



HAL
open science

**Travailleurs détachés en UE : régime et portée
juridiques des certificats E101/A1 au regard du travail
dissimulé, de la santé et la sécurité des travailleurs, de la
fraude sociale et de la concurrence déloyale (affaire
Bouygues)**

Harold Kobina Gaba

► **To cite this version:**

Harold Kobina Gaba. Travailleurs détachés en UE : régime et portée juridiques des certificats E101/A1 au regard du travail dissimulé, de la santé et la sécurité des travailleurs, de la fraude sociale et de la concurrence déloyale (affaire Bouygues). Michel Bruno. Les défis actuels de l'Union européenne, Legitech, pp.183-218, 2022, Droit et Économie, 978-2-919814-32-9. hal-03582852

HAL Id: hal-03582852

<https://hal.science/hal-03582852>

Submitted on 7 Dec 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Collection fondée et dirigée par Fabien Bottini

LES DÉFIS ACTUELS DE L'UNION EUROPÉENNE

SOUS LA DIRECTION DE MICHEL BRUNO
PRÉFACE DE DAVID SASSOLI ET POSTFACE DE LOÏC GRARD



— Lex
FEIM
Laboratoire de recherche en droit fondamental
des échanges internationaux de la mer

LEGI éditeur juridique

Travailleurs détachés en UE : régime et portée juridiques des certificats E101/A1 au regard du travail dissimulé, de la santé et la sécurité des travailleurs, de la fraude sociale et de la concurrence déloyale (affaire Bouygues)

Harold Kobina GABA

*Maître de conférences HDR de Droit privé à l'Université Le Havre Normandie,
LexFEIM (Laboratoire de recherche en droits Fondamentaux,
Échanges Internationaux et de la Mer)*

Résumé

L'affaire Bouygues caractérisée par un montage sophistiqué de détachement et de mise à disposition de salariés au sein de l'UE, en l'occurrence en France, a été l'occasion pour la CJUE puis la Cour de cassation française, d'une part, de préciser le régime et la portée juridiques des fameux certificats E101 et A1 et, d'autre part, d'en tirer les conséquences juridiques, sociales et économiques au regard en particulier de la question du droit applicable en cas d'absence, de non-conformité, de fraude ou de retrait desdits certificats et aussi de la responsabilité pénale pour travail dissimulé, prêt illégitime de main-d'œuvre des cocontractants pour méconnaissance des obligations imposées par le droit national dans des matières autres que la sécurité sociale.

1. L'une des grandes réalisations de l'Union européenne (UE) est le marché unique, son principal moteur économique. Ce marché intérieur est fondé sur la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux (appelée encore les « quatre libertés »)¹. Ce marché intérieur ne constitue pas

¹ La directive (UE) 2018/957 du Parlement européen et du Conseil du 28 juin 2018 modifiant la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services (JOUE L 173 du 9 juillet 2018, p. 16–24) rappelle dans son considérant 1) que : « La libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement et la libre prestation des services sont des principes fondamentaux du marché intérieur consacrés par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. L'Union renforce la mise en œuvre et l'exécution de ces principes, qui visent à garantir des conditions de concurrence équitables aux entreprises et le respect des droits des travailleurs ».

encore un espace économique unique en ce sens que certains secteurs d'activité relèvent des normes nationales à l'instar des services d'intérêt général. La suppression dans le temps de toutes les entraves physiques, techniques et fiscales à la libre circulation ou des échanges parachève cet espace de l'Union caractérisé par un système économique capitaliste libéral dont la politique commune de la concurrence est l'indispensable corollaire. Des normes dérivées mettent en œuvre ces principes².

2. L'élargissement de l'Union aujourd'hui à 27 États-membres et donc vers l'Est³ du continent européen apparaît bénéfique pour les anciens États-membres au regard de nouvelles opportunités sur ce marché économique en termes de parts de marché, et semble poser de nouvelles problématiques liées à la libre concurrence, au dumping social, à l'optimisation fiscale en raison de l'inégalité économique, sociale, fiscale, entre ces pays entrants de l'Est et ceux de l'Ouest. Encore faut-il préciser que ces problématiques existaient déjà entre les pays du Nord et les pays du Sud⁴ au sein de l'Union.
3. L'affaire Bouygues (Société Bouygues travaux publics) est représentative de ces problématiques qui ne datent pas d'aujourd'hui⁵. En l'espèce, la société

2 https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_fr#d'une-union-%20%C3%A9conomique-%20%C3%A0-une-union-politique ; CRIVAT, Liliana. Mythes et réalités de l'intégration différenciée dans l'Union européenne, Master : Univ. Genève, 1997 : file:///C:/Users/Harold/AppData/Local/Temp/unige_20298_attachement01.pdf.

3 « 11-12 décembre 1992 : Le Conseil européen d'Édimbourg annonce que des décisions vont être prises "afin de préparer les pays associés à l'adhésion à l'Union". 22-23 juin 1993 : Le Conseil européen de Copenhague précise que les pays associés devront remplir trois critères s'ils désirent devenir membres de l'UE : présenter les caractéristiques d'une économie de marché viable capable de soutenir la concurrence, être dotés d'institutions démocratiques, être en mesure de reprendre l'intégralité de l'acquis communautaire » : <https://www.universalis.fr/encyclopedie/union-europeenne-reperes-chronologiques/> ; Daniela Sarpe, Jacques Manoury (sous la direction de), L'élargissement de l'Union Européenne et la Roumanie, Problèmes et perspectives, Publications des Universités du Havre et de Rouen, PUH n° 16, PUR n° 372, décembre 2004, 448 p. ; Milzow Katrin, « L'élargissement vers l'est de l'Union européenne : négociations et marchandages entre les Quinze », *Relations internationales*, 2008/4 (n° 136), p. 73-90. DOI : 10.3917/ri.136.0073. URL : <https://www.cairn.info/revue-relations-internationales-2008-4-page-73.htm>.

4 Pierre Duchateau, L'élargissement de la CEE aux trois pays candidats (Espagne, Portugal, Grèce), *In* : *Politique étrangère*, n° 5 – 1977 – 42^e année, pp. 477-486, DOI : <https://doi.org/10.3406/polit.1977.1653>, www.persee.fr/doc/polit_0032-342x_1977_num_42_5_1653, Guy Longueville, L'entrée de l'Espagne et du Portugal dans la Cée : enjeux, perspectives et premiers bilans, *in* *Économie & prévision*, n° 78, 1987-2. pp. 19-51 : <https://doi.org/10.3406/ecop.1987.4979> ; Víctor Fernández Soriano, « Quel pays plus que la Grèce ? » La place de la Grèce dans la construction de l'Europe : une mise en perspective historique », *Histoire@Politique*, 2016/2 (n° 29), p. 141-157, DOI : 10.3917/hp.029.0141, URL : <https://www.cairn.info/revue-histoire-politique-2016-2-page-141.htm>.

5 ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport d'information déposé par la commission des affaires européennes sur la proposition de directive relative à l'exécution de la directive sur le détachement des travailleurs, et présenté par M. Gilles SAVARY, Mme Chantal GUITTET et M. Michel PIRON, n° 1087, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 29 mai 2013 ; ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur les propositions de loi visant à renforcer la responsabilité des maîtres d'ouvrage et des donneurs d'ordre dans le cadre de la sous-traitance et à lutter contre le dumping social et la concurrence déloyale, par Gilles SAVARY, n° 1785, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 février 2014. ; Loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale, JORF n° 0159 du 11 juillet 2014, Texte n° 3 : <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl13-397.html> ; Miné Michel, « Brefs propos sur les

Bouygues travaux publics, par suite de l'obtention de l'attribution de marchés pour la construction, à Flamanville dans la Manche, d'un réacteur nucléaire de nouvelle génération, a constitué pour leur exécution, avec deux autres entre-

apports du droit social européen au droit du travail interne », *Après-demain*, 2015/2 (n° 34, NF), p. 25-26. DOI : 10.3917/apdem.034.0025. URL : <https://www.cairn.info/revue-apres-demain-2015-2-page-25.htm> ; Tara Schlegel et La Rédaction de France Culture, Travail détaché : le cocktail infernal, *Le Magazine* de la rédaction, le 20/10/2017 : <https://www.franceculture.fr/emissions/le-magazine-de-la-redaction/travail-detache-le-cocktail-infernal> « *Difficile d'estimer le nombre de travailleurs détachés. La direction générale du travail donne aujourd'hui le chiffre de 100 000 déclarations de détachement (hors Transports), et elle ne fait plus d'estimation des non déclarations, mais la députée européenne Morin Chartier qui porte la révision de la directive au Parlement Européen, dit régulièrement qu'en France il y a 400 000 travailleurs détachés. Ils seraient un peu plus de 400 000 en Allemagne. Au total, ils ne représentent qu'1 à 2 % de la population active. Mais la multiplication des dérives et des fraudes déstabilise certains secteurs. Elle alimente aussi la xénophobie* » ; Gilles Savary, Travail détaché : au royaume des ambiguïtés, les démagogues sont rois !, 27 août 2017 à 13 h 27 : <https://www.lopinion.fr/edition/politique/travail-detache-royaume-ambiguites-demagogues-sont-rois-132807> ; Laurent d'Ancona, Les « damnés de la terre » : fraudes sociales, ouvriers « en esclavage »... le procès qui fait trembler Terra Fecundis, lundi 08/06/2020 à 13 h 42 – Mis à jour 09/06/2020 à 15 h 7 : <https://www.laprovence.com/article/edition-marseille/6010626/une-main-doeuvre-vulnerable-au-coeur-dun-business-en-or.html> ; Cass. crim., 18 septembre 2018, 4 arrêts, pourvois n°s 13-88.631, 13-88.632, 11-88.040, 15-80.735, 15-81.316, publié au Bull. : à propos du détachement de travailleurs et du travail dissimulé dans les transports aériens (société Air France, société City Jet Limited, société Ryanair, société Netjets Management Limited et société Netjets Transportes Aereos SA) : la cour d'appel ne pouvait écarter les certificats E101 sans avoir, au préalable, recherché si l'institution émettrice desdits certificats avait été saisie d'une demande de réexamen et de retrait de ceux-ci sur la base des éléments concrets recueillis dans le cadre de l'enquête judiciaire permettant, le cas échéant, de constater que ces certificats avaient été obtenus ou invoqués de manière frauduleuse et que l'institution émettrice s'était abstenue, dans un délai raisonnable, de les prendre en considération aux fins de réexamen du bien-fondé de la délivrance desdits certificats, et, dans l'affirmative, sans établir, sur la base de l'examen des éléments concrets et dans le respect des garanties inhérentes au droit à un procès équitable, l'existence d'une fraude de la part de la société en cause, constituée, dans son élément matériel, par le défaut, dans les faits de la cause, des conditions prévues à l'article 14, paragraphe 2 sous a) aux fins d'obtention ou d'invocation des certificats E101 en cause et, dans son élément moral, par l'intention de ladite société de contourner ou d'éluder les conditions de délivrance dudit certificat pour obtenir l'avantage qui y est attaché ; Frédérique Chopin, Détachement de travailleur, fraude et certificat A1, AJ Pénal 2018 p. 581 ; Pour le cas des transports routiers, Hélène Desfontaines, *Le travail des chauffeurs routiers de marchandises*, Travail et Emploi n° 104, octobre-décembre 2005, p. 29-42 ; SÉNAT, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes (1) sur les normes sociales européennes applicables au secteur des transports, par Mme Fabienne KELLER et M. Didier MARIE, n° 370, enregistré à la Présidence du Sénat le 7 mars 2019 ; voir par exemple le cas des chauffeurs routiers ayant conclu un contrat de travail avec une entreprise, mais placés sous l'autorité effective d'une autre entreprise établie dans l'État membre de résidence de ces chauffeurs avec la question de la détermination de l'entreprise ayant la qualité d'« employeur » : CJUE, 16 juill. 2020, aff. C-610/18, AFMB Ltd e.a. contre Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank : « la relation entre un "employeur" et son "personnel" salarié implique l'existence d'un lien de subordination entre ceux-ci » (point 53) ; « L'article 14, point 2, sous a), du règlement (CEE) no 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, dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement (CE) no 118/97 du Conseil, du 2 décembre 1996, tel que modifié par le règlement (CE) no 631/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, ainsi que l'article 13, paragraphe 1, sous b), i), du règlement (CE) no 883/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, tel que modifié par le règlement (UE) no 465/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, doivent être interprétés en ce sens que l'employeur d'un chauffeur routier international, au sens de ces dispositions, est l'entreprise qui exerce l'autorité effective sur ce chauffeur routier, supporte, en fait, la charge salariale correspondante et dispose du pouvoir effectif de le licencier, et non l'entreprise avec laquelle ledit chauffeur routier a conclu un contrat de travail et qui est formellement présentée dans ce contrat comme étant l'employeur de ce même chauffeur » (point 82).

prises, une société en participation, laquelle a sous-traité à un groupement d'intérêt économique composé de sous-traitants tels que la société Welbond armatures (entreprise nantaise), la société Elco construct Bucarest et de la société de travail temporaire Atlanco limited. Ce chantier répond à un important projet d'Électricité de France (EDF), propriétaire du site et maître d'ouvrage, et d'Areva NP qui en assure la construction⁶.

Ce montage très sophistiqué concerne notamment le détachement et la mise à disposition de plusieurs centaines de travailleurs (au moins 460 travailleurs) roumains et polonais entre 2008 et 2012 sur le chantier de construction du réacteur nucléaire de nouvelle génération⁷.

Après une dénonciation sur les conditions d'hébergement de travailleurs étrangers, un mouvement de grève de salariés intérimaires polonais portant sur l'absence ou l'insuffisance de couverture sociale en cas d'accident, ainsi que la révélation de plus d'une centaine d'accidents du travail non déclarés, et l'enquête menée par l'Autorité de sûreté nucléaire, puis par les services de police, les sociétés Bouygues, Welbond, et Elco ont été poursuivies pour des faits compris entre juin 2008 et octobre 2012, notamment et selon le cas, des chefs de travail dissimulé par dissimulation de salariés, faute d'avoir procédé aux déclarations préalables à l'embauche et aux déclarations aux organismes de protection sociale appropriées, de prêt illicite de main-d'œuvre, et de défaut d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés⁸.

-
- 6 Mediapart et Dan Israel, Bouygues définitivement condamné pour le chantier de l'EPR Flamanville, 14/01/2021 : <https://www.mediapart.fr/ezproxy.normandie-univ.fr/journal/france/140121/bouygues-definitivement-condamne-pour-le-chantier-de-l-epr-flamanville> ; Corentin Patrigeon, Bouygues condamnée en cassation pour fraude au travail détaché sur l'EPR de Flamanville, le 22/01/2021 à 12 h 45 : <https://www.batiactu.com/edito/bouygues-condamne-cassation-travail-non-declare-sur-61072.php> ; Pauline Perrenot, EPR de Flamanville : la condamnation de Bouygues passe sous les radars médiatiques, vendredi 29 janvier 2021 : <https://www.acrimed.org/EPR-de-Flamanville-la-condamnation-de-Bouygues> ; Michel Manfredi, « Chantier de Flamanville – Un travailleur sur trois vient... des pays de l'Est ! », France-Soir, publié le 11/01/11 à 09 h 14, mis à jour le 15/02/11 à 20 h 11 : <http://archive.francesoir.fr/actualite/economie/chantier-flamanville-un-travailleur-sur-trois-vient%E2%80%A6-des-pays-%E2%80%99est-63542.html> : « Depuis bientôt trois ans, plus d'un millier d'étrangers, sur les 3.200 embauches effectuées, travaillent sur le chantier du futur réacteur nucléaire EPR. Bouygues, qui dirige le chantier, justifie ce choix : C'est parce que "la construction de l'EPR a d'une part pris un retard considérable et parce que le recrutement effectué au niveau local n'a pas tenu toutes ses promesses [en raison du] manque de candidats expérimentés pour des postes de gros œuvre allant de la maçonnerie au banchage en passant par le ferrailage".
- 7 Pascale Pascariello, Travail illégal : Bouygues voit sa défense taillée en pièces, 14 mars 2015 : https://www.mediapart.fr/ezproxy.normandie-univ.fr/journal/economie/140315/travail-illegal-bouygues-voit-sa-defense-taillee-en-pieces?page_article=1 ; Didier Hassoux, « La Cour de cass du sucre sur le dos de Bouygues », Le Canard enchaîné du mercredi 3 février 2021, n° 5230, p. 3. La société Atlanco employait illégalement 163 ouvriers polonais, et la société roumaine Elco 297 salariés. La société nantaise Welbond a eu recours à la société Atlanco.
- 8 Moyens produits par la SCP Gatineau, Fattaccini et Rebeyrol, avocat aux Conseils, pour la société Welbond armatures, demanderesse aux pourvois n° F 19-22.460 à C 19-22.503 : « *En mai 2011, un conflit social a éclaté sur la situation de ces salariés qui, avec le soutien de divers syndicats, ont fait part de leurs inquiétudes concernant leur couverture sociale et de déductions inexpliquées sur leurs bulletins de paie, ce qui a conduit à des contrôles de la part de :*
- l'Autorité de Sûreté Nucléaire (ASN) qui fait fonction d'inspection du travail sur le site qui, a interpellé, par courrier des 25 mai réitéré le 20 juin 2011, la société d'intérim et les sociétés utilisatrices sur l'absence de déclai-

4. Cette affaire recèle en réalité plusieurs affaires ou des questions juridiques jugées par deux chambres (chambres sociale⁹ et criminelle¹⁰) de la Cour de cassation et la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) sur renvoi d'une question préjudicielle¹¹. En effet, le point commun et la clé de ces questions juridiques résident dans le régime et la portée juridiques des fameux certifi-

rations de détachement pour certains salariés et sur les formulaires intitulés E 101, E 102 ou A1 qui étaient, soit échus et non renouvelés, soit n'avaient jamais été délivrés ;

– L'URSSAF, qui par courrier du 20 juin 2011, a sommé, également les sociétés utilisatrices de régulariser la situation de travail illégal au risque d'engager leur solidarité financière.

Chaque société utilisatrice, le 31 mai 2011 pour la société Welbond Armatures, a sommé par courrier réitéré la société intérim de lui communiquer une liste de documents administratifs dans un délai impératif à peine de suspension de la relation contractuelle, le 25 juin 2011.

À l'issue d'échanges écrits, les sociétés utilisatrices ont rompu la relation contractuelle à la fin du mois de juin 2011 et les salariés ont été renvoyés dans leur pays d'origine ».

Mediapart et Dan Israel, Bouygues définitivement condamné pour le chantier de l'EPR Flamanville, 14/01/2021, précité : « Embauchés pour assurer le bétonnage et le ferrailage, les ouvriers roumains et polonais étaient censés bénéficier du statut de travailleurs détachés, qui permet à une entreprise de payer les cotisations sociales dans le pays d'origine de ses salariés. Ils ne disposaient d'aucune protection sociale, une majorité d'entre eux ne bénéficiaient pas de congés payés et certains n'ont obtenu aucun bulletin de paie.

Les pièces d'identité des travailleurs roumains, logés ensemble, étaient conservées dans une boîte à chaussures par un de leurs encadrants. Ils faisaient la queue une fois par mois devant un bungalow du camping pour être payés en liquide.

Les 160 travailleurs polonais, eux, ont été recrutés par Atlanco, une société d'intérim dont le siège était basé en Irlande et utilisant des bureaux fictifs à Chypre – pays réputé pour avoir les plus faibles cotisations sociales d'Europe – et délivrait des contrats rédigés en grec. Ils étaient payés environ 950 euros pour 6 jours de travail par semaine. Entre 2009 et 2011, plusieurs d'entre eux se sont blessés, et ont été renvoyés immédiatement dans leur pays, où ils ont découvert ne pas avoir droit à des soins gratuits : ils devaient avancer les frais et en demander le remboursement à Chypre ».

- 9 Cass. soc., 4 novembre 2020, pourvois n°s 18-24.451, 18-24.454, 18-24.461, 18-24.462, 18-24.463, 18-24.464 18-24, 478 18-24, 482 18-24.483, 18-24, 484 18-24.486, 18-24.488, 18-24.489, 18-24.490, 18-24.491, 18-24.502, Arrêt n° 991 FS-P+B+R+I, Bull. ; 4 novembre 2020, pourvois n°s 19-22.460, 19-22.461, 19-22.462, 19-22.463, 19-22.464, 19-22.465, 19-22.466, 19-22.467, 19-22.468, 19-22.469, 19-22.470, 19-22.471, 19-22.472, 19-22.473, 19-22.474, 19-22.475, 19-22.476, 19-22.477, 19-22.478, 19-22.479, 19-22.480, 19-22.481, 19-22.482, 19-22.483, 19-22.484, 19-22.485, 19-22.486, 19-22.487, 19-22.488, 19-22.489, 19-22.490, 19-22.491, 19-22.492, 19-22.493, 19-22.494, 19-22.495, 19-22.496, 19-22.497, 19-22.498, 19-22.499, 19-22.500, 19-22.501, 19-22.502, 19-22.503, Arrêt n° 992 FS-D.
- 10 CJUE (cinquième chambre), 14 mai 2020, C-17/19 – Bouygues travaux publics e. a. (demande de décision préjudicielle de la Cour de cassation – France, procédure pénale contre Bouygues travaux publics, Elco construct Bucarest, Welbond armatures (Demande de décision préjudicielle présentée par le/la Cour de cassation (France) le 10 janvier 2019 – Bouygues travaux publics, Elco construct Bucarest, Welbond armatures (Affaire C-17/19) (2019/C 103/13).
- 11 Cass. crim., 12 janvier 2021, pourvoi n° 17-82.553, FS-P+B+I, rejet (par ex. : TGI de Cherbourg 7 juillet 2015 : https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/jgt_atlanco_tgi_cherbourg_070715.pdf ; CA Caen, 20 mars 2017 : https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/arret_ca_caen_200317.pdf ; Sur le même thème et la même problématique concernant deux autres affaires jugées le même jour : 12 janvier 2021, pourvoi n° 18-86.709, FS-P+B+I ; 12 janv. 2021, pourvoi n° 18-86.757, FS-P+B+I ; enfin le quatrième arrêt du même jour (12 janv. 2021, pourvoi n° 20-80.647, FS-P+B+I) porte sur le certificat E 106 qui ne crée aucune présomption de régularité de l'affiliation de l'assuré social, à la différence du certificat E 101. La délivrance d'un certificat E 106 devenu S1, qui constitue une simple attestation de droits à prestation en matière d'assurance maladie délivré par un organisme de sécurité sociale d'un État membre de l'Union européenne, ne lie pas le juge répressif, saisi d'un défaut de déclaration aux organismes sociaux français. Nathalie Mihmanle, Le travail dissimulé à l'abri des certificats ? La chambre criminelle répond par la négative, 5 février 2021 : <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/travail-dissimule-l-abri-des-certificats-chambre-criminelle-repond-par-negative#.YDux7S3pPsE> ; Frédérique Chopin, Détachement de travailleur, fraude et certificat A1, AJ Pénal 2018 p. 581 : <https://www.dalloz.fr/lien?famille=revues&doctype=AJPEN%2FJURIS%2F2018%2F0735>.

cats E101, devenus A1, délivrés par l'institution compétente d'un État membre, qui créent une présomption de régularité de l'affiliation du travailleur concerné au régime de sécurité sociale de cet État¹² (I).

Cette importante affaire judiciaire qui a commencé en 2009 a été définitivement jugée le 12 janvier 2021 en ce qui concerne son volet pénal. On peut recenser trois volets : social, pénal et politico-économique. Ces trois volets mettent en lumière la problématique de la protection sociale des salariés en général et plus particulièrement de la santé, de la sécurité et de la formation des salariés à cet effet, de la fraude sociale caractérisée par une organisation tentaculaire et sophistiquée avec des sous-traitances en cascade, et de la concurrence déloyale avec en toile de fond la complicité ou la passivité des pouvoirs publics. L'ensemble méconnaît incontestablement les principes énoncés plus haut. Mais est-ce une surprise dans un système capitaliste libéral guidé par le dogme de la croissance, la compétitivité, le profit ou l'optimisation ? (II).

I. Le certificat E101, devenu A1, comme garantie de la protection sociale du travailleur détaché au sein de l'UE : régime et portée juridiques

5. La directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services¹³ fixe à la fois son champ et ses conditions d'application. Selon son article premier issu de la directive (UE) 2018/957 précitée et non applicable en l'espèce (voir *infra*), la directive garantit la protection des travailleurs détachés durant leur détachement en ce qui concerne la libre prestation des services, en fixant des dispositions obligatoires concernant les conditions de

12 Article 11 du règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 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 (JO 1972, L 74, p. 1), dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement (CE) n° 118/97 du Conseil, du 2 décembre 1996 (JO 1997, L 28, p. 1), tel que modifié par le règlement (CE) n° 647/2005 du Parlement européen et du Conseil, du 13 avril 2005 (JO 2005, L 117, p. 1), et de l'article 19 du règlement (CE) no 987/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, fixant les modalités d'application du règlement (CE) no 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (JO 2009, L 284, p. 1).

13 Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, OJ L 18, 21.1.1997, p. 1-6 ; Directive (UE) 2018/957 du Parlement européen et du Conseil du 28 juin 2018 modifiant la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JOUE L 173 du 9 juillet 2018, p. 16-24 : modification des articles 1^{er}, 3, 4, 5. La directive doit être transposée par les États membres au plus tard le 30-07-2020. Cette directive a été partiellement transposée par l'ordonnance n° 2019-116 du 20 février 2019 portant transposition de la directive (UE) 2018/957 du Parlement européen et du Conseil du 28 juin 2018 modifiant la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services. Rectificatif à la directive (UE) 2018/957 du Parlement européen et du Conseil du 28 juin 2018 modifiant la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JOUE L 91 du 29 mars 2019, p. 77.

travail et la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, qui doivent être respectées (art. 1–1.). À cet égard, le même article dans son paragraphe – 1 *bis* précise que la « directive ne porte en aucune manière atteinte à l'exercice des droits fondamentaux reconnus dans les États membres et au niveau de l'Union, notamment le droit ou la liberté de faire grève ou d'entreprendre d'autres actions prévues par les systèmes de relations du travail propres aux États membres, conformément à la législation et/ou aux pratiques nationales. Elle ne porte pas non plus atteinte au droit de négocier, de conclure et d'appliquer des conventions collectives ou de mener des actions collectives conformément à la législation et/ou aux pratiques nationales ».

Les entreprises qui, établies dans un État membre, détachent des travailleurs sur le territoire d'un État-membre, doivent exercer leur prestation de services transnationale dans trois cas¹⁴ :

- détacher un travailleur, pour leur compte et sous leur direction, sur le territoire d'un État membre, dans le cadre d'un contrat conclu entre l'entreprise d'envoi et le destinataire de la prestation de services opérant dans cet État membre, pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise d'envoi et le travailleur pendant la période de détachement ;
- détacher un travailleur sur le territoire d'un État membre, dans un établissement ou dans une entreprise appartenant au groupe, pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise d'envoi et le travailleur pendant la période de détachement ;
- en tant qu'entreprise de travail intérimaire ou en tant qu'entreprise qui met un travailleur à disposition, mettre un travailleur à la disposition d'une entreprise utilisatrice établie ou exerçant son activité sur le territoire d'un État membre, pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise de travail intérimaire ou l'entreprise qui met un travailleur à disposition et le travailleur pendant la période de détachement¹⁵.

14 Art. L. 1262-1.1° et s. C. travail. Sont exclues les entreprises de la marine marchande en ce qui concerne le personnel navigant (art. 2). Les entreprises dans un État non membre ne peuvent pas obtenir un traitement plus favorable que les entreprises établies dans un État membre (art. 2).

15 Art. 3, paragraphe 3, ii) : « Lorsqu'un travailleur qui a été mis à la disposition d'une entreprise utilisatrice par une entreprise de travail intérimaire ou une entreprise qui met un travailleur à disposition conformément au point c) doit exécuter un travail dans le cadre d'une prestation de services transnationale au sens du point a), b) ou c), assurée par l'entreprise utilisatrice sur le territoire d'un État membre autre que celui dans lequel le travailleur travaille habituellement pour l'entreprise de travail intérimaire ou l'entreprise qui met un travailleur à disposition ou pour l'entreprise utilisatrice, ce travailleur est considéré comme étant détaché sur le territoire de cet État membre par l'entreprise de travail intérimaire ou l'entreprise qui met un travailleur à disposition avec laquelle le travailleur a une relation de travail. L'entreprise de travail intérimaire ou l'entreprise qui met un travailleur à disposition est considérée comme une entreprise visée au paragraphe 1 et se conforme intégralement aux dispositions pertinentes de la présente directive et de la directive 2014/67/UE du Parlement européen et du Conseil (dans sa rédaction issue de la directive (UE) 2018/957 précitée). L'entreprise utilisatrice informe l'entreprise de travail intérimaire ou l'entreprise qui met un travailleur à disposition ou qui a mis le travailleur à sa disposition, en temps utile avant le début du travail visé au deuxième alinéa ».

6. Qu'est-ce alors un travailleur détaché ?¹⁶

Selon l'article 2 de la directive 96/71/CE :

« on entend par travailleur détaché, tout travailleur qui, pendant une période limitée, exécute son travail sur le territoire d'un État membre autre que l'État sur le territoire duquel il travaille habituellement.

La notion de travailleur est celle qui est d'application dans le droit de l'État membre sur le territoire duquel le travailleur est détaché ».

En tout cas, l'article 3 modifié de la même directive énonce que les États membres veillent à ce que, quelle que soit la loi applicable à la relation de travail, les entreprises visées plus haut garantissent¹⁷ aux travailleurs qui sont détachés sur leur territoire, sur le fondement de l'égalité de traitement, les conditions de travail et d'emploi couvrant les matières énoncées ci-après qui, dans l'État membre sur le territoire duquel le travail est exécuté :

- les périodes maximales de travail et les périodes minimales de repos ;
- la durée minimale des congés annuels payés ;
- la rémunération, y compris les taux majorés pour les heures supplémentaires ; le présent point ne s'applique pas aux régimes complémentaires de retraite professionnels ;
- les conditions de mise à disposition des travailleurs, notamment par des entreprises de travail intérimaire ;
- la sécurité, la santé et l'hygiène au travail ;
- les mesures protectrices applicables aux conditions de travail et d'emploi des femmes enceintes et des femmes venant d'accoucher, des enfants et des jeunes ;
- l'égalité de traitement entre hommes et femmes ainsi que d'autres dispositions en matière de non-discrimination ;
- les conditions d'hébergement des travailleurs lorsque l'employeur propose un logement aux travailleurs éloignés de leur lieu de travail habituel ;
- les allocations ou le remboursement de dépenses en vue de couvrir les dépenses de voyage, de logement et de nourriture des travailleurs éloignés de leur domicile pour des raisons professionnelles.

7. À cet effet, le règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 fixe les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 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 Communauté¹⁸. Son article 11 prévoit un certificat dénommé formulaire E101 et devenu depuis les règlements européens (UE) n° 883/2004 et (UE) n° 987/2009

16 Sur les dispositions du Code du travail relatives aux salariés détachés temporairement par une entreprise non établie en France : Articles L. 1261-1 à L. 1265-1.

17 Par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives et/ou par des conventions collectives ou sentences arbitrales déclarées d'application générale.

18 JO n° L 28 du 30. 1. 1997, p. 1.

l'attestation A1, afin de limiter certaines fraudes en cas de détachement de salariés¹⁹.

Cette attestation A1 qui vise à faciliter la libre circulation des travailleurs et la libre prestation des services²⁰, constitue un formulaire unique et universel dans l'espace économique de l'UE. En d'autres termes, elle certifie, conformément à la jurisprudence de la CJUE²¹, que des travailleurs détachés par une entreprise de travail temporaire sont affiliés au régime de sécurité sociale de l'État d'origine des travailleurs détachés et, dès lors, lie les institutions et juridictions des États membres²².

En effet, le principe de coopération²³ loyale énoncé à l'article 4, paragraphe 3, TUE qui implique également celui de confiance mutuelle, impose à l'institu-

-
- 19 Directive 2014/67/UE du Parlement Européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur (« règlement IMI »), OJ L 159, 28.5.2014. Cette directive d'exécution vise à améliorer l'application des règles dans la pratique dans les domaines suivants : la fraude ; le contournement de la réglementation ; l'échange d'informations entre les États membres.
- 20 CJUE, 26 janvier 2006, *Herbosch Kiere*, C-2/05, EU : C : 2006:69, point 20.
- 21 CJCE, 10 février 2000, aff. C-202/97, *Fitzwilliam Executive Search Ltd*, agissant sous le nom commercial « Fitzwilliam Technical Services (FTS) » c./Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen : « *L'article 11, paragraphe 1, sous a), du règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement n° 1408/71, dans sa version codifiée par le règlement n° 2001/83 et mise à jour jusqu'à l'époque des faits, doit être interprété en ce sens que le certificat délivré par l'institution désignée par l'autorité compétente d'un État membre lie les institutions de sécurité sociale des autres États membres dans la mesure où il atteste l'affiliation des travailleurs détachés par une entreprise de travail temporaire au régime de sécurité sociale de l'État membre où cette dernière est établie. Toutefois, lorsque les institutions des autres États membres font valoir des doutes sur l'exactitude des faits sur lesquels repose le certificat, ou sur l'appréciation juridique de ces faits, et en conséquence sur la conformité des mentions dudit certificat avec le règlement n° 1408/71 et notamment avec son article 14, paragraphe 1, sous a), l'institution émettrice est tenue de réexaminer le bien-fondé de celui-ci et, le cas échéant, de le retirer.* » ; CJCE, 26 janvier 2006, aff. C-2/05, *Rijksdienst voor Sociale Zekerheid c./ Herbosch Kiere NV* "(...) une juridiction de l'État membre d'accueil desdits travailleurs n'est pas habilitée à vérifier la validité d'un certificat E 101 en ce qui concerne l'attestation des éléments sur la base desquels un tel certificat a été délivré, notamment l'existence d'un lien organique, au sens de l'article 14, paragraphe 1, sous a), du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, (...)".
- 22 Joëlle Mélin (ENF), Questions parlementaires, 21 février 2017, Question avec demande de réponse écrite E-001145-17 à la Commission, Objet : Nature et portée du certificat A1 ; Réponse donnée par Mme Thyssen au nom de la Commission le 9 juin 2017 à la question E-001145/2017 (ASW) : « *La jurisprudence de la Cour de Justice (1) et les dispositions de la directive 2014/67/UE(2) relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs autorise l'imposition d'une obligation de tenir à disposition les documents sociaux et de travail pendant toute la période de détachement sur le lieu de travail. Les sanctions en cas de non-respect de cette obligation, lorsqu'elle existe, doivent être proportionnées* » : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document//E-8-2017-001145_FR.html.
- 23 Cf. également la nouvelle rédaction de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 96/71/CE modifiée par la directive (UE) 2018/957 du Parlement européen et du Conseil du 28 juin 2018, précitée : « 2. Les États membres prévoient une coopération entre les autorités ou organismes compétents, y compris les autorités publiques, qui, conformément au droit national, sont compétents pour assurer la surveillance des conditions de travail et d'emploi visées à l'article 3, y compris au niveau de l'Union. Cette coopération consiste en particulier à répondre aux demandes d'informations motivées de ces autorités ou organismes relatives à la mise à disposition transnationale de travailleurs, et à lutter contre les abus manifestes ou les cas éventuels d'activités illégales, comme les cas transnationaux de travail non déclaré et de faux travailleurs indépendants liés au détachement de travailleurs. Lorsque l'autorité ou l'organisme compétent dans l'État membre à partir duquel le travailleur est détaché ne possède pas les informations demandées par l'autorité ou l'organisme compétent de l'État membre sur le territoire duquel le travailleur est détaché, il sollicite ces informations auprès d'autres autorités ou organismes dans ledit État membre. En cas de retards persistants dans la fourniture de ces informations à l'État membre sur le territoire duquel le travailleur est détaché, la Commission est informée et prend des mesures appropriées ».

tion émettrice de procéder à une appréciation correcte des faits pertinents pour l'application des règles relatives à la détermination de la législation applicable en matière de sécurité sociale et, partant, de garantir l'exactitude des mentions figurant dans le certificat E 101²⁴. Il incombe à l'institution compétente de l'État membre qui a établi le certificat E 101 de reconsidérer le bien-fondé de cette délivrance et, le cas échéant, de retirer ce certificat lorsque l'institution compétente de l'État membre dans lequel le travailleur effectue un travail émet des doutes quant à l'exactitude des faits qui sont à la base dudit certificat et, partant, des mentions qui y figurent, notamment parce que celles-ci ne correspondent pas aux exigences de l'article 14, point 1, sous a), du règlement n° 1408/71²⁵.

8. Des précisions seront apportées à cette jurisprudence par la CJUE.

Dans son arrêt du 27 avril 2017, la CJUE a décidé que le certificat E 101 délivré par l'institution désignée par l'autorité compétente d'un État membre, lie tant les institutions de sécurité sociale de l'État membre dans lequel le travail est effectué que les juridictions de cet État membre, même lorsqu'il est constaté par celles-ci que les conditions de l'activité du travailleur concerné n'entrent manifestement pas dans le champ d'application matériel de cette disposition du règlement n° 1408/71²⁶.

Puis dans un autre arrêt du 6 février 2018, la CJUE considère que lorsque l'institution de l'État membre dans lequel les travailleurs ont été détachés a saisi l'institution émettrice de certificats E 101 d'une demande de réexamen et de retrait de ceux-ci à la lumière d'éléments recueillis dans le cadre d'une enquête judiciaire ayant permis de constater que ces certificats ont été obtenus ou invoqués de manière frauduleuse, et que l'institution émettrice s'est abstenue de prendre en considération ces éléments aux fins du réexamen du bien-fondé

24 CJCE, 26 janvier 2006, aff. C-2/ 05, préc., point 22 ; 27 avril 2017, Aff. C-620/ 15, A-Rosa Flussschiff GmbH c/ Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales d'Alsace (Urssaf), point 39 ; 6 février 2018, aff. C -359/16, Omer Altun e. a. : Ce principe de coopération loyale implique aussi d'une part, que toute institution d'un État membre doit procéder à un examen diligent de l'application de son propre régime de sécurité sociale et, d'autre part, que les institutions des autres États membres sont en droit de s'attendre à ce que l'institution de l'État membre concerné se conforme à cette obligation (points 40 et 42).

25 CJUE, 27 avril 2017, A-Rosa Flussschiff, C -620/15, préc., point 44 ; cf. la nouvelle rédaction de l'article 4, paragraphe 2, et celle de l'article 5, de la directive 96/71/CE modifiée par la directive (UE) 2018/957 du Parlement européen et du Conseil du 28 juin 2018, précitée. Art. 5, intitulé « Suivi, contrôle et exécution », paragraphe 1^{er} : « L'État membre sur le territoire duquel le travailleur est détaché et l'État membre à partir duquel le travailleur est détaché sont responsables du suivi, du contrôle et de l'exécution des obligations prévues par la présente directive et par la directive 2014/67/UE et prennent des mesures appropriées en cas de non-respect de la présente directive ».

26 CJUE, 27 avril 2017, Aff. C-620/ 15, préc., point 37 ; Marie-Cécile AMAUGER-LATTES, Portée du formulaire E101 (A1) : la Cour de justice ne fléchit pas ! à propos de l'arrêt de la CJUE 27 avril 2017, aff. c-620/15, Droit social 2017, p. 866-873 ; Fabienne JAULT-SESEKE, Sophie ROBIN-OLIVIER, Du côté de la sécurité sociale : un décevant status quo, Revue de droit du travail 2017, pp. 565-568.

de la délivrance desdits certificats, le juge national peut, dans le cadre d'une procédure diligentée contre des personnes soupçonnées d'avoir eu recours à des travailleurs détachés sous le couvert de tels certificats, écarter ces derniers si, sur la base desdits éléments et dans le respect des garanties inhérentes au droit à un procès équitable qui doivent être accordées à ces personnes, il constate l'existence d'une telle fraude.

Cette décision envisage deux hypothèses.

En cas d'erreur, même manifeste et avérée d'appréciation sur les conditions d'application des règlements n^{os} 1408/71 et 574/72, la procédure à suivre pour résoudre les éventuels différends entre les institutions des États membres concernés portant sur la validité ou l'exactitude d'un certificat E 101 doit être respectée (point 46).

En revanche, en cas d'opérations réalisées dans le but de bénéficier frauduleusement ou abusivement des avantages prévus par le droit de l'Union²⁷, la CJUE précise la procédure à suivre et les droits y afférents :

- dans le cadre du dialogue prévu à l'article 84*bis*, paragraphe 3, du règlement n^o 1408/71, l'institution de l'État membre dans lequel des travailleurs ont été détachés saisit l'institution émettrice des certificats E 101 d'éléments concrets qui donnent à penser que ces certificats ont été obtenus frauduleusement, il appartient à la seconde institution, en vertu du principe de coopération loyale, de réexaminer, à la lumière de ces éléments, le bien-fondé de la délivrance desdits certificats et, le cas échéant, de retirer ceux-ci (point 54) ;
- Si cette institution s'abstient de procéder à un tel réexamen dans un délai raisonnable, lesdits éléments doivent pouvoir être invoqués dans le cadre d'une procédure judiciaire, aux fins d'obtenir du juge de l'État membre dans lequel les travailleurs ont été détachés qu'il écarte les certificats en

27 La « fraude repose sur un faisceau concordant d'indices établissant la réunion d'un élément objectif et d'un élément subjectif : l'élément objectif consiste dans le fait que les conditions requises aux fins de l'obtention et de l'invocation d'un certificat E 101, prévues au titre II du règlement no 1408/71 et rappelées au point 34 du présent arrêt, ne sont pas remplies ; l'élément subjectif correspond à l'intention des intéressés de contourner ou d'éluider les conditions de délivrance dudit certificat, en vue d'obtenir l'avantage qui y est attaché ; L'obtention frauduleuse d'un certificat E 101 peut ainsi découler d'une action volontaire, telle que la présentation erronée de la situation réelle du travailleur détaché ou de l'entreprise détachant ce travailleur, ou d'une omission volontaire, telle que la dissimulation d'une information pertinente dans l'intention d'éluider les conditions d'application de l'article 14, point 1, sous a), du règlement no 1408/71 (point 51-53). Voir aussi la nouvelle rédaction de l'article 5, paragraphe 4, de la directive 96/71/CE modifiée par la directive (UE) 2018/957 du Parlement européen et du Conseil du 28 juin 2018, précitée : "Lorsque, à la suite d'une évaluation globale effectuée par un État membre en application de l'article 4 de la directive 2014/67/UE, il est établi qu'une entreprise donne l'impression, à tort ou frauduleusement, que la situation d'un travailleur entre dans le champ d'application de la présente directive, ledit État membre veille à ce que le travailleur bénéficie du droit et des pratiques applicables".

cause (point 55)²⁸. Dans le cadre d'une telle procédure, les personnes soupçonnées de recours à des travailleurs détachés sous le couvert de certificats obtenus de manière frauduleuse doivent disposer de la possibilité de réfuter les éléments sur lesquels se fonde cette procédure, dans le respect des garanties liées au droit à un procès équitable, avant que le juge national décide, le cas échéant, d'écarter ces certificats et se prononce sur la responsabilité desdites personnes en vertu du droit national applicable (point 56).

Enfin dans le cadre de l'affaire Bouygues, sur question préjudicielle, la CJUE dans son arrêt précité du 14 mai 2020, précise davantage la portée juridique de ce certificat en dehors du domaine de la sécurité sociale : un certificat E 101, délivré par l'institution compétente d'un État membre à des travailleurs exerçant leurs activités sur le territoire d'un autre État membre, et un certificat A 1, délivré par cette institution, s'imposent aux juridictions de ce dernier État membre uniquement en matière de sécurité sociale (voir nos développements *infra*)²⁹.

9. Le droit du détachement de travailleurs est manifestement en rodage en considération de l'évolution législative et surtout de l'important et innovant apport jurisprudentiel de la CJUE, juge de l'interprétation des normes de l'UE. Le dispositif des certificats est, semble-t-il, très fragile en ce sens que le phénomène de fraude n'était pas au départ réellement pris en compte aux motifs de fluidifier les transactions ou activités économiques au nom des « quatre libertés » susvisées. De même le principe de coopération loyale et son corollaire le principe de confiance mutuelle, ne semblent pas garantir ni une appréciation correcte et objective des faits pertinents quant à la détermination de la législation applicable ni l'exactitude des mentions figurant dans les desdits certificats. Ce constat peut s'expliquer aisément par la disparité entre les États-membres du fait de l'inégalité économique, sociale, fiscale... et surtout des stratégies économiques de chacun de ces États. Les agents économiques mus par le profit dans un système capitaliste libéral, se sont alors engouffrés dans la brèche offerte.

28 CJUE, 6 février 2018, n° C-359/16, Omer Altun e. a. : cas d'une entreprise belge (Absa) qui, depuis l'année 2008, n'employait pratiquement pas de personnel et confiait la totalité de ses chantiers en sous-traitance à des entreprises bulgares détachant des travailleurs en Belgique. L'emploi de ces travailleurs détachés n'était pas déclaré auprès de l'institution chargée, en Belgique, de la perception des cotisations sociales, ceux-ci disposant en effet de certificats E 101 ou A 1 délivrés par l'institution désignée par l'autorité bulgare compétente. Une enquête judiciaire diligentée en Bulgarie dans le cadre d'une commission rogatoire ordonnée par un juge d'instruction belge a établi que ces entreprises bulgares n'exerçaient aucune activité significative en Bulgarie. L'inspection sociale belge a dans ces conditions adressé, le 12 novembre 2012, à l'institution désignée par l'autorité bulgare compétente une demande motivée de réexamen ou de retrait des certificats E 101 ou A 1 délivrés aux travailleurs détachés en cause au principal. Selon la Cour, dès lors que l'institution émettrice s'est abstenue de prendre en considération ces éléments aux fins du réexamen du bien-fondé de la délivrance desdits certificats, le juge national peut, dans le cadre d'une procédure diligentée contre des personnes soupçonnées d'avoir eu recours à des travailleurs détachés sous le couvert de tels certificats, écarter ces derniers si, sur la base desdits éléments et dans le respect des garanties inhérentes au droit à un procès équitable qui doivent être accordées à ces personnes, il constate l'existence d'une telle fraude.

29 CJUE (cinquième chambre), 14 mai 2020, C-17/19, préc.

On peut donc constater que la jurisprudence de la CJUE se révèle face à cette situation comme un véritable correctif du dispositif.

C'est l'ensemble de cette jurisprudence de la CJUE que vont appliquer respectivement la chambre sociale et la chambre criminelle de la Cour de cassation dans l'affaire Bouygues.

Il convient de préciser que dans cette affaire, la directive (UE) 2018/957 précitée ne peut recevoir application, car postérieure aux faits incriminés et devait être transposée par les États membres au plus tard le 30 juillet 2020 (art. 3 de la présente directive)³⁰.

II. Absence de certificat E101/A1 résultant d'un refus de délivrance ou d'un retrait par l'institution compétente : Conséquences juridiques et volets social et pénal

10. Au titre du volet social, il ressort de la jurisprudence de la CJUE susvisée, qu'en l'absence de certificat E101/A1 résultant d'un refus de délivrance ou d'un retrait par l'institution compétente, seule trouve à s'appliquer la législation de l'État membre où est exercée l'activité salariée. Et conformément à la législation du lieu d'exercice de l'activité salariée, en l'espèce les dispositions du Code du travail, le maître de l'ouvrage ou le donneur d'ordre, informé par écrit par la personne compétente de l'intervention d'un sous-traitant ou d'un subdélégataire en situation irrégulière au regard des formalités légales requises, enjoint aussitôt à son cocontractant de faire cesser sans délai cette situation. À défaut, il est tenu solidairement avec son cocontractant au paiement des impôts, taxes, cotisations, rémunérations et charges prévus par les textes en vigueur (A). Outre ce volet social, la CJUE a aussi décidé que si les certificats E101 et A1 s'imposent aux juridictions de l'État sur le territoire duquel les travailleurs exercent leurs activités uniquement en matière de sécurité sociale, ces certificats ne produisent donc pas d'effet contraignant à l'égard des obligations imposées par le droit national dans des matières autres que la sécurité sociale, au sens de ces règlements, telles que, notamment, celles relatives à la relation de travail entre employeurs et travailleurs, en particulier, les conditions d'emploi et de travail de ces derniers. Aussi, les responsabilités pénale et civile du maître de l'ouvrage ou du donneur d'ordre et ses sous-traitants ou subdélégataires peuvent-elles être recherchées en l'espèce pour travail dissimulé (défaut de déclarations aux organismes de protection sociale et défaut de déclaration préalable à l'embauche -DPAE-, prêt illicite de main-d'œuvre, et défaut d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés) (B).

30 Pour le cas de la France, voir *supra*.

A. Absence de certificat E101/A1 : application de la législation de l'État membre où est exercée l'activité salariée et solidarité financière des cocontractants

11. Les pourvois des sociétés Bouygues et Welbond armatures font grief aux arrêts d'appel confirmatifs partiels³¹ de dire que la société Atlanco a effectué du travail dissimulé, de condamner cette dernière à verser aux salariés une indemnité forfaitaire pour travail dissimulé et à régulariser leur situation ainsi que de dire que la solidarité financière de la société Bouygues TP est engagée au titre du travail dissimulé et de la condamner au paiement de cette indemnité forfaitaire, de dire que la solidarité financière des sociétés utilisatrices est engagée au titre du travail dissimulé et de condamner la société Welbond in solidum avec la société Atlanco et la société CW... Travaux Publics SA, filiale du groupe spécialisé dans le génie civil, à payer aux salariés l'indemnité pour travail dissimulé.

Sur ce volet social et donc la sécurité sociale, la chambre sociale de la Cour de cassation par deux arrêts précités du 4 novembre 2020³², qui pour rejeter les pourvois formés par ces sociétés, a jugé non nécessaire de saisir la CJUE d'une question préjudicielle en raison de l'évidence, de l'absence d'un doute raisonnable au regard des caractéristiques propres des règlements de coordination et de l'absence de toute difficulté particulière d'interprétation ou de tout risque de divergence de jurisprudence à l'intérieur de l'Union (point 17 de l'arrêt). À cet effet, rappelant le droit de l'Union et l'interprétation donnée dans le temps par la CJUE, la Cour de cassation expose que les dispositions du titre II du règlement (CEE) n° 1408/71, du 14 juin 1971³³, 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

31 La cour d'appel a confirmé les jugements entrepris en ce qu'ils ont dit que la société Atlanco avait effectué du travail dissimulé à l'encontre des salariés et leur a alloué une indemnité forfaitaire de travail dissimulé, et infirmant les jugements entrepris, dit que la solidarité financière des sociétés utilisatrices est engagée au titre du travail dissimulé et condamné la société Atlanco, la société CW... Travaux Publics et la société Welbond Armatures in solidum avec la société Atlanco à payer aux salariés l'indemnité pour travail dissimulé ainsi qu'une indemnité au titre de l'article 700 du code de procédure civile en cause d'appel.

32 Arrêt n° 991, FS-P+B+R+I : pourvois formés par la société Bouygues travaux publics, société par actions simplifiée (SAS), contre seize arrêts rendus le 26 juillet 2018 par la cour d'appel de Caen (chambre sociale, section 1) dans les litiges l'opposant respectivement à seize (16) salariés ; Arrêt n° 992 FS-D : La société Welbond armatures, SAS unipersonnelle, a formé des pourvois contre quarante-quatre arrêts rendus le 26 juillet 2018 par la cour d'appel de Caen, chambre sociale, section 1 (https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/ca_caen_salarie_cp_260718.pdf), dans les litiges l'opposant respectivement à quarante-quatre (44) salariés ; Conseil de prud'hommes de Cherbourg, 12 février 2014, Section Industrie, R. G. n° F 12/00287 : https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/jgt_cp_cherbourg.pdf.

33 Règlement tel que modifié par le règlement (CE) n° 592/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 17 juin 2008, et du titre II du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (CJCE, 24 mars 1994, EF... / Rijksinstituut voor de Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen e.a., C-71/93, point 22 ; CJCE, 10 février 2000, FTS, C-202/97, point 20) ; (Point 6 des arrêts du 4 novembre 2020).

la Communauté, constituent un système complet et uniforme de règles de conflit de lois dont le but est de soumettre les travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de l'Union européenne au régime de la sécurité sociale d'un seul État membre, de sorte que les cumuls de législations nationales applicables et les complications qui peuvent en résulter soient évités.

Ce système, poursuit-elle, fondé sur le principe de coopération loyale, impose à l'institution de sécurité sociale compétente de procéder à une appréciation correcte des faits pertinents pour l'application des règles relatives à la détermination de la législation applicable et, partant de garantir l'exactitude des mentions figurant dans le certificat délivré, et implique également celui de confiance mutuelle³⁴

12. La règle générale est celle de l'application de la législation de l'État d'exercice de l'activité salariée (point 9)³⁵. Et font exception à cette règle, les situations de travail détaché et d'exercice normal d'une activité salariée dans deux ou plusieurs États membres (point 10)³⁶.

L'institution désignée vérifie si une situation de détachement est caractérisée en sorte que la législation applicable est celle de l'État membre de cette institution ou détermine, dans une situation d'exercice d'une activité salariée dans deux ou plusieurs États membres, quelle est la législation applicable (point 11)³⁷.

Cette institution est, dans le cas d'une situation de détachement, celle de l'État où l'employeur exerce normalement son activité (point 12).

Dans le cas d'une situation d'exercice d'une activité salariée dans deux ou plusieurs États membres, ladite institution est celle de l'État membre de résidence de la personne concernée (point 13).

À la demande de la personne concernée ou de l'employeur, l'institution compétente de l'État membre dont la législation est applicable atteste, par la délivrance de certificats E101/A1, que cette législation est applicable³⁸.

De ces textes, la caractérisation de situations de détachement ou d'exercice d'une activité salariée dans deux ou plusieurs États membres au sens des règlements de coordination ressort uniquement de la compétence soit de

34 CJCE, 10 février 2000, C-202/97, point 51 ; CJUE, 6 février 2018, C-359/16, point 40 (points 7 et 8 de l'arrêt).

35 Articles 13, § 2, sous a), du règlement n° 1408/71 et 11, § 3, sous a), du règlement n° 883/2004.

36 Article 14, point 1, sous a), et point 2, du règlement n° 1408/71 et articles 12 § 1 et 13 § 1 du règlement n° 883/2004.

37 Article 14, point 1, sous a) du règlement n° 1408/71, aux articles 1,1 § 1, et 12 bis, point 1, sous b), du règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement n° 1408/71, tel que modifié par le règlement (CE) n° 120/2009 de la Commission, du 9 février 2009, à l'article 12, § 1, du règlement n° 883/2004, aux articles 15, § 1, et 16, § 2, du règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, fixant les modalités d'application du règlement n° 883/2004.

38 Articles 11, § 1, 12 bis, points 2 et 4, du règlement n° 574/72, article 19, § 2, du règlement n° 987/2009 (point 14).

l'institution compétente de l'État membre dans lequel l'employeur exerce normalement son activité, dans le cas où une situation de détachement est alléguée, soit, dans le second cas, de l'institution désignée par l'autorité compétente de l'État membre de résidence (point 15).

Le système complet et uniforme de conflit de lois ainsi institué par les titres II des règlements de coordination, en l'absence de fraude et lorsqu'un État-membre de résidence et un État-membre où est exercée l'activité salariée ne coïncident pas, ne confère aux institutions compétentes de ce dernier État ou à ses juridictions nationales aucune compétence pour procéder à une telle caractérisation afin de retenir l'application d'une loi autre que celle de cet État (point 16).

Dès lors, conclut la Cour de cassation, en l'absence de certificat E101/A1 résultant d'un refus de délivrance ou d'un retrait par l'institution compétente, seule trouve à s'appliquer la législation de l'État membre où est exercée l'activité salariée (point 16).

En l'espèce, les juges du fond ont d'abord relevé que les salariés employés par la société Atlanco et mis à disposition des sociétés Bouygues TP et Welbond armatures exerçaient une activité salariée sur le territoire français, à Flamanville, et que les certificats A1/E101 délivrés par l'institution compétente chypriote (La société de travail temporaire, Atlanco Limited, a fixé son siège social à Chypre³⁹) avaient été retirés⁴⁰. La haute juridiction en déduit que les juges du fond ont exactement retenu que ces salariés étaient soumis à la législation française, ceci sans méconnaître le principe de l'égalité des armes garanti par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

13. Une fois le droit de l'État membre applicable établi, il convient dès lors de rechercher dans ce droit, en l'occurrence le Code du travail français, les dispositions y afférentes.

Concernant la solidarité financière des sociétés Bouygues et Welbond (sociétés utilisatrices) au titre du travail dissimulé réalisé par la société Atlanco et de leur condamnation, ainsi que la société CW... travaux

39 La société de travail temporaire, Atlanco Limited, qui a fixé son siège social à Chypre (la société holding éponyme est en Irlande) a mis, par des contrats de mission, des salariés de nationalité polonaise, à la disposition de deux sociétés françaises qui intervenaient pour le compte du maître d'ouvrage EDF, sur le chantier du réacteur nucléaire de type EPR de Flamanville, dans la Manche soit :

- 16 salariés pour la société CW... Travaux Publics SA, filiale du groupe spécialisé dans le génie civil ;
- 46 salariés pour la société Welbond Armatures SAS, spécialisée dans la pose et le coffrage d'armatures métalliques pour béton armé dont le demandeur ; ce, à compter de mars 2010 jusqu'à fin juin 2011.

40 Le Centre des liaisons européennes et internationales de sécurité sociale (CLEISS), « autorité officielle habilitée à diligenter les procédures de retrait des formulaires, a fait une démarche en ce sens le 5 juillet 2011 auprès des autorités chypriotes qui a abouti à un retrait de tous les certificats *ab initio* (...) : Caen, chambre sociale, section 1, 26 juillet 2018, RG 16/01562 : https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/ca_caen_salarie_cp_260718.pdf.

publics, in solidum avec la société Atlanco, à payer aux salariés l'indemnité pour travail dissimulé, la Cour de cassation va s'attacher d'abord à rechercher dans le Code du travail les dispositions relatives aux formalités et obligations incombant aux employeurs quel que soit leur statut (maître de l'ouvrage ou le donneur d'ordre, sous-traitant ou subdéléataire, entreprise entreprise de travail temporaire et utilisatrice) pour en tirer les conséquences juridiques.

En effet, aux termes de l'article L. 8222-5, alinéas 1 et 2, du Code du travail, dans sa rédaction alors applicable, le maître de l'ouvrage ou le donneur d'ordre, informé par écrit par un agent de contrôle mentionné à l'article L. 8271-7 ou par un syndicat ou une association professionnels ou une institution représentative du personnel, de l'intervention d'un sous-traitant ou d'un subdéléataire en situation irrégulière au regard des formalités mentionnées aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5 enjoint aussitôt à son cocontractant de faire cesser sans délai cette situation. À défaut, il est tenu solidairement avec son cocontractant au paiement des impôts, taxes, cotisations, rémunérations et charges mentionnés aux 1° à 3° de l'article L. 8222-2, dans les conditions fixées à l'article L. 8222-3 : Au titre de ces formalités et obligations, l'article L. 8222-2, 3° du même code vise les rémunérations, les indemnités et les charges dues par celui qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour délit de travail dissimulé, à raison de l'emploi de salariés n'ayant pas fait l'objet de l'une des formalités prévues aux articles L. 1221-10, relatifs à la déclaration préalable à l'embauche, et L. 3243-2, relatif à la délivrance du bulletin de paie (point 21-25).

Sur le principe, les articles L. 8222-2 et L. 8222-5 du Code du travail figurent dans le chapitre de ce code intitulé « Obligations et solidarité financière des donneurs d'ordre et des maîtres d'ouvrage » qui instaure, par les dispositions qu'il prévoit, au bénéfice du Trésor, des organismes de sécurité sociale et des salariés, une garantie de l'ensemble des créances dues par l'employeur qui exerce un travail dissimulé à la charge des personnes qui recourent aux services de celui-ci afin de prémunir ces créanciers du risque d'insolvabilité du débiteur principal.

Il résulte donc de l'objet et de l'économie desdites dispositions que ce mécanisme de garantie est applicable aux créances indemnitaires pour travail dissimulé des salariés employés par des entreprises de travail temporaire (point 23).

Aussi, les articles L. 8222-2, 3°, et L. 8222-5, alinéas 1 et 2, du Code du travail, doivent-elles être interprétés en ce sens qu'il appartient à l'entreprise utilisatrice, informée de l'intervention de salariés, employés par une entreprise de travail temporaire, en situation irrégulière au regard des formalités mentionnées aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5 de ce code, d'enjoindre aussitôt à celle-ci de faire cesser sans délai cette situation. À défaut, elle est tenue soli-

dairement avec l'entreprise de travail temporaire au paiement des indemnités pour travail dissimulé (point 25).

En l'espèce, les sociétés Bouygues TP et Welbond armatures, informées le 25 mai 2011 de l'intervention de la société Atlanco en situation irrégulière au regard des formalités mentionnées aux articles L. 8221-3⁴¹ et L. 8221-5⁴² du Code du travail, se sont abstenues, en l'absence de certificats A1/E101, de lui enjoindre aussitôt de faire cesser cette situation en accomplissant les formalités prescrites par ces articles. Après avoir constaté ces faits, la cour d'appel, qui a répondu aux conclusions prétendument délaissées, a exactement retenu que les sociétés Bouygues TP et Welbond armatures étaient solidairement tenues, avec la société Atlanco, ainsi que la société CW... travaux publics, in solidum avec la société Atlanco, au paiement des indemnités pour travail dissimulé⁴³ (point 26).

14. Cette solution a son importance au regard de la gravité des faits de l'espèce en termes de politique de prévention des risques professionnels et donc de la protection de la santé, de la sécurité et des conditions de travail des travailleurs de ces entreprises.

À titre de rappel, les incidents à l'origine de cette affaire font état de manquements ou situations graves⁴⁴ :

- La très grande majorité des salariés a été embauchée par la société Elco dans le seul but de venir en France, sur le chantier de l'EPR, quelques

41 Dissimulation d'activité : exercice à but lucratif d'une activité de transformation ou de prestation de services sans immatriculation volontaire au registre du commerce ou sans déclaration aux organismes de protection sociale.

42 Dissimulation d'emploi salarié par soustraction intentionnelle à l'une des formalités telle que la déclaration préalable à l'embauche. Article L. 8221-5 code trav. : « Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur :

1° Soit 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° Soit de se soustraire intentionnellement à la délivrance d'un bulletin de paie ou d'un document équivalent défini par voie réglementaire, ou de mentionner sur le bulletin de paie ou le document équivalent un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, si cette mention ne résulte pas 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 ;

3° Soit de 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 ».

43 Art. L. 8223-1 du Code du travail : « En cas de rupture de la relation de travail, le salarié auquel un employeur a eu recours dans les conditions de l'article L. 8221-3 ou en commettant les faits prévus à l'article L. 8221-5 a droit à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire ».

44 Cass. soc., 4 novembre 2020, Arrêts n° s 991 (FS-P+B+R+I), et 992 (FS-D), préc. ; Cass. crim., 12 janvier 2021, pourvoi n° 17-82.553, préc. ; Mediapart et Dan Israel, Bouygues définitivement condamné pour le chantier de l'EPR Flamanville, 14/01/2021, précité ; Cécile Rousseau, L'EPR, ou la loi de l'omer ta, 4 Juillet 2011 : https://www.humanite.fr/03_07_2011-l%E2%80%99epr-ou-la-loi-de-l%E2%80%99omer-ta-475621 : « Tous les Polonais salariés d'Atlanco ne sont pas rentrés au pays. Rafal, lui, est resté à Flamanville et continue de se battre pour percevoir les 40 000 euros que lui doit l'entreprise. Se sentant mal à cause des conditions de travail, il s'était rendu à l'infirmerie du chantier de l'EPR. Il avait alors insisté pour déclarer son accident du travail. Atlanco l'avait licencié ».

- jours avant leur départ, la plupart d'entre eux n'ayant pas travaillé ou ne travaillant que récemment pour la société Elco ;
- Une dénonciation sur les conditions d'hébergement de travailleurs étrangers ;
 - Un mouvement de grève de salariés intérimaires polonais portant sur l'absence ou l'insuffisance de couverture sociale en cas d'accident : embauchés pour assurer le bétonnage et le ferrailage, les ouvriers roumains et polonais étaient censés bénéficier du statut de travailleurs détachés, qui permet à une entreprise de payer les cotisations sociales dans le pays d'origine de ses salariés. Ils ne disposaient d'aucune protection sociale ;
 - La révélation de plus d'une centaine d'accidents du travail non déclarés : Entre 2009 et 2011, plusieurs ouvriers polonais se sont blessés, et ont été renvoyés immédiatement dans leur pays, où ils ont découvert ne pas avoir droit à des soins gratuits : ils devaient avancer les frais et en demander le remboursement à Chypre ;
 - Une majorité d'entre eux ne bénéficiaient pas de congés payés et certains n'ont obtenu aucun bulletin de paie : les 160 travailleurs polonais recrutés par Atlanco, étaient payés environ 950 euros pour 6 jours de travail par semaine. Ils faisaient la queue une fois par mois devant un bungalow du camping pour être payés en liquide ;
 - Les pièces d'identité des travailleurs roumains, logés ensemble, étaient conservées dans une boîte à chaussures par un de leurs encadrants.

De ces constatations, on peut relever sans aucun doute l'absence d'un plan réel de prévention des risques professionnels⁴⁵ au regard du nombre d'accidents de travail non déclarés, ce qui suppose aussi évidemment des accidents de travail déclarés. À cet égard, il faut souligner que ces affaires ont commencé par la mort d'un ouvrier sur le chantier de la centrale nucléaire. L'Autorité de sûreté nucléaire qui fait office d'inspection du travail sur le site, a constaté des manquements aux règles de sécurité « complètement inacceptables » et a découvert les accidents de travail non déclarés⁴⁶. Cette situation s'explique aussi par l'absence de déclaration préalable à l'embauche

45 Sur ces questions : Harold Kobina GABA, Rentabilité économique et accidents du travail, Les Petites Affiches, 25 février 1998, n° 24, p. 21-29 ; H. K. GABA, Obligation de sécurité pesant sur le salarié : ombre et lumière jurisprudentielles, Dr. Ouv. février 2011, n° 751, Doctr., p. 114-122 ; H. K. GABA, Obligation de sécurité de résultat de l'employeur : possibilité d'une cause exonératoire de responsabilité et office du juge, JSL, n° 324, du 21 juin 2012, p. 18-21 ; H. K. GABA, Réorganisation de l'entreprise et santé et sécurité au travail, JCP S n° 15 du 15 avril 2014, Doctr. 1146, p. 7-11 ; Lucie Jubert, L'organisation du travail et la prévention des risques professionnels, Thèse de doctorat Droit. Université de Nanterre – Paris X, 2019, ffNNT : 2019PA100121ff. fftel-02505629f ; AFP, Santé et sécurité au travail : une entreprise sur 4 sans plan d'action, publié le 19/06/2017 à 8 h 49 : https://www.lepoint.fr/economie/sante-et-securite-au-travail-une-entreprise-sur-4-sans-plan-d-action-19-06-2017-2136418_28.php : « Plus huit entreprises sur dix recensent les risques professionnels pesant sur leurs salariés, mais un quart d'entre elles n'ont pas mis en place de plan d'action pour prévenir et réduire ces risques (...) ».

46 Le Canard enchaîné du 6/07/2011, cité par Didier Hassoux, « La Cour de cass du sucre sur le dos de Bouygues », Le Canard enchaîné du mercredi 3 février 2021, n° 5230, p. 3.

(DPAE) et donc de l'examen médical d'embauche dont la finalité est rappelée par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans l'arrêt précité du 12 janvier 2021 (voir infra) : la demande de l'examen médical d'embauche (notamment l'article R. 4624-10 et s. C. Trav.) qui « a notamment pour finalité de s'assurer que le salarié est médicalement apte au poste de travail auquel l'employeur envisage de l'affecter, de lui proposer éventuellement les adaptations du poste ou l'affectation à d'autres postes, et de rechercher s'il n'est pas atteint d'une affection dangereuse pour les autres travailleurs ; obligatoire avant l'embauche ou au plus tard avant l'expiration de la période d'essai, cet examen médical doit être réalisé par le médecin du travail. Il assure ainsi l'efficacité du contrôle par la médecine du travail des règles destinées à préserver la santé des travailleurs » (points 37 et 38).

En outre, ces accidents de travail interrogent sur la formation des salariés à la prévention de risques professionnels du fait que par exemple la très grande majorité des salariés a été embauchée par la société Elco dans le seul but de venir en France, sur le chantier de l'EPR, quelques jours avant leur départ, la plupart d'entre eux n'ayant pas travaillé...

Ces faits vont également servir à établir les infractions pénales reprochées à ces entreprises.

B. Le certificat E101/A1 n'est pas exclusif de la responsabilité pénale des cocontractants : travail dissimulé, prêt illicite de main-d'œuvre, fraude sociale et concurrence déloyale

15. Le premier moyen du pourvoi⁴⁷ de la Société Bouygues qui reprochait aux juges du fond de s'être à tort considérés saisis de poursuites à son encontre du chef de recours aux services, notamment, de la société Atlanco, employeur dissimulant, avec la société Elco, l'emploi d'au moins quatre cent soixante salariés, en énonçant une éventuelle erreur sur le nombre de salariés concernés⁴⁸, ne sera pas étudié ici, car ne présente pas de difficulté particulière au regard des motifs de son rejet⁴⁹. Il en va de même du quatrième moyen pro-

47 Seul le premier moyen proposé pour la société Bouygues a été admis. Le premier moyen proposé pour la société Elco et celui de la société Welbond ne sont pas de nature à permettre l'admission des pourvois au sens de l'article 567-1-1 du code de procédure pénale.

48 En violation de la violation, selon le moyen, des articles 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'Homme, L. 1251-1, L. 1251-3, L. 1262-2, L. 8224-5, L. 8224-1, L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-4, L. 8221-5, 8243-1, 8243-2 et 8241-1 du Code du travail, préliminaire, 388, 591 et 593 du code de procédure pénale.

49 Selon la Cour de cassation, les seconds juges ont retenu que l'éventuelle erreur sur le nombre de salariés concernés ne saurait s'analyser qu'en une simple imprécision, puisque l'autorité de poursuite a indiqué que les salariés concernés étaient « au moins » du nombre qu'elle mentionnait, ce qui permet de retenir un chiffre supérieur, et qu'elle porte sur une donnée totalement superflète. En outre, les juges du fond ont relevé que la société Bouygues savait qu'elle était poursuivie pour recours au travail dissimulé en lien avec la société Atlanco Limited, ce qui suffit pour valider la citation, observation faite que cette connaissance des poursuites était si précise qu'elle est capable de rectifier le chiffre, erroné ou imprécis, avancé par le ministère public.

posé pour la société Welbond et faisant grief à l'arrêt attaqué en ce qu'il a dit n'y avoir lieu à sursis à statuer et à saisine de la Cour de justice de l'Union européenne ; ce moyen étant devenu sans objet en raison de la transmission par la Cour de cassation d'une question préjudicielle à la CJUE.

En revanche, nous examinerons les autres moyens des pourvois des prévenus portant d'une part sur la portée juridique du certificat E101/A1 au regard du travail dissimulé, du prêt de main-d'œuvre illicite et de l'incidence de l'absence de la DPAE et, d'autre part, sur le quantum des sanctions civiles et pénales et les raisons de leur justification.

1. Portée juridique du certificat E101/A1 et de la DPAE : travail dissimulé et prêt de main-d'œuvre illicite

16. Le troisième moyen, troisième branche, proposé pour la société Bouygues et le deuxième moyen proposé pour la société Elco critiquent respectivement l'arrêt attaqué d'avoir déclaré la demanderesse coupable d'avoir eu recours sciemment aux services de la société Atlanco, entreprise poursuivie et condamnée par défaut du chef de travail dissimulé, ainsi que de prêt de main-d'œuvre illicite⁵⁰ ; et d'avoir déclaré la société Elco Construct coupable du délit de travail dissimulé, par personne morale, par absence de déclaration préalable à l'embauche (DPAE) et par soustraction volontaire aux déclarations relatives aux salaires et aux cotisations sociales auprès des organismes habilités⁵¹.

Pour répondre à ces moyens réunis, la Cour de cassation a décidé de surseoir à statuer et de poser à la CJUE la question préjudicielle⁵² suivante : « [L'article] 11 du règlement [n° 574/72] et [l'article] 19 du règlement [n° 987/2009] doivent-ils être interprétés en ce sens qu'un certificat E 101 délivré par l'institution désignée par l'autorité compétente d'un État membre, au titre de l'article 14, [point] 1 et [point] 2, sous b), du règlement n° 1408/71 [...] ou [un certificat] A 1 délivré au titre de l'article 13, paragraphe 1, du règlement n° 883/2004 [...] lie les juridictions de l'État membre dans lequel le travail est effectué pour déterminer la législation applicable, non seulement au régime de sécurité sociale, mais aussi au droit du travail, lorsque cette législation définit les obligations des employeurs et les droits des salariés, de sorte qu'à l'issue

50 Pour violation des articles L. 1251-1, L. 1251-3, L. 1262-2, L. 8224-5, L. 8224-1, L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-4 et L. 8221-5 du Code du travail, 111-3, 111-4 et 121-3 du Code pénal, préliminaire, 591 et 593 du code de procédure pénale.

51 Pour violation des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, 56 du TFUE (anciennement 49 du Traité de la Communauté européenne, TCE), L. 1261-1 à L. 1262-5 du Code du travail, 111-4, 112-1 du code pénal, préliminaire, 591 et 593 du code de procédure pénale, de la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996, défaut de motifs, manque de base légale, ensemble violation des droits de la défense.

52 Demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par la Cour de cassation (France), par décision du 8 janvier 2019, parvenue à la CJUE le 10 janvier 2019.

du débat contradictoire, elles ne peuvent écarter lesdits certificats que si, sur la base de l'examen des éléments concrets recueillis au cours de l'enquête judiciaire ayant permis de constater que ces certificats avaient été obtenus ou invoqués frauduleusement et que l'institution émettrice saisie s'était abstenue de prendre en compte, dans un délai raisonnable, ces juridictions caractérisent une fraude constituée, dans son élément objectif par l'absence de respect de conditions prévues à l'une ou l'autre des dispositions précitées des règlements [n^{os} 574/72] et [987/2009] et, dans son élément subjectif, par l'intention de la personne poursuivie de contourner ou d'éluider les conditions de délivrance du certificat pour obtenir l'avantage qui y est attaché ? »⁵³.

Une question principale et une autre secondaire, mais non moins importante résultent de cette demande de décision préjudicielle.

La question principale porte sur la portée juridique du certificat E 101/A délivré par l'institution compétente d'un État membre au titre des dispositions précitées et plus précisément il est question de savoir si ces certificats s'imposent ou non aux juridictions de ce dernier État membre en matière non seulement de sécurité sociale, mais également de droit du travail.

La deuxième question qui découle de la première et du cadre de poursuites pénales engagées du chef, notamment, de travail dissimulé contre des employeurs ayant eu recours sur le territoire français, pendant la période allant de l'année 2008 à l'année 2012, à des travailleurs couverts par des certificats E 101 ou A 1 émis, selon le cas, au titre d'un détachement de travailleurs ou de l'exercice d'activités salariées dans plusieurs États membres, sans avoir effectué auprès des autorités françaises compétentes la DPAE imposée par le Code du travail, interroge sur l'incidence de ces certificats sur une telle obligation de déclaration préalable et, partant, sur la portée desdits certificats sur l'application aux travailleurs concernés de la législation de l'État membre d'accueil en matière de droit du travail, cette interrogation se fondant sur la prémisse selon laquelle les mêmes certificats sont valables.

17. **Sur la portée juridique du certificat E 101 ou A1** : forte de la réponse de la CJUE, la chambre criminelle de la Cour cassation⁵⁴ rappelle l'interprétation donnée par cette dernière aux motifs d'une part, que les formulaires de détachement, dits certificats E101 et A1, s'imposent aux juridictions de l'État sur le territoire duquel les travailleurs exercent leurs activités uniquement en matière de sécurité sociale et, d'autre part, que les certificats E101 et A1, délivrés par l'institution compétente d'un État membre, ne lient l'institution compétente et les juridictions de l'État membre d'accueil qu'en ce qu'ils attestent que le travailleur concerné est soumis, en matière de sécurité sociale, à la législation du premier État membre pour l'octroi des prestations

53 CJUE (cinquième chambre), 14 mai 2020, C-17/19, préc., points 33 et s.

54 Cass. crim., 12 janvier 2021, préc.

directement liées à l'une des branches et à l'un des régimes énumérés à l'article 4, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 1408/71 ainsi qu'à l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 883/2004 » (§ 47) et que « ces certificats ne produisent donc pas d'effet contraignant à l'égard des obligations imposées par le droit national dans des matières autres que la sécurité sociale, au sens de ces règlements, telles que, notamment, celles relatives à la relation de travail entre employeurs et travailleurs, en particulier, les conditions d'emploi et de travail de ces derniers ».

S'agissant de l'analyse du droit national et en particulier de la portée de la DPAAE, la CJUE a précisé qu'il incombe à la juridiction de renvoi de déterminer la portée de cette obligation déclarative.

En l'espèce, les poursuites pour travail dissimulé ont été engagées non seulement pour défaut de déclarations aux organismes de protection sociale, mais également pour défaut de DPAAE.

18. **Sur la portée de la DPAAE**, la Cour de cassation a jugé que la lutte contre le travail dissimulé recouvre plusieurs finalités qui ne la limitent pas au financement des différentes branches de la sécurité sociale, puisqu'elle permet en outre de faciliter la lutte contre la fraude fiscale, une société qui procède à une DPAAE étant tenue de s'identifier, ainsi que d'assurer une concurrence non faussée entre les entreprises. Ainsi selon elle, en vertu de l'article L. 1221-10 du Code du travail susvisé, l'existence d'une DPAAE fait présumer l'existence d'un contrat de travail qui ouvre au salarié le bénéfice de l'ensemble des droits et obligations prévus par le Code du travail. Cette déclaration tend ainsi à favoriser les contrôles opérés par l'inspection du travail sur le respect desdits droits et obligations, l'employeur devant, s'il conteste l'existence d'un tel contrat de travail, en établir le caractère fictif. Cette interprétation est corroborée par l'article R. 1221-2 du même Code, dans sa version applicable sur une partie de la période de prévention : la DPAAE permet à l'employeur, non seulement, d'accomplir les déclarations et demandes tendant aux immatriculations et affiliations à divers régimes de sécurité sociale (assurance maladie et assurance chômage), mais également la demande de l'examen médical d'embauche, prévu à l'article R. 4624-10 dudit code, ou, s'il s'agit d'un salarié agricole, à l'article R. 717-14 du code rural et de la pêche maritime. D'ailleurs, selon l'article R. 4624-11 du Code du travail, dans sa version applicable à la date des faits, l'examen médical d'embauche a notamment pour finalité de s'assurer que le salarié est médicalement apte au poste de travail auquel l'employeur envisage de l'affecter, de lui proposer éventuellement les adaptations du poste ou l'affectation à d'autres postes, et de rechercher s'il n'est pas atteint d'une affection dangereuse pour les autres travailleurs. Obligatoire avant l'embauche ou au plus tard avant l'expiration de la période d'essai, cet examen médical doit être réalisé par le médecin du travail. Il assure ainsi l'efficacité du contrôle par la médecine du travail des règles destinées à préserver la santé des travail-

leurs. Il résulte donc de ces considérations que la DPAE vise, au moins en partie, à garantir l'efficacité des contrôles opérés par les autorités nationales compétentes afin d'assurer le respect des conditions d'emploi et de travail imposées par le droit du travail. Dès lors, il y a lieu d'en conclure que l'existence de certificats E101 et A1 ne fait pas obstacle à une condamnation du chef de travail dissimulé pour omission de procéder à la DPAE (points 30-40).

19. **Le délit de travail dissimulé tant par dissimulation de salariés que par dissimulation d'activité peut être établi, nonobstant la production de certificats E101 ou A1**, lorsque les obligations déclaratives qui ont été omises ne sont pas seulement celles afférentes aux organismes de protection sociale⁵⁵ ou aux salaires ou aux cotisations sociales (article L. 8221-5, 3^o, du Code du travail)⁵⁶. C'en est par exemple, lorsqu'a été omise l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, dans le cas de la dissimulation d'activité (point 41).

En l'espèce, si les prévenus ont été reconnus coupables au titre de l'omission d'obligations déclaratives ayant pour unique objet d'assurer l'affiliation des travailleurs concernés à l'une ou à l'autre branche du régime de sécurité sociale, ils l'ont été également au titre d'un défaut d'inscription au registre du commerce et des sociétés et d'un défaut de DPAE.

La production de certificats E101 ou A1 pour certains ou tous les salariés concernés n'était pas de nature à interdire à la juridiction de déclarer établis ces derniers faits, qui à eux seuls suffisent à fonder les condamnations prononcées du chef de travail dissimulé, délit défini de façon unitaire par l'article L. 8221-1, 1^o, du Code du travail, et de recours au travail dissimulé (points 42-43).

Ces moyens sont donc rejetés.

Les mêmes prémisses du raisonnement seront utilisées en ce qui concerne l'infraction de prêt de main-d'œuvre illicite (points 45-67).

La société Elco (deuxième moyen proposé) reproche à l'arrêt attaqué de l'avoir déclarée coupable du délit de travail dissimulé, par personne morale, par absence de déclaration préalable à l'embauche et par soustraction volontaire aux déclarations relatives aux salaires et aux cotisations sociales auprès des organismes habilités, de l'avoir condamnée à une peine d'amendes et, statuant sur l'action civile, et de l'avoir déclarée seule responsable du préjudice subi par l'Union départementale des syndicats CGT de la Manche et la Fédération nationale CGT des salariés de la construction, du bois et de l'ameublement⁵⁷.

55 Article L. 8221-3, 2^o, C. trav.

56 Article L. 8221-5, 3^o, C. trav.

57 En violation des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, 56 du TFUE (anciennement 49 du TCE), L. 1261-1 à L. 1262-5 du Code du travail, 111-4, 112-1 du code pénal, préliminaire, 591 et 593 du code de procédure pénale, de la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996, défaut de motifs, manque de base légale, ensemble violation des droits de la défense.

La société Bouygues (deuxième, troisième et quatrième moyens de cassation proposés), quant à elle, critique l'arrêt déferé de l'avoir déclarée coupable des chefs de travail dissimulé et de prêt illicite de main-d'œuvre en lien avec la société Atlanco Limited, et coupable d'avoir eu recours sciemment aux services de la société Atlanco, entreprise poursuivie et condamnée par défaut du chef de travail dissimulé, ainsi que de prêt de main-d'œuvre illicite⁵⁸.

Enfin, la société Welbond (deuxième et troisième moyens de cassation proposés) critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a confirmé la déclaration de culpabilité de la société Welbond Armatures du chef de recours aux services d'une personne exerçant un travail dissimulé pour les faits en lien avec la société Atlanco Limited, confirmé la déclaration de sa culpabilité du chef prêt illicite de main-d'œuvre pour les faits en lien avec la société Atlanco Limited, et l'a condamnée au paiement d'une amende et prononcé sur les intérêts civils⁵⁹.

Ces moyens étant réunis, la Cour de cassation pour écarter ces moyens reprend d'abord les constatations établies par les juges du fond :

- **Concernant le travail dissimulé commis par la société Elco** : il est relevé que la très grande majorité des salariés a été embauchée par cette société dans le seul but de venir en France, sur le chantier de l'EPR, quelques jours avant leur départ, la plupart d'entre eux n'ayant pas travaillé ou ne travaillant que récemment pour ladite société ; l'activité de celle-ci dans son pays d'origine est devenue accessoire par rapport à l'activité en France, spécialement sur le chantier de l'EPR⁶⁰ ; la gestion administrative des salariés dits détachés n'était pas assurée par la société roumaine, certains détachements ayant duré plus de vingt-quatre mois ; dès lors, la société Elco qui a eu, en France, une activité habituelle, stable et continue, pour laquelle elle avait recruté, dans cette seule perspective, différents salariés, ne

58 En violation des articles 56 et 57 du TFUE, des articles 14 du règlement (CE) 1408/71, 12 du règlement (CE) 883/2004 et 14 du règlement (CE) 987/2009, des articles 111-3, 111-4 et 121-2 du Code pénal, L.123-1 du Code de commerce, L. 1261-1 à L. 1263-2, L. 8224-5, L. 8224-1, L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-4 et L. 8221-5 du Code du travail, préliminaire, 591 et 593 du code de procédure pénale (2^e moyen) ; violation des articles L. 1251-1, L. 1251-3, L. 1262-2, L. 8224-5, L. 8224-1, L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-4 et L. 8221-5 du Code du travail, 111-3, 111-4 et 121-3 du Code pénal, préliminaire, 591 et 593 du code de procédure pénale (3^e moyen) ; violation des articles L. 1251-1, L. 1251-3, L. 1262-2, L. 8224-5, L.8224-1, L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-4 et L. 8221-5 du Code du travail, 111-3, 111-4 et 121-2 du code pénal, préliminaire, 591 et 593 du code de procédure pénale (4^e moyen).

59 En violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, de l'article 56 du TFUE, des articles 14.1 et 14.2 du règlement CEE n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971, et 12,1 et 13,1 du règlement CE n° 883/2001 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, des articles L. 1262-2, R. 1263-2, L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8222-1, L. 8222-4, L. 8222-5, D. 8222-7 et D. 8222-8 du Code du travail, des articles 121-2 et 121-3 du Code pénal, et des articles préliminaires, 459, 512, 591 et 593 du code de procédure pénale, défaut et contradiction de motifs, défaut de réponse à conclusions, manque de base légale (2^e moyen) ; violation de l'article 56 du TFUE, des articles L. 8241-1, L. 1251-1, L. 1262-2 du Code du travail, 121-2 et 121-3 du Code pénal, et des articles 591 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale (3^e moyen).

60 « Le chiffre d'affaires réalisé en France s'établissant à 67 % en 2009, 70 % en 2010 et 60 % en 2011, pendant que celui réalisé en Roumanie était de 17 % en 2009 et de 2 % en 2011 ».

pouvait se prévaloir de la législation sur les détachements. Outre l'absence des DPAE, l'objectif principal de la société Elco a été la recherche d'un profit en jouant sur le coût du travail en Europe, faits constituant une fraude sociale et une concurrence déloyale (voir *infra*) ;

- **Concernant les sociétés Bouygues et Welbond coupables des chefs de recours aux services de travailleurs dissimulés, mis à disposition par la société Atlanco, et prêt illicite de main-d'œuvre** : une société, ayant son siège en Irlande, qui a, par sa filiale chypriote Atlanco et un bureau de cette filiale en Pologne, mais sans aucune activité dans l'un de ces trois pays, recruté des travailleurs polonais, en leur faisant signer un contrat rédigé en grec, en vue de leur mise à disposition de sociétés françaises, grâce à l'intermédiation de deux salariés, basés à Dublin et travaillant en France, de cette filiale chypriote, n'était pas immatriculée au registre du commerce et des sociétés⁶¹ ; les sociétés Bouygues et Welbond ont demandé à la société Atlanco les pièces et documents relatifs aux travailleurs intérimaires sur le site, notamment le certificat E101 ou A1, sans en obtenir une communication complète et en poursuivant l'emploi de travailleurs polonais pour lesquels ces certificats n'avaient pas été transmis. Pour disposer d'une main-d'œuvre indispensable au chantier en raison d'un retard considérable, les sociétés Bouygues et Welbond, agissant, la première, par l'entremise du directeur du projet relatif aux lots pour lesquels cette mise à disposition a été réalisée, la seconde, par celle de son dirigeant de droit, qui n'a consenti aucune délégation de pouvoir, ont eu recours à des travailleurs intérimaires polonais en connaissant les conditions de leur recrutement et de leur présence sur le site ; il échet donc que ces sociétés ont fait appel à une main-d'œuvre temporaire, tout en sachant que la société Atlanco ne respectait pas le cadre légal du travail temporaire. Par ces motifs de l'arrêt d'appel, la Cour de cassation a jugé que la cour d'appel a exactement déduit que l'activité des sociétés Atlanco et Elco ne relevait pas du détachement défini à l'article L.1262-3 du Code du travail dans sa

61 Voir, CJUE, 6 février 2018, C-359/16, préc. ; Cass., crim., 12 janvier 2021, 18-86.757, préc. : « l'entreprise Blanconorte, basée au Portugal, gérée par M. J..., de nationalité espagnole, et qui avait pour activité les travaux de construction dans le secteur du bâtiment, avait réalisé depuis plusieurs mois de nombreuses déclarations de détachement dans le cadre de prestations de services internationales et ainsi détaché plusieurs de ses salariés pour la réalisation de chantiers de BTP sur le territoire français, intervenant alors comme sous-traitante de plusieurs donneurs d'ordre basés également en France. (...) Pour dire établi le délit de travail dissimulé par dissimulation d'activité, l'arrêt relève que l'essentiel de l'activité de cette entreprise, précisément 85 %, n'était pas réalisée au Portugal outre que cette activité portait notamment sur la recherche et la prospection d'une clientèle sur le territoire national (point 22). Les juges ajoutent notamment que le local servant de siège social à cette entreprise, au Portugal, n'était qu'une simple pièce sans salarié ni ordinateur et ne servait que de lieu de recrutement point 23). Ils énoncent encore que l'activité de la société Blanconorte était réalisée sur le territoire national de façon habituelle, stable et continue et relevait manifestement du droit d'établissement au sens de l'article L 1263-3 du Code du travail, en sorte que l'employeur ne pouvait se prévaloir des dispositions applicables au détachement de salariés (point 24) ».

rédaction applicable au moment des faits, mais des dispositions relatives à leur établissement en France, et ainsi caractérisé en tous leurs éléments, tant matériels qu'intentionnels, les délits de recours aux services de travailleurs dissimulés et de prêt illicite de main-d'œuvre reprochés aux sociétés Bouygues et Welbond, ainsi que le délit de travail dissimulé reproché à la société Elco, sans inverser la charge de la preuve ni méconnaître les textes et principes invoqués aux moyens ; qu'en effet, d'une part, le délit de travail dissimulé est constitué quand l'employeur a omis d'accomplir l'une ou l'autre des formalités prévues par l'article L. 8221-5 du Code du travail à l'égard d'un seul de ses salariés, dès le premier jour de l'embauche et, d'autre part, l'affiliation des travailleurs concernés à un régime étranger de sécurité sociale par la production de certificats E101 devenus A1 était sans incidence sur l'obligation de la société Atlanco d'être immatriculée au registre du commerce et des sociétés et sur l'obligation des sociétés Atlanco et Elco de procéder à une DPAE qui ne pouvait, dans ce contexte, entraîner l'affiliation des travailleurs concernés à l'une ou à l'autre branche du régime de sécurité sociale (CJUE, 14 mai 2020, préc., § 53) ; qu'enfin, la cour d'appel a justifié sa décision quant à la qualité de représentants des deux sociétés Welbond et Bouygues après avoir relevé qu'ils étaient tous deux signataires des contrats engageant leurs sociétés respectives avec la société Atlanco, ce dont il s'évince qu'ils disposaient du pouvoir de procéder à l'embauche des salariés concernés.

2. Fraude sociale, concurrence déloyale, passivité des pouvoirs publics : Raisons justificatives du quantum des sanctions prononcées

20. Les sociétés Elco (troisième moyen proposé) et Welbond (cinquième moyen proposé) reprochent à l'arrêt attaqué de les avoir condamnées à une amende respectivement de 60 000 et 15 000 euros en se bornant à affirmer, après avoir tenu compte de l'importance économique des sociétés en cause et d'une certaine passivité des autorités françaises, que les amendes modérées prononcées par les premiers juges sont tout à fait justifiées et peuvent être reprises dans leur approche, alors qu'en matière correctionnelle le juge qui prononce une amende doit motiver sa décision au regard des circonstances de l'infraction, de la personnalité et de la situation personnelle de son auteur, en tenant compte de ses ressources et de ses charges⁶² ; nonobstant la relaxe intervenue en cause d'appel du chef de prêt illicite de main-d'œuvre en lien avec les faits reprochés à la société Elco Construct.

La réponse de la Cour de cassation qui n'est pas innovante, se révèle donc très classique en ce sens que le contrôle de la juridiction suprême se contente de valider le raisonnement des juges du fond.

62 Pour violation des articles 132-1 et 132-20 du Code pénal, 485, 513 et 593 du code de procédure pénale.

Les constats et conclusions établis par les juges du fond et validés par la Cour de cassation peuvent être regroupés en trois parties suivant le principe de causalité d'un phénomène en physique, à savoir rien n'est sans cause⁶³.

En effet, la fraude sociale et la concurrence déloyale sont les conséquences d'une cause qui consiste en une organisation complexe, tentaculaire et internationale dont la tête pensante ou la société dominante est la société Bouygues qui y joue un rôle éminemment moteur dans le déroulement de l'opération avec une certaine passivité des autorités françaises. Et les sanctions pénales et civiles infligées aux prévenus sont les conséquences juridiques de ces premières conséquences en tant que faits juridiques.

a. L'organisation complexe, tentaculaire et internationale au service de la fraude sociale et la concurrence déloyale : rôle moteur de la société Bouygues et passivité de l'État.

21. Il est constant que la société Bouygues et deux autres entreprises partenaires ont créé en vue de la construction du réacteur nucléaire une société en participation. Cette dernière a sous-traité à un groupement d'intérêt économique composé de sous-traitants tels que la société Welbond armatures, la société Elco construct Bucarest et de la société de travail temporaire Atlanco limited. « L'un des responsables d'Atlanco France était un ancien cadre de Bouygues. L'entreprise s'est évaporée dans la nature en 2015 et ne s'est jamais présentée aux procès. En 2011, une fois ses pratiques exposées en France, elle a renvoyé les travailleurs chez eux, par bus. Entre-temps, une fois l'inspection du travail avertie de l'illégalité des pratiques en place sur le chantier, Bouygues avait essayé en catastrophe de légaliser la situation des travailleurs polonais, trois ans après leur embauche »⁶⁴.

L'objectif des sociétés Bouygues et Welbond est de disposer d'une main-d'œuvre indispensable au bon déroulement du chantier, qui avait pris un retard considérable. Pour ce faire, la première par l'entremise du directeur du projet relatif aux lots pour lesquels une mise à disposition a été réalisée, et la seconde par celle de son dirigeant de droit, ont eu recours à des travailleurs intérimaires polonais en connaissant les conditions de leur recrutement et de leur présence sur le site.

La société Atlanco, dont le siège est en Irlande, a, par l'intermédiaire de sa filiale chypriote Atlanco et d'un bureau de cette filiale en Pologne, mais n'ayant aucune activité dans l'un de ces trois pays, recruté des travailleurs polonais, en leur faisant signer un contrat rédigé en grec, en vue de leur mise

63 V^o « causalité » et « principe de causalité » : <https://www.cnrtl.fr/definition/causalit%C3%A9>.

64 Pascale Pascariello, Travail illégal : Bouygues voit sa défense taillée en pièces, 14 mars 2015, Mediapart, préc. ; Mediapart et Dan Israel, Bouygues définitivement condamné pour le chantier de l'EPR Flamanville, 14/01/2021, Mediapart, préc.

à disposition de sociétés françaises, grâce à l'intermédiation de deux salariés, basés à Dublin et travaillant en France, de cette filiale chypriote. Cette filiale n'était pas immatriculée au registre du commerce et des sociétés. Les sociétés Bouygues⁶⁵ et Welbond ont sollicité de la société Atlanco les pièces et documents relatifs aux travailleurs intérimaires sur le site, notamment le certificat E101 ou A1, sans en obtenir une communication complète et en poursuivant l'emploi de travailleurs polonais pour lesquels ces certificats n'avaient pas été transmis.

Quant à la société Elco, le recrutement des travailleurs roumains s'est fait en grande majorité dans le seul but de venir en France, sur le chantier de l'EPR, quelques jours avant leur départ. Son activité dans son pays d'origine est devenue accessoire par rapport à l'activité en France. La gestion administrative des salariés dits détachés n'était pas assurée par la société roumaine. Son objectif principal a été la recherche d'un profit en jouant sur le coût du travail en Europe.

Il apparaît la mise en place d'un système sophistiqué au service de la fraude : l'opacité consistant à mettre en place des circuits complexes, internationaux caractérisés par de multiples intermédiations sans oublier la sous-traitance en cascade permettant d'éviter la traçabilité des transactions. Cette méthode qui est notamment utilisée en matière économique et financière est souvent qualifiée par leur promoteur d'optimisation financière, fiscale, sociale⁶⁶. Ces phénomènes ou pratiques sont des moyens utilisés par le système capitaliste libéral caractérisé par essence par la recherche du profit, la production, la consommation, la croissance économique illimitée à partir d'un marché qui est devenu global ou mondial : économie de marché globalisée⁶⁷.

22. La passivité reprochée à l'État (La cour d'appel parle précisément « *d'une certaine passivité des autorités françaises qui ont longtemps cantonné le débat à un problème de couverture sociale pouvant donner lieu à régularisation* ») est un euphémisme au regard de l'importance capitale des enjeux politiques, économiques,

65 Myriam Chauvot, Ouvriers détachés de Flamanville : amende confirmée pour Bouygues en appel, publié le 20 mars 2017 à 19 h 29 : <https://www.lesechos.fr/2017/03/ouvriers-detaches-de-flamanville-amende-confirmee-pour-bouygues-en-appel-164648> : « *Bouygues avait déjà recouru aux services d'Atlanco sur son premier chantier d'EPR, à Olkiluoto, en Finlande, où Atlanco avait les mêmes pratiques. Mais à Olkiluoto, la situation des ouvriers avait été régularisée en cours de chantier quand les syndicats finlandais l'avaient découverte. A Flamanville, comme en Finlande, c'est un syndicat, en l'occurrence la CGT, qui a lancé l'alerte en 2011 sur les conditions sociales des détachés roumains et polonais présents sur le site depuis 2009. Mais les ouvriers n'ont en revanche pas bénéficié d'une régularisation. Ils ont été renvoyés chez eux avant, en 2011* » ; Mediapart et Dan Israel, Bouygues définitivement condamné pour le chantier de l'EPR Flamanville, 14/01/2021, Mediapart, préc.

66 Harold kobina GABA, L'argent sale, Quelques réflexions à propos de la fabrication de l'argent sale et des finalités et limites des luttes contre son blanchiment, RRJ 2018-4, 3^e trimestre 2019, pp. 1641-1657.

67 Sur ces questions : Harold kobina GABA, L'obsolescence programmée, calibrage, invendus, déchets..., corollaires du système capitaliste : enjeu de santé et environnemental national (souveraineté) ou planétaire ?, in Jean-Marc Roy et Michel Bruno, (sous la direction de), Nature et souveraineté, éd. Legitech, janvier 2021, pp. 146-184.

et autres du chantier. Il est inconcevable que l'État tout comme EDF, propriétaire du site, et Areva qui assure la construction de la centrale nucléaire, ne soient pas au courant de ce montage et n'aient point donné leur assentiment souvent informel. En outre, il est inconcevable que ce montage ne soit pas discuté et expertisé lors de la passation des marchés publics qui doit respecter trois principes permettant « d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics », quels que soient les montants ou les procédures des contrats administratifs : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats, transparence des procédures. La transparence postule que tous les candidats ou toute personne intéressée s'assurent « que l'acheteur public respecte les 2 premiers principes. D'autre part, dans les procédures formalisées, les critères de choix sont portés à la connaissance des candidats dès la publicité. Ces critères doivent permettre à l'acheteur public de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. De même, tout soumissionnaire qui voit son offre rejetée doit en être informé et les motifs de ce rejet doivent lui être précisés »⁶⁸.

Plus grave, le domaine nucléaire qui est un domaine très sensible et donc réservé pour ne pas dire secret-défense en France, ne milite pas en faveur de la passivité. Dans cet ordre d'idées, le même dysfonctionnement doit être relevé par rapport aux responsabilités de l'Autorité de sûreté nucléaire faisant office d'inspection du travail sur le site⁶⁹. Il a fallu des grèves de salariés pour absence ou insuffisance de couverture sociale en cas d'accident, la mort d'un ouvrier sur le chantier de la centrale nucléaire pour que les services de l'État daignent faire des contrôles *a posteriori*. À ce stade, la politique de prévention est inexistante.

b. Réalité de la fraude sociale et de la concurrence déloyale

23. Selon les juges d'appel, l'objectif poursuivi par la société Elco était, avant tout, la recherche d'un profit en jouant sur le coût du travail en Europe⁷⁰, et celui des sociétés françaises de disposer rapidement d'une main-d'œuvre importante et qualifiée pour limiter le retard considérable pris par le chantier, les effets néfastes de cette fraude sociale ont touché, d'une part les salariés

68 Bulletin officiel des annonces de marchés publics (BOAMP), Définition et principes d'un marché public, consulté le 16/08/2021, à 16 h 22 : <https://www.boamp.fr/Espace-entreprises/Comment-repondre-a-un-marche-public/Questions-de-reglementation/Avant-de-repondre-a-un-marche-public/Definition-et-principes-d-un-marche-public> : « Le non-respect de ces principes peut faire l'objet d'une sanction pénale. Ainsi, le délit de favoritisme vise le fait de commettre un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires qui garantissent la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics ».

69 Article R. 8111-11 C. trav.

70 C'est le cas aussi de la société Atlanco qui avait fourni à Bouygues 160 ouvriers polonais en leur faisant signer des contrats de travail chypriotes, avec des assurances sociales de ce pays réputé pour avoir les plus faibles cotisations sociales d'Europe : Myriam Chauvot, Ouvriers détachés de Flamanville : amende confirmée pour Bouygues en appel, publié le 20 mars 2017 à 19 h 29, préc.

concernés, d'autre part les sociétés françaises qui ont subi une concurrence déloyale.

On peut objecter que ce sont plutôt les entreprises françaises qui ont principalement et grandement profité économiquement et financièrement de ces fraudes étant entendu qu'elles en sont les principales organisatrices. L'argument tiré du retard considérable pris par le chantier ne peut dans ce contexte être un argument sérieux ou crédible.

24. Relativement à la fraude sociale, il est acquis par exemple que les travailleurs roumains recrutés par la société Elco ne peuvent être qualifiés de travailleurs détachés, car cette société qui a eu, en France, une activité habituelle, stable et continue, pour laquelle elle avait recruté, dans cette seule perspective, différents salariés, ne pouvait se prévaloir de la législation sur les détachements. De plus, cette société n'a pas procédé aux formalités légales et réglementaires requises en France notamment les DPAE.

Or l'existence d'une DPAE fait présumer l'existence d'un contrat de travail qui ouvre au salarié le bénéfice de l'ensemble des droits et obligations prévus par le Code du travail. La DPAE vise, au moins en partie, à garantir l'efficacité des contrôles opérés par les autorités nationales compétentes afin d'assurer le respect des conditions d'emploi et de travail imposées par le droit du travail :

- contrôles opérés par l'inspection du travail sur le respect desdits droits et obligations ;
- examen médical obligatoire réalisé par le médecin du travail avant l'embauche ou au plus tard avant l'expiration de la période d'essai ;
- efficacité contrôlée par la médecine du travail des règles destinées à préserver la santé des travailleurs.

La DPAE permet en outre de faciliter la lutte contre la fraude fiscale, une société qui procède à une DPAE étant tenue de s'identifier, ainsi que d'assurer une concurrence non faussée entre les entreprises.

Il est avancé que « l'État estime avoir perdu au bas mot entre 10 et 12 millions d'euros de cotisations sociales non versées »⁷¹.

25. En revanche, la concurrence déloyale comme conséquence aussi importante de ces pratiques illégales ne présente aucun doute sauf que les acteurs économiques concernés n'ont pas été très nombreux au procès, ce qui est très

71 Pascale Pascariello, Travail illégal : Bouygues voit sa défense taillée en pièces, 14 mars 2015, Mediapart, préc. ; Mediapart et Dan Israel, Bouygues définitivement condamné pour le chantier de l'EPR Flamanville, 14/01/2021, Mediapart, préc. ; Myriam Chauvot, Ouvriers détachés de Flamanville : amende confirmée pour Bouygues en appel, publié le 20 mars 2017 à 19 h 29 : <https://www.lesechos.fr/2017/03/ouvriers-detaches-de-flamanville-amende-confirmee-pour-bouygues-en-appel-164648> ; Isabelle Rey-Lefebvre, Condamné pour travail dissimulé, Bouygues n'est pas écarté des appels d'offres, publié le 21 mars 2017 à 9 h 30, mis à jour le 21 mars 2017 à 9 h 51 : https://www.lemonde.fr/economie/article/2017/03/21/bouygues-condamne-en-appel-pour-travail-dissimule_5098101_3234.html ;

surprenant en théorie. Seul le syndicat professionnel Prism'emploi qui représente la profession du travail temporaire⁷², s'est constitué partie civile (voir infra). Toutefois, cette absence ou présence relative des acteurs professionnels peut s'expliquer par le poids économique ou la position dominante de la société Bouygues sur le marché du Bâtiment et travaux publics (BTP) en tant que major ou géant du BTP⁷³. Des négociations informelles sont possibles à ce niveau. À cet égard, hors prétoire, « la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment trouve "scandaleuse la légèreté de cette amende face à l'ampleur de la fraude, qui porte sur plusieurs centaines de salariés", explique son président, Patrick Liébus. "Mais il faut reconnaître à la ministre du travail le mérite d'avoir enfin multiplié les contrôles et permis la mise en place de la carte d'identité professionnelle dont devront désormais être munis tous les salariés des chantiers" »⁷⁴.

c. Justification du quantum des sanctions pénales et civiles prononcées

26. Sur le plan pénal, d'emblée, on peut remarquer que la société Bouygues n'a pas contesté l'amende de 29 950 € contrairement aux sociétés Elco et Welbond pour leur amende respective de 60 000 et 15 000 euros.

Les juges de cassation approuvent les juges du fond qui ont estimé qu'en tenant compte de l'importance économique des sociétés en cause et d'une certaine passivité des autorités françaises, il apparaît que les amendes, modérées, prononcées par les premiers juges sont justifiées et peuvent être reprises dans leur approche sauf à les adapter de façon plus différenciée, pour tenir compte du rôle éminemment moteur de la société Bouygues dans le déroulement de l'opération. Et la cour d'appel de préciser : *"société qui n'a pas eu, en l'espèce, le souci juridique et social que son image, réclamée, de vitrine technologique française lui imposait pourtant"*.

Malgré son rôle éminemment moteur dans le déroulement de l'opération, l'amende infligée à la société Bouygues reste très modérée comparativement

72 Organisation professionnelle, qui regroupe plus de 600 entreprises de toutes tailles, présentes sur l'ensemble du territoire grâce à leurs 10 000 agences d'emploi : <http://www.prismemploi.eu/>.

73 Sur le traitement médiatique de cette dernière étape judiciaire de cette affaire : Pauline Perrenot, EPR de Flamanville : la condamnation de Bouygues passe sous les radars médiatiques, vendredi 29 janvier 2021 : <https://www.acrimed.org/EPR-de-Flamanville-la-condamnation-de-Bouygues> ; CGT, La justice donne raison au combat syndical face à un géant du BTP !, Communiqué de presse : <https://normandie.cgt.fr/la-justice-donne-raison-au-combat-syndical-face-un-geant-du-btp> Luttés ; Corentin Patrigeon, Bouygues condamnée en cassation pour fraude au travail détaché sur l'EPR de Flamanville, le 22/01/2021 à 12 h 45 : <https://www.batiactu.com/edito/bouygues-condamne-cassation-travail-non-declare-sur-61072.php>.

74 Isabelle Rey-Lefebvre, Condamné pour travail dissimulé, Bouygues n'est pas écarté des appels d'offres, publié le 21 mars 2017 à 9 h 30, mis à jour le 21 mars 2017 à 9 h 51, Le Monde, préc. ; voir aussi les propos de Jacques Chanut, président de la Fédération française du bâtiment, *Ibid.* : « *Le sentiment d'impunité des employeurs et des clients, désormais considérés comme coresponsables de la fraude au détachement, s'estompe. Mais que de temps perdu !* ».

à celles prononcées à l'encontre des sociétés Elco et Welbondaux au regard du niveau de leur responsabilité⁷⁵.

“Le président de la cour d’appel de Caen (en réalité le président de la chambre des appels correctionnels et donc auteur de l’arrêt d’appel critiqué : NDLR), Henri Ody, a lui-même précisé que ce montant étant inférieur à 30 000 euros, il préservait son accès au marché public, rapporte l’AFP”⁷⁶ et “mettant en avant les risques pour l’emploi des salariés du BTP. Il apparaît pourtant que ce seuil n’est précisé dans aucun texte de loi”⁷⁷.

Vérification faite par nos soins, ce seuil, sauf erreur, n’existe pas.

En revanche, la candidature à un marché public est interdite ou impossible pour certaines catégories d’entreprises notwithstanding les principes précités de la liberté d’accès aux marchés publics et de l’égalité de traitement des candidats. Certaines condamnations pénales peuvent entraîner une interdiction de soumissionner : personnes condamnées depuis moins de 5 ans pour corruption, violation du secret professionnel, escroquerie, abus de confiance, travail dissimulé ainsi que discrimination et méconnaissance de l’égalité professionnelle, etc. Le préfet peut aussi prendre une mesure d’exclusion des contrats administratifs pour une durée maximum de 6 mois, en cas de constatation d’irrégularités en matière de travail dissimulé, de marchandage, de prêt illicite de main-d’œuvre ou d’emploi d’un étranger sans titre de travail⁷⁸.

27. Sur le plan civil, outre les dommages-intérêts alloués aux travailleurs victimes et dont les montants n’ont pas fait l’objet des pourvois en cassation, la cour d’appel a jugé qu’« il est certain qu’au plan local, l’action du ou des syndicats CGT est à l’origine de la révélation des faits et de l’enquête. Il est aussi certain que la situation des travailleurs polonais a entraîné pour ceux-ci une situation précaire et difficile, à l’origine d’un préjudice pour les syndicats chargés de la défense des travailleurs ». Les dommages-intérêts accordés à l’Union syndicale de l’intérim CGT, de l’Union départementale des syndicats CGT de la Manche et de la Fédération nationale CGT des salariés de la construction, du bois et de l’ameublement, sont relatifs aux condamnations des sociétés Atlanco Limited, Bouygues TP et Welbond Armatures pour le travail dissimulé, le prêt illicite de main-d’œuvre, à l’exclusion du marchandage. Les juges d’appel ont également déclaré la société Elco Construct seule responsable du préjudice subi par l’union départementale des syndicats CGT de la Manche et la Fédération nationale CGT des salariés de la construction, du bois et de l’ameublement pour travail dissimulé.

75 L’avocat général avait requis 50 000 euros d’amende : Isabelle Rey-Lefebvre, *Condamné pour travail dissimulé, Bouygues n’est pas écarté des appels d’offres*, publié le 21 mars 2017 à 9 h 30, *Le Monde*, préc.

76 Myriam Chauvot, *Ouvriers détachés de Flamanville : amende confirmée pour Bouygues en appel*, publié le 20 mars 2017 à 19 h 29, *Les échos*, préc.

77 Mediapart et Dan Israel, *Bouygues définitivement condamné pour le chantier de l’EPR Flamanville*, 14/01/2021, *Mediapart*, préc.

78 Bulletin officiel des annonces de marchés publics (BOAMP) : <https://www.boamp.fr/Espace-entreprises/Comment-repondre-a-un-marche-public/Questions-de-reglementation/Avant-de-repondre-a-un-marche-public/Existe-t-il-des-interdictions-de-candidater-a-un-marche-public>.

Enfin, les constitutions de parties civiles du syndicat professionnel Prism'emploi et de 49 travailleurs polonais ont été déclarées recevables et bien-fondées au motif qu'elles « ont bien subi un préjudice découlant directement des infractions commises par les sociétés *Atlenco Limited, Bouygues... et Wëlbond Armatures*. Ce préjudice s'analyse en une concurrence déloyale aux entreprises de travail temporaire de France (dont le syndicat défend les intérêts) et en une soumission à une situation de travail irrégulière, voire clandestine, pour les travailleurs avec toutes les conséquences en découlant (sur l'indemnisation du travail, la couverture sociale, la précarité dont le départ précité du chantier est la parfaite illustration)⁷⁹ ».

28. En guise de conclusion, il est important de relever les propos de certains commentateurs sous l'article publié par le journal *Médiapart*⁸⁰, qui s'interrogent ou regrettent à juste titre l'absence du délit de travail forcé, forme d'esclavage moderne, dans les chefs de prévention retenus dans cette affaire.

La Convention des Nations Unies du 25 septembre 1926, relative à l'esclavage définit dans son article 1-1° l'esclavage en ces termes : « L'esclavage est l'état ou condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux ». Cette définition est reprise par l'article 224-1 A du Code pénal : « La réduction en esclavage est le fait d'exercer à l'encontre d'une personne l'un des attributs du droit de propriété »⁸¹. Plus particulièrement, le travail forcé ou obligatoire saisi par l'article 2 de la Convention (n° 29) sur le travail forcé de l'Organisation internationale du travail (OIT), 1930, est « tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré ». Le travail forcé ou obligatoire consiste, selon l'article 224-1 B du code pénal, en « l'exploitation d'une personne réduite en esclavage est le fait de commettre à l'encontre d'une personne dont la réduction en esclavage est apparente ou connue de l'auteur une agression sexuelle, de la séquestrer ou de la soumettre à du travail forcé ou du service forcé ». L'OIT précise les éléments constitutifs du délit de travail forcé qui « se distingue de simples condi-

79 Sur l'action syndicale, voir par exemple : Harold Kobina GABA, *L'action civile collective (les exemples des syndicats de salariés, des associations familiales et de consommateurs)*, Thèse de doctorat, Droit privé, Lille 2, 1997, dact., 692 f° ; Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1999, 685 p. ; H. K. GABA, *Action syndicale : concurrence ou complémentarité avec les prérogatives des institutions représentatives du personnel et les droits individuels*, JSL, n° 327, du 3 janvier 2013, pp. 4-9.

80 *Mediapart et Dan Israel, Bouygues définitivement condamné pour le chantier de l'EPR Flamanville*, 14/01/2021, *Mediapart*, préc.

81 ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport d'information déposé par la mission d'information commune sur les diverses formes de l'esclavage moderne (Présidente : Mme Christine LAZERGES, Rapporteur : M. Alain VIDALIES), n° 3459, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 décembre 2001 ; SÉNAT, Rapport d'information n° 448 (2015-2016) de Mmes Corinne BOUCHOUX, Hélène CONWAY-MOURET, Joëlle GARRIAUD-MAYLAM, Brigitte GONTHIER-MAURIN, Chantal JOUANNO et Mireille JOUVE, fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les femmes et les mineur-e-s victimes de la traite des êtres humains, Enregistré à la Présidence du Sénat le 9 mars 2016 ; Laurent d'Ancona, *Les « damnés de la terre » : fraudes sociales, ouvriers « en esclavage »... le procès qui fait trembler Terra Fecundis*, lundi 08/06/2020 à 13 h 42, mis à jour le 09/06/2020 à 15 h 7 : <https://www.laprovence.com/article/edition-marseille/6010626/une-main-doeuvre-vulnerable-au-coeur-dun-business-en-or.html>.

tions de travail d'exploitation ou qui ne respectent pas les normes. Divers indicateurs peuvent être utilisés pour établir quand une situation relève du travail forcé, notamment les restrictions à la liberté de mouvement des travailleurs, la confiscation des salaires ou des documents d'identité, les violences physiques ou sexuelles, les menaces ou l'intimidation, ou les dettes imposées de manière frauduleuse, auxquelles les travailleurs ne peuvent échapper »⁸².

82 OIT : <https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/definition/lang—fr/index.htm>.

Selon la Cour européenne des des droits de l'Homme (CEDH) la notion de « servitude » en tant qu'une « forme de négation de la liberté, particulièrement grave » et « telle qu'entendue par la Convention (art. 4 intitulé "Interdiction de l'esclavage et du travail forcé", NDLR) s'analyse en une obligation de prêter ses services sous l'empire de la contrainte et qu'elle est à mettre en lien avec la notion d'"esclavage" qui la précède » : CEDH, 2^e section, Requête n° 73316/01, 26 juillet 2005, définitif le 26/10/2005, affaire Siliadin c. France, nos 123 à 129 : en l'espèce, la requérante, une ressortissante togolaise mineure et en situation irrégulière à l'époque des faits, fut durant plusieurs années à compter de 1994 la domestique non rémunérée d'un couple de particuliers qui la faisaient travailler sept jours par semaine et lui avaient confisqué son passeport. La Cour conclut que la requérante, mineure à l'époque des faits, a été tenue en état de servitude au sens de l'article 4 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ;

CEDH, 5^e section, Requête n° 67724/09, 11 octobre 2012, définitif le 11/01/2013, affaire C.N. et V. c. France : Absence d'un cadre législatif et administratif permettant de lutter efficacement contre la servitude et le travail forcé : « Le travail forcé ou obligatoire au sens de l'article 4 § 2 désigne un travail exigé sous la menace d'une peine quelconque et, de plus, contraire à la volonté de l'intéressé, pour lequel celui-ci ne s'est pas offert de son plein gré. Toutefois, il convient de prendre en compte, notamment, la nature et le volume de l'activité en cause. Ces circonstances permettent de distinguer un "travail forcé" de ce qui relève de travaux qui peuvent raisonnablement être exigés au titre de l'entraide familiale ou de la cohabitation. En l'espèce, la première requérante a été forcée de fournir un travail d'une telle importance que, sans son aide, les époux auraient dû avoir recours à une employée de maison professionnelle et donc rémunérée. En outre, si la "peine" peut aller jusqu'à la violence ou la contrainte physique, elle peut également revêtir une forme plus subtile, d'ordre psychologique, telle que la dénonciation de travailleurs en situation illégale à la police ou aux services d'immigration ».

CEDH, 1^{re} section, Requête n° 21884/15, 30 mars 2017, Chowdury et autres c. Grèce, violation de l'article 4 § 2 en raison du manquement de l'État défendeur de remplir ses obligations positives résultant de cette disposition, à savoir, les obligations de prévenir la situation litigieuse de traite des êtres humains, de protéger les victimes, d'enquêter efficacement sur les infractions commises et de sanctionner les responsables de la traite : « Lesrequérants, des migrants bangladais vivant en Grèce sans permis de travail, furent recrutés à différentes dates entre octobre 2012 et février 2013 à Athènes et dans d'autres localités pour travailler dans la plus grande exploitation de fraises delà région, à Manolada, un village de 2000 habitants situé dans le district régional d'Iliia, dans le Péloponnèse de l'Ouest. Dans la région, plusieurs unités de production, de différentes tailles, sont spécialisées dans la culture intensive des fraises. La production locale, qui couvre 90 % du marché grec, est destinée à 70 % à l'exportation. La plupart des ouvriers sont des migrants en situation irrégulière provenant du Pakistan et du Bangladesh. Certains sont employés dans les exploitations de manière permanente, d'autres sont saisonniers. À la tête de l'unité de production en cause se trouvaient T.A. et N.V., les employeurs des requérants. Ceux-ci faisaient partie d'un total de cent cinquante ouvriers répartis en trois équipes, dont chacune était dirigée par un ressortissant bangladais qui rendait des comptes à T.A. Les ouvriers s'étaient vu promettre 22 euros (EUR) de salaire pour sept heures de travail et 3 EUR par heure supplémentaire, moins 3 EUR par jour pour la nourriture. Ils travaillaient dans des serres de 7 heures à 19 heures, tous les jours, cueillant des fraises sous le contrôle de gardes armés à la solde de T.A. Ils vivaient dans des huttes de fortune faites de carton, de nylon et de bambou, dépourvues de toilettes et d'eau courante. Selon leurs dires, leurs employeurs les avaient avertis qu'ils ne leur verseraient leurs salaires que s'ils continuaient à travailler pour eux. (...) Craignant de ne pas être payés, cent à cent cinquante ouvriers recrutés pour la saison 2012-2013, qui travaillaient dans les champs, se dirigèrent vers les deux employeurs, qui étaient présents, et demandèrent leurs salaires impayés. Un des gardes armés ouvrit alors le feu contre les ouvriers, blessant grièvement trente d'entre eux, parmi lesquels vingt et un des requérants... » ;

CEDH, Guide sur l'article 4 de la Convention européenne des droits de l'Homme, Interdiction de l'esclavage et du travail forcé, mis à jour au 30 avril 2020 : https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_FRA.pdf.

Appliquées aux faits de la cause, ces définitions permettent de retenir ce délit pour le moins aux cas suivants :

- « Les salariés employés par la société Atlanco présents sur le chantier ne possédaient ni contrats de missions ni formulaire E101 E102 ou A1 en cours de validité (...) »⁸³ ;
- Les ouvriers roumains et polonais ne disposaient d'aucune protection sociale, une majorité d'entre eux ne bénéficiaient pas de congés payés et certains n'ont obtenu aucun bulletin de paie ;
- Les travailleurs roumains, outre leur situation de travail irrégulière, se sont vu confisquer leurs pièces d'identité qui étaient conservées dans une boîte à chaussures par un de leurs encadrants. Ils faisaient la queue une fois par mois devant un bungalow du camping pour être payés en liquide ;
- Concernant les travailleurs polonais, entre 2009 et 2011, plusieurs d'entre eux se sont blessés, et ont été renvoyés immédiatement dans leur pays, où ils ont découvert ne pas avoir droit à des soins gratuits : ils devaient avancer les frais et en demander le remboursement à Chypre⁸⁴.

La cour d'appel relate particulièrement *“l'histoire d'un ouvrier roumain qui, blessé sérieusement sur le chantier – il subira une intervention chirurgicale – dans l'après-midi du 16 janvier 2021, ne sera pris en charge, grâce à l'intervention d'une amie française, que dans la nuit”*.

En retenant ce type d'infraction, serait-ce trop infamant notamment pour la Société Bouygues au regard de *“son image, réclamée, de vitrine technologique française”* ?

Il faut sauver le soldat Bouygues !

Le Havre, le 18 août 2021

83 Caen, chambre sociale, section 1, 26 juillet 2018, RG 16/01562 : https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/ca_caen_salarie_cp_260718.pdf.

84 Myriam Chauvot, Ouvriers détachés de Flamanville : amende confirmée pour Bouygues en appel, publié le 20 mars 2017 à 19 h 29 : Les échos, préc. ; Mediapart et Dan Israel, Bouygues définitivement condamné pour le chantier de l'EPR Flamanville, 14/01/2021, Mediapart, préc. ; L'EXPRESS.fr, Un ouvrier polonais licencié de l'EPR à Flamanville saisit les Prud'hommes, publié le 07/07/2011 à 19:58, mis à jour à 19:58 : https://www.lexpress.fr/actualites/1/societe/un-ouvrier-polonais-licencie-de-l-epr-a-flamanville-saisit-les-prud-hommes_1010334.html : « Le Polonais qui a saisi les Prud'hommes à Cherbourg a été licencié avant la rupture du contrat entre Bouygues et Atlanco. Selon la CGT, son licenciement a fait suite à une altercation avec un de ses supérieurs sur le chantier, alors qu'il venait de se faire soigner pour un accident du travail. Selon le syndicat, il réclame 26.000 euros qui correspondent notamment aux salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la fin de son contrat en 2012. “Quand ils sont malades, ils vont chez le médecin avec la femme du contre-maître qui règle la note et quand ils sont en arrêt maladie ils ne sont pas payés” ».