ordre ou à la définition du but lucratif en matière de fausse sous-traitance.

(2) Décret lui-même annulé par le Conseil d'État le 28 mars 2012. Ces deux décrets instituaient une dérogation

1. La matérialité des faits, objet de la procédure, est relativement simple. L'employeur mis en cause ne mentionne pas sur les bulletins de paie de ses distributeurs la totalité des heures de travail qu'ils accomplissent réellement. Cette pratique tombe, *a priori*, sous le coup de l'infraction de dissimulation d'heures de travail, définie aux articles L. 8221-1 et L. 8221-5, 2° du Code du travail, d'autant qu'elle est constante, répétée et généralisée dans l'entreprise, attestant ainsi de son caractère réellement intentionnel.

Pour se justifier et faire juger qu'elle n'a pas commis le délit de dissimulation d'heures de travail, l'entreprise invoque à la fois le décret n° 2007-12 du 4 janvier 2007 qui, après son annulation par le Conseil d'État, a été remplacé (provisoirement) par le décret n° 2010-778 du 8 juillet 2010 (2), la convention collective nationale de la distribution directe du 9 février 2004 étendue par arrêté ministériel et un accord d'entreprise.

La combinaison des deux premiers textes permet, en effet, aux entreprises de cette branche d'activité, eu égard aux spécificités du métier itinérant de distributeur, de quantifier *a priori* de façon forfaitaire, et selon un barème prévu par la convention collective, le temps de travail qui est nécessaire pour réaliser une tournée de distribution à un moment donné. Cette quantification d'horaires, qui génère un salaire lui-même prédéterminé, est portée chaque mois sur les bulletins de paie, sans que soit mentionné le nombre réel d'heures de travail effectuées. Ces dispositions permettent également de moduler sur plusieurs mois le temps de travail des distributeurs, à temps plein ou à temps partiel, et de lisser leur rémunération.

Or, le constat effectué par l'inspection du travail, à l'origine de la procédure, fait apparaître un nombre d'heures de travail, non contesté, supérieur à celui forfaitairement quantifié et mentionné sur les bulletins de paie. Par ailleurs, il n'existe pas chez Adrexo de lissage ou de rattrapage de la rémunération sur la base des horaires réels pratiqués par les salariés.

L'entreprise, qui ne met pas en cause les heures de travail accomplies en sus de la quantification, mais non mentionnées sur les bulletins de paie, soutient appliquer scrupuleusement les dispositions conventionnelles dérogatoires, rendues possibles par les dispositions du titre II du livre 1^{er} de la troisième partie du Code du travail relatives à l'aménagement conventionnel du temps de travail, elles-mêmes par ailleurs visées expressément par l'article L. 8221-5, 2° du Code du

spécifique au contrôle quotidien et hebdomadaire de la durée du travail de salariés ne travaillant pas selon le même horaire collectif de travail ; ils introduisaient, de fait, dans le Code du travail une présomption de durée du travail effectif, ce qui est du ressort de la loi.

travail, objet de la prévention. Elle soutient également, en raison de la rédaction de l'article L. 8221-5, 2° du Code du travail, que celui-ci exclut la pénalisation de la dissimulation d'heures de travail lorsque cette dissimulation se fait dans le cadre de la mise en œuvre d'un texte conventionnel d'aménagement du temps de travail étendu prévu par le Code du travail.

Contrairement à la cour d'appel, qui est entrée en voie de condamnation pour dissimulation d'heures de travail, la Cour de cassation considère que la dissimulation d'heures de travail résultant du non-respect d'un texte conventionnel dérogatoire étendu sur l'aménagement du temps de travail n'entre pas dans le champ de l'infraction définie à l'article L. 8221-5, 2° du Code du travail, compte tenu de sa rédaction. Faute d'élément légal, l'infraction de dissimulation d'heures n'existe pas, même si celle-ci est avérée et non discutée. Ce qui sous-entend que le législateur n'a pas voulu sanctionner au titre du travail dissimulé la dissimulation d'heures de travail résultant du non-respect d'un texte conventionnel étendu sur l'aménagement du temps de travail.

2. Cette analyse suscite les observations suivantes.

a. Tout d'abord, il convient de rappeler que la volonté constante du législateur, depuis ces vingt dernières années, a été de mieux lutter contre toutes les formes et manifestations du travail illégal. Chaque loi votée sur ce sujet, et notamment celle du 11 mars 1997, dont est issu l'article L. 8221-5, 2° du Code du travail, concourt à cette finalité et se donne pour objectif de combattre ces fraudes plus efficacement. On comprend mal, dans ce contexte, que le législateur de 1997 ait pu laisser un trou aussi gros dans la raquette, en tolérant formellement certaines formes ou modalités de dissimulation d'heures de travail, et donc non répréhensibles, avec notamment à la clé le non-paiement de cotisations sociales. Autrement dit, le législateur n'a jamais entendu blanchir la dissimulation d'heures de travail qui résulterait, directement ou indirectement, de l'application d'un texte conventionnel, quel qu'il soit.

De surcroît, l'un des objectifs de la loi de 1997 était précisément d'incriminer, au titre du travail dissimulé, la dissimulation d'heures de travail dont la fréquence et l'ampleurs s'étaient accrues, compte tenu de l'efficacité de la déclaration préalable à l'embauche créée en 1991 (3). C'est ainsi qu'a été insérée dans la loi la disposition suivante (4), base des poursuites: « *La mention sur le bulletin de paie d'un nombre d'heures de travail inférieur*

à celui réellement effectué constitue, si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord conclu en application du chapitre II du titre 1^{er} du livre II du présent code (5), une dissimulation d'emploi salarié ».

b. La nouvelle incrimination vise, concrètement, à sanctionner plus sévèrement les pratiques d'employeur (y compris les particuliers) qui sous-déclare les heures de travail. Dès lors, toute heure de travail, quels que soient son statut, sa cause et son origine (heure normale, complémentaire, supplémentaire, heure de nuit, heure de week-end, etc.), non portée sur le bulletin de paie, constitue de la dissimulation d'emploi salarié, sous réserve de démontrer le caractère intentionnel de cette omission. Aucune heure de travail n'est exclue du périmètre de cette infraction.

La référence faite, dans l'article L. 8221-5, 2° du Code du travail, à l'existence d'une convention collective ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail étendu était juridiquement nécessaire. Elle a pour seul objet (6) de tenir compte du lissage des heures de travail autorisé par la loi dans le cadre de l'annualisation, et qui est une dérogation à l'autre principe du décompte et du calcul des heures de travail et de la rémunération, qui se font normalement dans le cadre hebdomadaire et mensuel, en particulier en application de la loi du 19 janvier 1978 sur la mensualisation.

En effet, pour ne citer que l'exemple d'un accord étendu sur le travail intermittent qui existerait dans une branche professionnelle pour moduler et lisser le temps de travail sur plusieurs mois, la rédaction de l'article L. 8221-5, 2° signifie que les heures de travail accomplies au-dessus du plancher mensuel de la modulation et du lissage, et qui ne sont pas mentionnées sur les bulletins de paie, ne constituent pas de la dissimulation d'heures de travail, pour autant que ces heures de travail restent dans le volume et la fourchette de la modulation et du lissage (7). Mais, dès lors que les heures de travail accomplies excèdent le volume ou la fourchette de la modulation et du lissage, elles doivent être, bien entendu, transparentes, c'est-à-dire mentionnées sur le bulletin de paie, payées en tant que telles et donner lieu à cotisations sociales. À défaut, l'infraction de dissimulation d'heures de travail est constituée. L'article L. 8221-5, 2° du Code du travail ne dit pas autre chose, et n'exonère pas l'employeur de son obligation de mentionner sur le bulletin de paie et de payer toutes les heures effectives de travail qui sortent du cadre dérogatoire de l'aménagement du temps de travail.

(3) Auparavant, ces pratiques constituaient uniquement une contravention de 3^e classe.

(4) Codifiée à l'article L. 8221-5, 2° du Code du travail.

(5) La re-codification du Code du travail en 2008 a modifié ces références.

(6) Les débats parlementaires relatifs à l'examen de la loi du 11 mars 1997 sont explicites.

(7) Exemple : accord travail intermittent annualisé lissé à 100 heures mensuelles dans une fourchette haute de 120 heures mensuelles maxi.

Ces heures ne sont donc pas exclues de la définition posée par l'article L. 8221-5, 2° du Code du travail. Cet article n'a pas supprimé l'élément légal de l'infraction de travail dissimulé pour une catégorie particulière d'heures de travail. Toutes les heures de travail sont potentiellement concernées par cette infraction.

3. Dans une affaire relativement proche quant au système mis en place par l'entreprise pour ne pas payer des heures de travail, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a pourtant confirmé une condamnation de cour d'appel au titre de la dissimulation d'emploi salarié dans les circonstances suivantes (8). Une entreprise de propreté avait fixé *a priori* le temps forfaitaire nécessaire à un salarié pour nettoyer une chambre d'hôtel. Le nombre de chambres nettoyées déterminait implicitement le nombre d'heures de travail accomplies, et donc à payer. Or, dans la réalité, le temps réellement passé pour nettoyer les chambres était supérieur, mais ces heures de travail accomplies en sus du barème de l'entreprise n'étaient pas mentionnées par l'employeur sur le bulletin de paie. La Chambre criminelle a validé l'analyse et la condamnation de la cour d'appel en considérant (sans surprise) que l'employeur devait tenir compte de la durée effective du travail. En clair, toute heure de travail effective doit être payée et mentionnée sur le bulletin de paie.

Mieux, dans d'autres affaires visant la même entreprise et les mêmes pratiques que celles jugées le 16 avril 2013, la Chambre sociale de la Cour de cassation (9) a considéré que la quantification autorisée dans ce secteur d'activité par le Code du travail et la convention

collective étendue n'interdit pas au salarié de rapporter la preuve, en application de l'article L. 3171-4 du Code du travail, qu'il accomplit plus d'heures de travail et d'en demander le paiement complémentaire.

Cette analyse aurait dû être reprise dans le traitement pénal de la dissimulation d'heures de travail.

4. Si la lecture par la Chambre criminelle de la Cour de cassation des dispositions de l'article L. 8221-5, 2° du Code du travail était définitivement acquise, il conviendrait sans doute, alors même que des heures de travail accomplies ne seraient pas payées aux salariés et ne donneraient pas lieu au paiement de cotisations sociales dans ce secteur d'activité, de qualifier pénalement ces pratiques sur la base de l'article L. 8221-5, 3° du Code du travail. Cette incrimination, qui relève également de la qualification de travail dissimulé, vise l'employeur qui déclare aux organismes de protection sociale une assiette de calcul des cotisations sociales inférieure à la réalité. Or, l'assiette de calcul des cotisations sociales doit comprendre le montant de toutes les heures de travail accomplies, ce qui n'est pas le cas, puisque l'entreprise omet, par nature, d'intégrer dans ses déclarations le montant des heures de travail non payées aux salariés et absentes des bulletins de salaire. La qualification de travail dissimulé par minoration d'assiette, dans ce contexte de fraude très particulier, ne devrait pas encourir *a priori* une nouvelle censure de la Cour de cassation.

Hervé Guichaoua,
Directeur du travail

(8) Cass. Crim. n° 09-86401 du 28 septembre 2010, *Société La Citadelle Nettoyage*.

(9) Cass. Soc. n° 10-10928 du 22 septembre 2011 ; Cass. Soc. n° 08-42758 du 16 juin 2010.

LA RAISON ÉCONOMIQUE EN DROIT DU TRAVAIL CONTRIBUTION À L'ÉTUDE DES RAPPORTS ENTRE LE DROIT ET L'ÉCONOMIE

par *Tatiana Sachs*



Le dialogue interdisciplinaire est chose délicate. Il en est ainsi des rapports entre le droit et l'économie, souvent appréhendés de façon asymétrique, réduits au seul problème de l'efficacité de telle ou telle institution juridique. Cet ouvrage veut remédier à l'intimidation que les sciences économiques et leur formalisation mathématique exercent sur les juristes, avec pour fil conducteur la préoccupation suivante : de quelle manière le droit parle-t-il de l'économie ?

Car le droit, et notamment le droit du travail, ne peut rester muet en ce domaine. Quelles sont les circonstances économiques qui autorisent l'employeur à licencier le salarié ? Comment caractériser la dimension économique de l'entreprise ? Ou encore quelles sont les opérations économiques qui entraînent un transfert des contrats de travail du cédant vers le repreneur ? Autant d'interrogations qui appellent des réponses, certes juridiques, mais aussi porteuses d'une raison économique. Rendre compte de cette dernière, lui donner sens, étudier sa place dans les raisonnements juridiques : telle est l'ambition de ce travail.

Fait(s) et valeur(s) : il ressort de l'investigation menée que le droit du travail fait coexister ces deux facettes de l'économie. À partir d'une compréhension des ressorts et des implications de cette cohabitation, il est possible d'esquisser une analyse juridique de l'économie, contre-pied et contre-poids nécessaires à l'hégémonique analyse économique du droit.

L.G.D.J. Bibliothèque de droit social Tome 58 – ISBN : 978-2-275-04015-8 – 448 pages – 2013 – 52 €