

Arrêt N° 263/13 V.
du 14 mai 2013
(Not. 30673/10/CD)

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du quatorze mai deux mille treize l'arrêt qui suit dans la cause

e n t r e :

le Ministère Public, exerçant l'action publique pour la répression des crimes et délits, **appelant**

e t :

1. **P.1.)**, né le (...) à (...) (B), demeurant à L-(...)
2. **la société SOC.3.) S.A.**, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...)

prévenus, **appelants**

FAITS :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit d'un jugement rendu par défaut à l'égard de la société **SOC.1.) S.A.** et de la société **SOC.2.) S.A.** et contradictoirement à l'égard des autres prévenus par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 18^e chambre correctionnelle, le 10 juillet 2012, sous le numéro 2494/12, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

« Vu le procès-verbal n° ECO_ETA_IT_10_00041_01 du 13 décembre 2010 établi par l'Administration des Douanes et Accises, Division A.S.C. A.B., cellule de coopération Douanes-ITM.

Vu le rapport du 10 janvier 2011 dressé par l'Inspection du Travail et des Mines (ITM).

Vu la citation à prévenus du 3 mai 2012 (Not. 30673/10/CD) régulièrement notifiée à **P.1.)**, à la société **SOC.1.)** S.A. anciennement société **SOC.1'.)** S.A., à la société **SOC.2.)** S.A. anciennement la société **SOC.2'.)** S.A., et à la société **SOC.3.)** S.A..

La société **SOC.1.)** S.A., anciennement société **SOC.1'.)** S.A., et la société **SOC.2.)** S.A., anciennement la société **SOC.2'.)** S.A., bien que dûment citées, n'ont pas comparu à l'audience du 21 juin 2012. Il y a partant lieu de statuer par défaut à leur égard.

A l'audience du 21 juin 2012, Maître Isabelle GIRAULT se présenta et déclara représenter la société **SOC.3.)** S.A.. En application de l'article 185 (1) alinéa 3 du Code d'Instruction criminelle, un avocat peut présenter les moyens de défense du prévenu lorsque ce dernier ne comparait pas en personne, et il sera jugé par jugement contradictoire à l'égard du prévenu.

En Fait

Le 13 mars 2010, un reportage sur le portage salarial est diffusé sur la chaîne télévisée (...) dans lequel **P.1.)** déclare que les trois sociétés **SOC.1'.)** S.A., **SOC.2'.)** S.A. et **SOC.3.)** S.A. exercent au Grand-Duché de Luxembourg l'activité de portage salarial.

Suite à ce reportage, l'ITM décide de procéder au contrôle des sociétés **SOC.1'.)** S.A., **SOC.2'.)** S.A. et **SOC.3.)** S.A..

Il résulte du dossier répressif que **P.1.)** était jusqu'au 16 novembre 2010 administrateur des trois sociétés précitées.

Il ressort encore du dossier répressif que la société **SOC.1'.)** S.A. avait pour objet social la prestation de services se rapportant au conseil de gestion et d'organisation d'entreprises. L'objet social de la société **SOC.2'.)** S.A. était la réalisation d'études d'engineering portant sur les domaines techniques tels que génie civil, la chimie, la mécanique, l'électricité, l'informatique ainsi que sur les domaines de gestion tels que le marketing, la vente et la formation.

La société **SOC.3.)** S.A. avait pour objet social le commerce de matériel et de logiciels informatiques ainsi que toutes prestations informatiques.

L'enquête de l'ITM, effectuée en coopération avec l'Administration des Douanes et Accises, a révélé que l'activité des trois sociétés consistait cependant à recruter du personnel, domicilié pour la majorité à l'étranger, et à l'affecter par la suite auprès de clients, également principalement localisés à l'étranger, afin d'y réaliser des missions de durée variable.

Les missions étaient par la suite facturées par les trois sociétés aux divers clients.

L'ITM constate que la société **SOC.1'.)** S.A. occupait ainsi 7 salariés, la société **SOC.2'.)** S.A. occupait 5 salariés et la société **SOC.3.)** S.A. occupait 4 salariés.

Aucun des contrats de travail ne mentionnait le lieu de travail des salariés.

L'enquête a encore révélé qu'aucun des 16 salariés concernés ne travaillait au siège de la société avec laquelle ils étaient liés par un contrat de travail.

Interrogé le 8 décembre 2010 par les agents de l'Administration des Douanes et Accises, **P.1.)** déclare que « *le personnel engagé par les sociétés exerce leur service pour des clients externes* ».

L'enquête a encore permis de révéler que les sociétés **SOC.1'.)** S.A., **SOC.2'.)** S.A. et **SOC.3.)** S.A. ne tenaient pas de registre spécial relatif à la durée du travail, ni un livre sur le congé légal tel que requis

par le Code du Travail et qu'aucun des salariés de ces sociétés ne disposait d'un certificat d'aptitude médicale valable.

En Droit

P.1.)

Le Ministère Public reproche sub 1) à **P.1.)** d'avoir, en sa qualité de dirigeant responsable des sociétés **SOC.1'.)** S.A., **SOC.2'.)** S.A. et **SOC.3.)** S.A., depuis le 1^{er} janvier 2007 jusqu'au 16 novembre 2010, au siège social de ces sociétés sis à L-(...), et depuis le 26 novembre 2009 à L-(...), à titre principal enfreint les articles L. 133-1 et L. 134-3 du Code du Travail en ayant mis les salariés énumérés dans la citation à prévenu, engagés dans le cadre d'un contrat de travail, à disposition de tiers qui ont utilisé ces salariés et qui ont exercé sur ceux-ci une part de l'autorité administrative et hiérarchique réservée normalement à l'employeur.

A titre subsidiaire le Parquet reproche à **P.1.)** d'avoir enfreint les articles L. 131-2 et L. 134-3 (1) 2. a) du Code du Travail, en exerçant l'activité d'entrepreneur de travail intérimaire sans être titulaire de l'autorisation requise.

Finalement, il est reproché sub 2), 3) et 4) à **P.1.)** d'avoir, en sa qualité de dirigeant responsable des sociétés **SOC.1'.)** S.A., **SOC.2'.)** S.A. et **SOC.3.)** S.A., depuis le 20 décembre 2006 jusqu'au 16 novembre 2010, contrevenu aux articles L. 326-1, L. 327-2 1., L. 233-17, L. 233-20 et L. 211-29 du Code du Travail.

P.1.) était administrateur de la **SOC.1'.)** S.A. depuis le 15 janvier 2003. Il était administrateur de la société **SOC.2'.)** S.A. depuis le 27 janvier 2004 et de la société **SOC.3.)** S.A. depuis le 15 novembre 2006.

Infraction aux articles L. 133-1 et L. 134-3 (1) 1. du Code du Travail

A l'audience, **P.1.)** conteste les infractions lui reprochées sub 1) principalement, à savoir d'avoir mis illégalement à disposition de tiers de la main-d'œuvre.

Maître Isabelle GIRAULT, mandataire de **P.1.)**, plaide que son mandant ne pourrait être condamné en l'espèce en application du principe « Nulla poena sine lege ».

Maître Isabelle GIRAULT explique qu'en l'occurrence le législateur luxembourgeois n'aurait pas interdit l'activité du portage salarial, de sorte que cette activité serait donc légale et que **P.1.)** ne pourrait pas être poursuivi pour un fait qui n'est pas incriminé.

Le Tribunal renvoie cependant à cet égard à l'article L. 133-1 du Code du Travail lequel dispose ce qui suit :

« Est interdite l'activité exercée en dehors des règles visées aux chapitres Ier et II du présent titre par un employeur qui consiste à mettre des salariés engagés dans le cadre d'un contrat de travail à la disposition de tiers qui utilisent ces salariés et qui exercent sur ceux-ci une part de l'autorité administrative et hiérarchique réservée normalement à l'employeur. »

L'article L. 134-3 (1) 1. du Code du Travail sanctionne la violation des dispositions de l'article L. 133-1 d'une amende de 500 à 10.000 euros, et, en cas de récidive, d'un emprisonnement de deux à six mois et d'une amende de 1.250 à 12.500 euros, ou d'une de ces peines seulement.

Le Tribunal constate que le Code du Travail érige donc bien en infraction le fait de mettre des salariés engagés dans le cadre d'un contrat de travail à disposition de tiers qui les utilisent, si ces tiers exercent sur les salariés une part de l'autorité administrative et hiérarchique réservée normalement à l'employeur et si l'activité de mise à disposition ne tombe pas sous l'application des règles régissant le travail intérimaire ou le prêt temporaire de main d'œuvre.

Il résulte de l'article L. 133-1 du Code du Travail que les éléments constitutifs suivants doivent être réunis :

- a) une mise à disposition à un tiers
- b) de salariés engagés dans le cadre d'un contrat de travail
- c) et l'exercice par le tiers d'une part de l'autorité administrative et hiérarchique réservée normalement à l'employeur
- d) activité autre que le travail intérimaire ou le prêt temporaire de main d'œuvre.

Ad a) Le Tribunal constate qu'il ressort du dossier répressif et des aveux de **P.1.)** qu'il a mis les personnes énumérées dans la citation à prévenu à disposition de sociétés tierces exerçant leur activité au Luxembourg ou à l'étranger.

Ad b) Il est constant en cause que toutes les personnes énumérées dans la citation à prévenu étaient liées par un contrat de travail soit à la société **SOC.1'.)** S.A., soit à la société **SOC.2'.)** S.A., soit à la société **SOC.3.)** S.A., sociétés dont **P.1.)** était administrateur.

Ces personnes sont partant à considérer comme salarié au sens de l'article L. 133-1 du Code du Travail.

Ad c) A l'audience, Maître Isabelle GIRAULT plaide que le Ministère Public ne rapporterait pas la preuve que les sociétés tierces pour lesquelles les salariés des sociétés **SOC.1'.)** S.A., **SOC.2'.)** S.A. et **SOC.3.)** S.A. ont presté des services aient exercé à leur encontre l'autorité administrative et hiérarchique réservée normalement à l'employeur.

Maître Isabelle GIRAULT soutient que l'article L. 133-1 du Code du Travail vise l'hypothèse où le lien de subordination est transféré à un tiers, ce qui n'est pas prouvé en l'espèce.

Le représentant du Parquet déclare à l'audience que cet élément serait à suffisance prouvé au motif qu'il serait établi et non contesté par le prévenu qu'il n'existerait pas de lien de subordination entre les sociétés **SOC.1'.)** S.A., **SOC.2'.)** S.A. et **SOC.3.)** S.A. et ses salariés.

Or, selon le représentant du Parquet, tout salarié est lié par un lien de subordination à son employeur, de sorte qu'en l'espèce le lien de subordination devait donc exister entre les sociétés utilisatrices et les salariés à défaut d'un lien de subordination entre les sociétés **SOC.1'.)** S.A., **SOC.2'.)** S.A. et **SOC.3.)** S.A. et ses salariés, respectivement leur administrateur **P.1.)**.

Le Tribunal constate qu'il ne ressort pas des déclarations de **P.1.)** faites devant les agents de la douane le 8 décembre 2010, ni de ses déclarations faites à l'audience qu'il admettrait qu'il n'y avait pas de lien de subordination entre lui et ses salariés.

Maître Isabelle GIRAULT plaide bien au contraire à l'audience du 27 juin 2012 qu'il y aurait bien eu un rapport hiérarchique entre **P.1.)** et ses salariés par le biais même des contrats de travail.

Maître Isabelle GIRAULT déduit de la responsabilité contractuelle de **P.1.)** envers ses salariés l'existence d'un lien de subordination.

Il y a subordination lorsque l'employeur a sur la personne qui prête ses services, une autorité qui lui permet de déterminer l'objet des prestations fournies, le temps et le lieu où elles seront fournies, ce qui implique la surveillance nécessaire pour contrôler l'exécution des instructions (COLENS, Le contrat d'emploi, édition 1973, No 6).

Le lien de subordination, critère essentiel du contrat de travail qui permet de le distinguer d'autres contrats, tel que le contrat d'entreprise, est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements d'un subordonné. Il n'exige cependant pas que l'employeur exerce sur le salarié une direction étroite et permanente, mais il suffit que le premier ait le droit de donner au second des instructions pour l'organisation et l'exécution du travail convenu (C.A. n°32887 du 27 novembre 2008).

C'est à juste titre que les premiers juges ont dit que dans le cadre de l'élément de subordination juridique, il y a lieu de s'attacher surtout aux conditions d'exécution du travail englobant plus

spécialement le lieu de travail, les horaires de travail, ainsi que sa direction et son contrôle (C.A. n°33835 du 15 juillet 2010).

Le Tribunal retient partant que le lien de subordination ne se définit donc nullement par la responsabilité contractuelle que l'employeur a envers son salarié mais il se définit par son pouvoir de direction et de contrôle sur le salarié.

La subordination juridique n'exige pas des critères rigides et immuables, et le degré de contrôle et de direction de l'employeur s'examine notamment par rapport à la nature du travail exécuté. Il y a aussi lieu de s'attacher aux conditions d'exécution du travail englobant plus spécialement le lieu de travail, les horaires de travail, son exclusivité et ainsi que sa direction et son contrôle (Cour 26 mars 1998, P. 31. 19).

Il y a lien de subordination suffisant du moment que l'employeur règle le travail du préposé en obligeant celui-ci à exercer sa tâche dans un lieu précis, à des heures et dans des conditions spécifiées. La jurisprudence récente a tendance à assouplir le critère de la subordination juridique et à reconnaître le caractère de contrat de travail à des conventions dans lesquelles l'immixtion de l'employeur dans le déroulement des travaux n'est pas primordiale (Trib. Trav. du 1 mars 1991 n° 906 W. c/T.C.G.).

Le Tribunal constate que les différents contrats de travail signés en l'espèce par **P.1.)** au nom des sociétés **SOC.1'.) S.A.**, **SOC.2'.) S.A.** et **SOC.3.) S.A.** avec les personnes énumérées dans la citation à prévenu ne stipulent ni le lieu de travail du salarié, ni la nature de l'emploi.

P.1.) déclare également à l'audience que les salariés fixaient eux-mêmes leur congé.

Il ressort encore du dossier répressif et des aveux de **P.1.)** à l'audience que le « futur salarié » recherchait lui-même une mission de travail et négociait lui-même les conditions de son accomplissement.

Par la suite seulement, le « futur salarié » s'adressait aux sociétés **SOC.1'.) S.A.**, **SOC.2'.) S.A.** et **SOC.3.) S.A.** pour conclure un contrat de travail avec ces sociétés lui permettant d'exécuter les missions négociées avec la société utilisatrice.

Il découle de ce qui précède que c'est bien la société utilisatrice, donc le tiers qui fixe les conditions de travail du salarié, à savoir le lieu de travail, la rémunération, la durée du contrat et les devoirs à accomplir.

Le Tribunal retient partant qu'il est à suffisance établi en l'espèce qu'une part de l'autorité administrative et hiérarchique réservée normalement à l'employeur était exercée par les sociétés utilisatrices des salariés étant sous contrat de travail auprès des sociétés **SOC.1'.) S.A.**, **SOC.2'.) S.A.** et **SOC.3.) S.A.**.

Ad d) Le Ministère Public de même que la défense s'accordent pour dire qu'en l'espèce l'activité exercée par **P.1.)** et ses sociétés ne tombent pas sous la qualification de travail intérimaire ni de prêt temporaire de main d'œuvre.

L'article L.131-1 du Code du Travail définit l'entrepreneur de travail intérimaire comme étant toute personne, physique ou morale, dont l'activité commerciale consiste à embaucher et à rémunérer des salariés en vue de les mettre à la disposition provisoire d'utilisateurs pour l'accomplissement d'une tâche précise et non durable, dénommée «mission», autorisée par ou en vertu de l'article L. 122-1.

Le Tribunal constate qu'en l'espèce qu'aucune des trois sociétés **SOC.1'.) S.A.**, **SOC.2'.) S.A.** et **SOC.3.) S.A.** n'a comme objet social le travail intérimaire et que par ailleurs aucune de ces trois sociétés ne dispose de l'autorisation préalable du Ministre requise par l'article L. 131-2 du Code du Travail.

P.1.) confirme lui-même qu'aucune de ces sociétés n'exerce l'activité de travail intérimaire.

L'article L. 132-1 (1) du Code du Travail prévoit que « *les employeurs autres que les entrepreneurs de travail intérimaire visés à l'article L. 131-1 peuvent être autorisés par le ministre ayant le Travail dans ses attributions, après avis de l'Agence pour le développement de l'emploi, pour une durée qu'il détermine, à mettre leurs salariés à la disposition provisoire d'autres employeurs, en cas:*

- de menace de licenciement ou de sous-emploi;
- d'exécution d'un travail occasionnel dans la mesure où l'entreprise utilisatrice n'est pas à même d'y répondre par l'embauche de personnel permanent, à condition que cette mise à disposition concerne des entreprises «d'un même secteur d'activités»;
- de restructuration au sein d'un groupe d'entreprises;
- dans le cadre d'un plan de maintien dans l'emploi au sens de l'article L. 513-3, homologué par le ministre ayant l'Emploi dans ses attributions. »

Le prêt de main d'œuvre se distingue du travail intérimaire par le fait de détacher auprès d'une autre entreprise un salarié travaillant habituellement dans l'entreprise de son employeur en vue d'y travailler momentanément et ce dans des cas de figure limitativement énumérés par le législateur.

Le Tribunal constate qu'en l'espèce aucune des sociétés gérées par **P.1.)** n'étaient dans l'un des cas de figure prévus à l'article L. 132-1 (1).

Au vu des développements qui précèdent, le Tribunal retient que l'activité exercée par **P.1.)** en sa qualité de dirigeant de droit des sociétés **SOC.1'.) S.A.**, **SOC.2'.) S.A.** et **SOC.3.) S.A.** ne tombe pas sous l'application de la réglementation relative au travail intérimaire et au prêt temporaire de main d'œuvre.

Tous les éléments constitutifs de l'infraction à l'article L. 133-1 du Code du Travail, sanctionné par l'article L. 134-3 (1) 1., étant établis, l'infraction libellée sub 1) principalement à charge de **P.1.)** est à retenir.

Infractions à l'article L.326-1 du Code du Travail

Il est reproché sub 2) à **P.1.)** d'avoir, depuis le 20 décembre 2006 jusqu'au 16 novembre 2010, enfreint l'article L. 326-1, sanctionné par l'article L.327-2 du Code du Travail, en ne soumettant pas les salariés énumérés dans la citation à prévenu des sociétés **SOC.1'.) S.A.**, **SOC.2'.) S.A.** et **SOC.3.) S.A.** à un examen médical d'embauche.

P.1.) ne conteste pas la matérialité des faits mais explique qu'il ignorait qu'il devait lui-même prendre l'initiative d'envoyer ses salariés au contrôle médical.

Maître Isabelle GIRAULT plaide encore que son mandant n'aurait pas eu l'intention de commettre cette infraction et qu'à défaut d'élément intentionnel prouvé dans son chef, l'infraction ne pourrait pas être retenue à son encontre.

L'article L. 326-1 du Code du Travail prévoit que toute personne briguant un poste de travail est soumise, en vue de l'embauchage, à un examen médical fait par un médecin du travail, celui-ci pouvant intervenir, sauf pour les travailleurs de nuit et les postes à risques, dans les deux mois de l'embauchage.

Il ressort du dossier répressif et des aveux de **P.1.)** que jusqu'au 16 novembre 2010, date de sa démission comme administrateur des sociétés **SOC.1'.) S.A.**, **SOC.2'.) S.A.** et **SOC.3.) S.A.**, les salariés n'avaient pas été soumis à cet examen médical.

L'infraction à l'article L.326-1 est une infraction purement matérielle, de sorte qu'aucune intention dolosive n'est requise.

Au vu de ces développements, **P.1.)** est à retenir dans les liens de l'infraction libellée sub 2) à sa charge.

Infractions à l'article L. 233-17 du Code du Travail

Le Parquet reproche sub 3) à **P.1.)** d'avoir enfreint l'article L. 233-17 du Code du Travail en ne tenant pas de livre sur le congé légal des salariés au service des sociétés **SOC.1'.) S.A.**, **SOC.2'.) S.A.** et **SOC.3.) S.A.**.

L'article L. 233-17 du Code du Travail dispose ce qui suit : « *L'employeur est obligé de tenir livre sur le congé légal des salariés qui sont à son service. Les agents de l'Inspection du travail et des mines ont le droit d'exiger la présentation du registre ou fichier pour le contrôler.* ».

L'article L. 233-20 du Code du Travail sanctionne la violation de l'article L. 233-17 d'un emprisonnement de huit jours à un mois et d'une amende de 251 à 5.000 euros ou d'une de ces peines seulement.

Il ressort du dossier répressif que **P.1.)** n'a pas tenu de livres sur le congé légal des personnes sous contrat de travail avec les sociétés **SOC.1'.) S.A., SOC.2'.) S.A. et SOC.3.) S.A..**

P.1.) était tenu par la loi de tenir un tel livre, ce qu'il avoue ne pas avoir fait. **P.1.)**, en négligeant ses obligations légales, s'est partant rendu coupable d'infraction à l'article L. 233-17 du Code du Travail.

P.1.) est partant à retenir dans les liens de l'infraction libellée sub 2) à sa charge.

Infractions à l'article L. 211-29 du Code du Travail

Le Parquet reproche sub 4) à **P.1.)** d'avoir en violation de l'article L. 211-29 du Code du Travail omis d'inscrire sur un registre spécial ou sur un fichier toutes les prolongations de la durée normale du travail, les heures prestées les dimanches, les jours fériés légaux ou la nuit ainsi que les rétributions payées de l'un ou de l'autre de ces chefs.

A l'audience, **P.1.)** fait valoir que les personnes travaillant pour les sociétés **SOC.1'.) S.A., SOC.2'.) S.A. et SOC.3.) S.A.** n'auraient jamais effectué plus de 8 heures par jour, de sorte qu'il n'aurait pas été obligé de tenir un tel registre.

L'article L. 211-29 du Code du Travail précise que « *l'employeur est tenu d'inscrire sur un registre spécial ou sur un fichier toutes les prolongations de la durée normale du travail, les heures prestées les dimanches, les jours fériés légaux ou la nuit ainsi que les rétributions payées de l'un ou de l'autre de ces chefs. Ce registre ou fichier est à présenter à toute demande de la part des agents de l'Inspection du travail et des mines* ».

L'article L. 211-36 du même Code dispose que « *les infractions et les tentatives d'infraction aux dispositions du présent chapitre ainsi qu'à ses règlements d'exécution sont punies d'une amende de 251 à 15.000 euros* ».

La loi exige qu'un tel registre puisse être présenté aux autorités sur simple demande. La tenue d'un tel registre, même vide, a une finalité de contrôle et une finalité probatoire en ce qui concerne la réglementation sur la durée de travail. Les autorités ont également un intérêt à pouvoir contrôler dans les livres de l'employeur qu'aucune heure supplémentaire n'a été prestée.

Le prévenu ne saurait se dispenser lui-même de l'obligation de tenir un tel registre spécial au motif que ses salariés n'auraient pas effectué d'heures supplémentaires ni de travail de nuit ni de travail les dimanches et jours fériés légaux. Admettre un tel raisonnement reviendrait à faire du contrôlé son propre contrôleur (CA n°611/11 V du 20 décembre 2011).

Il est constant en cause que le prévenu n'a pas tenu de tel registre, de sorte que cette infraction est également à retenir dans son chef.

Infractions reprochées aux sociétés **SOC.1.) S.A. anciennement société SOC.1'.) S.A., SOC.2.) S.A. anciennement société SOC.2'.) S.A. et SOC.3.) S.A.**

Le Ministère Public reproche à la société **SOC.1.) S.A. anciennement société SOC.1'.) S.A.**, à la société **SOC.2.) S.A.**, anciennement la société **SOC.2'.) S.A.**, et à la société **SOC.3.) S.A.** d'avoir, depuis le 15 mars 2010 jusqu'au 16 novembre 2010, au siège social des sociétés, à titre principal enfreint les articles L. 133-1 du Code du Travail en ayant mis les salariés énumérés dans la citation à prévenu, engagés dans le cadre d'un contrat de travail, à disposition de tiers qui ont utilisé ces salariés et qui ont exercé sur ceux-ci une part de l'autorité administrative et hiérarchique réservée normalement à l'employeur.

A titre subsidiaire, le Parquet reproche à la société **SOC.1.) S.A.**, anciennement société **SOC.1'.) S.A.**, à la société **SOC.2.) S.A.**, anciennement la société **SOC.2'.) S.A.** et à la société **SOC.3.) S.A.** d'avoir enfreint les articles L. 131-2 et L. 134-3 (1) 2. a) du Code du Travail, en exerçant l'activité d'entrepreneur de travail intérimaire sans être titulaire de l'autorisation requise.

Aux termes de l'article 34 du Code pénal « *Lorsqu'un crime ou un délit est commis au nom et dans l'intérêt d'une personne morale par un de ses organes légaux ou par un ou plusieurs de ses dirigeants de droit ou de fait, la personne morale peut être déclarée pénalement responsable et encourir les peines prévues par les articles 35 à 38.*

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes infractions. ».

Le crime ou le délit commis par l'organe légal ou un ou plusieurs de ses membres suffit à engager la responsabilité pénale de la personne morale s'il a été commis au nom et dans l'intérêt de cette dernière, sans qu'il soit nécessaire d'établir une faute distincte à charge de la personne morale (Avis du Conseil d'Etat du 19 janvier 2010 relatif au projet de loi n°5718, document n°5718/04, identifiant J-2009-O-1477, p.5).

Il suffit que le juge puisse acquérir la certitude que l'infraction a été commise, dans tous ses éléments, par un organe ou un représentant (Jurisclasseur Pénal, précité, No 157), pour que la personne morale puisse être déclarée coupable de cette infraction (TAL n°900/2011 du 14 mars 2011).

Le Tribunal renvoie à ces développements antérieurs et retient qu'il est en l'espèce à suffisance prouvé par les éléments du dossier répressif que **P.1.)**, en sa qualité de dirigeant de droit des sociétés **SOC.1'.) S.A., SOC.2'.) S.A. et SOC.3.) S.A.**, a enfreint l'article L. 133-1 du Code du Travail sanctionné par l'article 134-3 (1) 1. du Code du Travail, de sorte que cette infraction, qui a été commise au nom et dans l'intérêt des sociétés, est également à retenir dans le chef de ces trois sociétés.

P.1.) est partant **convaincu** par les débats menés à l'audience, ensemble les éléments du dossier répressif :

« comme auteur ayant lui-même exécuté les infractions en sa qualité de dirigeant responsable des sociétés SOC.1'.) S.A., SOC.2'.) S.A. et SOC.3.) S.A., ayant toutes leur siège à L-(...),

1) depuis le 1^{er} janvier 2007 jusqu'au 16 novembre 2010, au siège social des sociétés SOC.1'.) S.A., SOC.2'.) S.A. et SOC.3.) S.A. sis à L-(...) et, depuis le 26 novembre 2009 à L-(...),

en infraction à l'article L. 133-1 du Code du Travail sanctionné par l'article L. 134-3 (1) 1. du Code du Travail, de s'être rendu coupable d'une mise à disposition illégale de main d'œuvre par le fait d'avoir mis les salariés énumérés ci-dessous engagés dans le cadre d'un contrat de travail à la disposition de tiers qui utilisent ces salariés et exercent sur ceux-ci une part de l'autorité administrative et hiérarchique réservée normalement à l'employeur et plus précisément avoir mis à disposition :

Concernant SOC.1'.) S.A. :

- **A.), né le (...) à (...) (F), engagé suivant contrat de travail du 15 février 2007 auprès de SOC.1'.) S.A. en tant qu'attaché commercial, mis à disposition de la société SOC.4.) s.à r.l., avec siège à L-(...) suivant contrat du 1^{er} mars 2007,**
- **B.), né le (...) à (...) (B), engagé suivant contrat de travail du 18 décembre 2008 auprès de SOC.1'.) S.A. en tant que délégué commercial, mis à disposition de la société SOC.5.) S.A., avec siège à B-(...) suivant contrat du 18 décembre 2008,**
- **C.), né le (...) à (...) (B), engagé suivant contrat de travail du 29 décembre 2006 auprès de SOC.1'.) S.A. en tant que délégué commercial, mis à disposition de la société SOC.6.) S.A., avec siège à B-(...) suivant contrat du 20 décembre 2006,**
- **D.), né le (...) à (...) (BR), engagé suivant contrat de travail du 4 juillet 2007 auprès de SOC.1'.) S.A. en tant qu'économiste, mis à disposition de la société SOC.7.) S.A., avec siège à B-(...), suivant contrat du 1^{er} juillet 2007 et mis à disposition de la société SOC.8.) S.A., avec siège à P-(...) suivant contrat du 18 novembre 2009, société dans laquelle D.) a occupé la fonction de Président,**

- *E.), né le (...) à (...) (B), engagé suivant contrat de travail du 20 septembre 2007 auprès de SOC.1') S.A. en tant qu'agent commercial, mis à disposition de la société SOC.9.) , avec siège à B-(...), suivant contrat du 1^{er} septembre 2007,*
- *F.), né le (...) à (...) (B), engagé suivant contrat de travail du 31 août 2007 auprès de SOC.1') S.A. en tant que consultant en Management, mis à disposition de la société SOC.10.) SPRL, avec siège à B-(...), suivant contrat du 27 août 2007,*
- *G.), né le (...) à (...) (B), engagé suivant contrat de travail du 2 février 2009 auprès de SOC.1') S.A. en tant que consultant expert en traitement d'eau, mis à disposition de la société SOC.11.), avec siège à B-(...), suivant contrat du 20 janvier 2009,*

Concernant SOC.2') S.A. :

- *H.), né le (...) à (...) (F), engagé auprès de SOC.2') S.A., mis à disposition de la société SOC.12.) N.V., avec siège à B-(...), suivant contrat du 15 juillet 2010,*
- *I.), né le (...) à (...) (CAM), engagé suivant contrat de travail du 29 mars 2010 auprès de SOC.2') S.A. en tant que consultant, mis à disposition de la société SOC.13.) S.A., avec siège à F-(...), suivant contrat du 8 février 2010,*
- *J.), né le (...) à (...) (F), engagé suivant contrat de travail du 22 février 2010 auprès de SOC.2') S.A. en tant que consultant, mis à disposition de la société SOC.14.) SPRL, avec siège à B-(...), suivant contrat du 26 février 2010,*
- *K.), né le (...) à (...) (F), engagé suivant contrat de travail du 10 octobre 2009 auprès de SOC.2') S.A. en tant que consultant, mis à disposition de la société SOC.15.) S. à r.l., avec siège à F-(...), suivant contrat du 2 novembre,*
- *L.), né le (...) à (...) (F), engagé suivant contrat de travail du 31 août 2009, 31 mars 2010 et 28 avril 2010 auprès de SOC.2') S.A. en tant que consultant, mis à disposition notamment de la société SOC.16.) LTD., avec siège à UK-(...), suivant contrat du 31 août 2009 et mis à disposition de la société SOC.17.) LTD, avec siège à UK-(...) suivant contrat du 1^{er} mars 2010,*

Concernant SOC.3.) S.A. :

- *M.), né le (...) à (...) (F), engagé suivant contrat de travail du 5 août 2009 auprès de SOC.3.) S.A. en tant que IT Consultant, mis à disposition de la société SOC.18.) B.V. avec siège social à (...), Pays-Bas, (...) suivant contrats du 17 août 2009, du 1^{er} décembre 2009 et du 4 février 2010 et ensuite mis à disposition de la société SOC.19.) avec siège social à (...), Pays-Bas, (...) suivant contrat du 18 juin 2010,*
- *N.), né le (...) à (...) (F), engagé suivant contrat de travail du 23 juillet 2009 auprès de SOC.3.) S.A. en tant qu'ingénieur, mis à disposition de la société SOC.20.) S.A. avec siège social à B-(...) suivant contrat du 1^{er} juillet 2009,*
- *O.), né le (...) à (...) (F), engagé suivant contrat de travail du 25 juin 2009 auprès de SOC.3.) S.A. en tant que consultant, mis à disposition de la société SOC.21.) AG avec siège social à CH-(...) suivant contrat du 5 juin 2009,*
- *P.), né le (...) à (...) (F), engagé suivant contrat de travail du 20 février 2009 auprès de SOC.3.) S.A. en tant que Project Manager, mis à disposition de la société SOC.22.) GmbH avec siège social à (...) suivant contrats du 23 mars 2009, du 1^{er} octobre 2009 et du 30 mars 2010,*

2) depuis le 20 décembre 2006 jusqu'au 16 novembre 2010 au siège social des sociétés SOC.1') S.A., SOC.2') S.A. et SOC.3.) S.A. sis à L-(...) et, depuis le 26 novembre 2009 à L-(...),

en infraction à l'article L. 326-1 du Code du Travail sanctionné par l'article L. 327-2 1. du Code du Travail, d'avoir occupé les salariés tels qu'énumérés sub 1) sans que ces derniers se soient soumis à un des examens médicaux prévus par la loi,

3) depuis le 20 décembre 2006 jusqu'au 16 novembre 2010,

en infraction à l'article L. 233-17 du Code du Travail sanctionné par l'article L. 233-20 du Code du Travail, de ne pas avoir tenu un livre sur le congé légal des salariés qui sont au service de la société,

4) depuis le 20 décembre 2006 jusqu'au 16 novembre 2010,

en infraction à l'article L. 211-29 du Code du Travail sanctionné par l'article L. 211-36 du Code du Travail, de ne pas avoir tenu de registre ou de fichier contenant toutes les prolongations de la durée normale de travail, les heures prestées les dimanches, les jours fériés légaux ou la nuit ainsi que les rétributions payées de l'un ou de l'autre de ces chefs. »

La société **SOC.1.)** S.A., anciennement société **SOC.1')** S.A., est convaincue par les débats menés à l'audience, ensemble les éléments du dossier répressif:

« comme auteur ayant elle-même commis les infractions,

depuis le 15 mars 2010 et jusqu'au 16 novembre 2010 au siège social de la société,

en infraction à l'article L. 133-1 du Code du Travail sanctionné par l'article L. 134-3 (1) 1. du Code du Travail, de s'être rendu coupable d'une mise à disposition illégale de main d'œuvre par le fait d'avoir mis les salariés suivants engagés dans le cadre d'un contrat de travail à la disposition de tiers qui utilisent ces salariés et exercent sur ceux-ci une part de l'autorité administrative et hiérarchique réservée normalement à l'employeur et plus précisément avoir mis à disposition :

- **A.), né le (...) à (...) (F), engagé auprès de SOC.1') S.A. en tant qu'attaché commercial, mis à disposition de la société SOC.4.) S. à r.l., avec siège à L-(...),**
- **B.), né le (...) à (...) (B), engagé auprès de SOC.1') S.A. en tant que délégué commercial, mis à disposition de la société SOC.5.) S.A., avec siège à B-(...),**
- **C.), né le (...) à (...) (B), engagé auprès de SOC.1') S.A. en tant que délégué commercial, mis à disposition de la société SOC.6.) S.A., avec siège à B-(...),**
- **D.), né le (...) à (...) (BR), engagé auprès de SOC.1') S.A. en tant qu'économiste, mis à disposition de la société SOC.8.) S.A., avec siège à P-(...), société dans laquelle D.) a occupé la fonction de Président,**
- **E.), né le (...) à (...) (B), engagé auprès de SOC.1') S.A. en tant qu'agent commercial, mis à disposition de la société SOC.9.) , avec siège à B-(...),**
- **F.), né le (...) à (...) (B), engagé auprès de SOC.1') S.A. en tant que consultant en Management, mis à disposition de la société SOC.10.) SPRL, avec siège à B-(...), suivant contrat du 27 août 2007,**
- **G.), né le (...) à (...) (B), engagé auprès de SOC.1') S.A. en tant que consultant expert en traitement d'eau, mis à disposition de la société SOC.11.), avec siège à B-(...). »**

La société **SOC.2.)** S.A., anciennement société **SOC.2')** S.A., est convaincue par les débats menés à l'audience, ensemble les éléments du dossier répressif :

« comme auteur ayant elle-même commis les infractions,

depuis le 15 mars 2010 et jusqu'au 16 novembre 2010 au siège social de la société,

en infraction à l'article L. 133-1 du Code du Travail sanctionné par l'article L. 134-3 (1) 1. du Code du Travail, de s'être rendu coupable d'une mise à disposition illégale de main d'œuvre par le fait d'avoir mis les salariés suivants engagés dans le cadre d'un contrat de travail à la disposition de tiers qui utilisent ces salariés et exercent sur ceux-ci une part de l'autorité administrative et hiérarchique réservée normalement à l'employeur et plus précisément avoir mis à disposition :

- **H.), né le (...) à (...) (F), engagé auprès de SOC.2') S.A., mis à disposition de la société SOC.12.) N.V., avec siège à B-(...),**
- **I.), né le (...) à (...) (CAM), engagé auprès de SOC.2') S.A. en tant que consultant, mis à disposition de la société SOC.13.) S.A., avec siège à F-(...),**
- **J.), né le (...) à (...) (F), engagé auprès de SOC.2') S.A. en tant que consultant, mis à disposition de la société SOC.14.) SPRL, avec siège à B-(...),**
- **K.), né le (...) à (...) (F), engagé auprès de SOC.2') S.A. en tant que consultant, mis à disposition de la société SOC.15.) S. à r.l., avec siège à F-(...),**
- **L.), né le (...) à (...) (F), engagé auprès de SOC.2') S.A. en tant que consultant, mis à disposition de la société SOC.17.) LTD, avec siège à UK-(...) notamment du 1^{er} mars 2010 au 31 mai 2010. »**

La société **SOC.3.)** S.A. est convaincue par les débats menés à l'audience, ensemble les éléments du dossier répressif:

« comme auteur ayant elle-même commis les infractions,

depuis le 15 mars 2010 et jusqu'au 16 novembre 2010 au siège social de la société,

en infraction à l'article L. 133-1 du Code du Travail sanctionné par l'article L. 134-3 (1) 1. du Code du Travail, de s'être rendu coupable d'une mise à disposition illégale de main d'œuvre par le fait d'avoir mis les salariés suivants engagés dans le cadre d'un contrat de travail à la disposition de tiers qui utilisent ces salariés et exercent sur ceux-ci une part de l'autorité administrative et hiérarchique réservée normalement à l'employeur et plus précisément avoir mis à disposition :

- **M.), né le (...) à (...) (F), engagé auprès de SOC.3.) S.A. en tant que IT Consultant mis à disposition de la société SOC.19.) avec siège social à (...), Pays-Bas, (...) suivant contrat du 18 juin 2010 notamment pour la période du 21 juin 2010 au 2 juillet 2010,**
- **N.), né le (...) à (...) (F), engagé auprès de SOC.3.) S.A. en tant qu'ingénieur, mis à disposition de la société SOC.20.) S.A. avec siège social à B-(...) suivant contrat du 1^{er} juillet 2009 notamment pour la période du 1^{er} août 2009 au 1^{er} août 2010,**
- **O.), né le (...) à (...) (F), engagé auprès de SOC.3.) S.A. en tant que consultant, mis à disposition de la société SOC.21.) AG avec siège social à CH-(...),**
- **P.), né le (...) à (...) (F), engagé auprès de SOC.3.) S.A. en tant que Project Manager, mis à disposition de la société SOC.22.) GmbH avec siège social à (...). »**

Peines

P.1.)

Les infractions retenues à charge de **P.1.)** se trouvent toutes en concours réel entre elles, de sorte qu'il y a lieu à application des dispositions de l'article 60 du Code pénal et de ne prononcer que la peine la plus forte qui pourra cependant être élevée au double du maximum sans pouvoir dépasser la somme des peines encourues.

L'article L. 134-3 (1) 1. du Code du Travail sanctionne la violation des dispositions de l'article L. 133-1 du Code du Travail d'une amende de 500 à 10.000 euros.

L'infraction retenue sub 2) à charge de **P.1.)** est punie par l'article L. 327-2 1. du Code du Travail d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de 251 à 25.000 euros ou d'une de ces peines seulement.

L'article L. 233-20 du Code du Travail sanctionne l'infraction retenue sub 3) à charge de **P.1.)**, à savoir la violation de l'article L. 233-17, d'une amende de 251 à 5.000 euros et d'un emprisonnement de huit jours à un mois ou d'une de ces peines seulement.

Aux termes de l'article L. 211-36 du Code du Travail, l'infraction retenue sub 4) à charge de **P.1.)** est sanctionnée d'une amende de 251 à 15.000 euros.

La peine la plus forte est donc celle prévue par l'article L. 327-2 1. du Code du Travail.

La gravité et de la multiplicité des infractions commises par **P.1.)** justifient sa condamnation à une amende de **20.000 euros**.

La société **SOC.1.)** S.A. anciennement société **SOC.1'.)** S.A., la société **SOC.2.)** S.A., anciennement société **SOC.2'.)** S.A., et la société **SOC.3.)** S.A.

Au vu de la multiplicité des faits retenus à charge de la société **SOC.1.)** S.A. anciennement société **SOC.1'.)** S.A., de la société **SOC.2.)** S.A. anciennement société **SOC.2'.)** S.A., et de la société **SOC.3.)** S.A., il y a lieu d'appliquer l'article 60 du Code pénal et de ne prononcer que la peine la plus forte qui pourra cependant être élevée au double du maximum sans pouvoir dépasser la somme des peines encourues.

L'article L. 134-3 (1) 1. du Code du Travail sanctionne la violation des dispositions de l'article L. 133-1 du Code du Travail d'une amende de 500 à 10.000 euros.

L'amende prévue à l'article L. 134-3 (1) 1. du Code du Travail est appliquée autant de fois qu'il y a de salariés à l'égard desquels les dispositions visées ont été violées.

Le Tribunal a retenu que la société **SOC.1.)** S.A. anciennement société **SOC.1'.)** S.A., a violé l'article L.133-1 du Code du Travail à l'égard de 7 salariés.

Au vu de la gravité et de la multiplicité des faits, le Tribunal la condamne à une amende 35.000 euros.

La société **SOC.2.)** S.A. anciennement la société **SOC.2'.)** S.A., a violé l'article L.133-1 du Code du Travail à l'égard de 5 salariés.

Au vu de la gravité et de la multiplicité des faits, le Tribunal la condamne à une amende 25.000 euros.

Finalement, la société **SOC.3.)** S.A a violé l'article L.133-1 du Code du Travail à l'égard de 4 salariés.

Au vu de la gravité et de la multiplicité des faits, le Tribunal la condamne à une amende 20.000 euros.

PAR CES MOTIFS:

le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, dix-huitième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant **par défaut** à l'égard de la société **SOC.1.)** S.A. anciennement société **SOC.1'.)** S.A., et de la société **SOC.2.)** S.A. anciennement la société **SOC.2'.)** S.A., statuant **contradictoirement**, le prévenu **P.1.)** et son mandataire entendus en leurs explications et moyens de défense, le mandataire de la société **SOC.3.)** S.A. entendu en ses moyens de défense, et le représentant du Ministère Public entendu en ses réquisitions,

P.1.)

c o n d a m n e P.1.) du chef de l'infraction retenue à sa charge à une amende de **VINGT MILLE (20.000)** euros, ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 10,86 euros,

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à QUATRE CENTS (400) jours.

La société **SOC.1.)** S.A. anciennement société **SOC.1'.)** S.A.

c o n d a m n e la société **SOC.1.)** S.A. anciennement société **SOC.1'.)** S.A., du chef de l'infraction retenue à sa charge à une amende de **TRENTE-CINQ MILLE (35.000)** euros, ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 10,86 euros,

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à SEPT CENTS (700) jours.

La société **SOC.2.)** S.A. anciennement société **SOC.2'.)** S.A.

c o n d a m n e la société **SOC.2.)** S.A., anciennement société **SOC.2'.)** S.A., du chef de l'infraction retenue à sa charge à une amende de **VINGT-CINQ MILLE (25.000)** euros, ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 10,86 euros,

La société **SOC.3.)** S.A.

c o n d a m n e la société **SOC.3.)** S.A du chef de l'infraction retenue à sa charge à une amende de **VINGT MILLE (20.000)** euros, ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 10,86 euros,

Par application des articles 14, 16, 28, 29, 30, 34, 35, 36, 60 et 66 du Code pénal, des articles 155, 179, 182, 184, 185, 189, 190, 190-1, 194, 195 et 196 du Code d'instruction criminelle ainsi que des articles L. 133-1, L. 134-3 (1) 1., L. 326-1, L. 327-2 1., L. 211-29, L. 211-36, L. 233-17 et L. 233-20 du Code du Travail dont mention a été faite.

Ainsi fait et jugé par Elisabeth CAPESIUS, vice-présidente, Elisabeth EWERT, juge, et Dilia GUEDES COIMBRA, juge-déléguée, et prononcé en audience publique du jeudi, 10 juillet 2012 au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg par Elisabeth CAPESIUS, vice-présidente, assistée de Mike SCHMIT, greffier, en présence de Bob PIRON, substitut du Procureur d'Etat, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement. ».

De ce jugement, appel fut relevé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 3 août 2012 au pénal par le mandataire des prévenus **P.1.)** et la société **SOC.3.)** S.A. et le 8 août 2012 par le représentant du ministère public, appel limité aux prévenus **P.1.)** et la société **SOC.3.)** S.A..

En vertu de ces appels et par citation du 15 novembre 2012, les prévenus furent requis de comparaître à l'audience publique du 26 février 2013 devant la Cour d'appel de Luxembourg, 5^e chambre correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

A cette audience le prévenu **P.1.)** fut entendu en ses explications et moyens de défense.

Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour, développa plus amplement les moyens de défense et d'appel des prévenus **P.1.)** et la société **SOC.3.)** S.A..

Monsieur l'avocat général Jean ENGELS, assumant les fonctions de ministère public, fut entendu en son réquisitoire.

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et en fixa le prononcé à l'audience publique du 16 avril 2013, lors de laquelle le prononcé fut remis à l'audience publique du 30 avril 2013. A cette audience le prononcé fut à nouveau remis à l'audience publique du 14 mai 2013. A cette dernière audience la Cour rendit l'**arrêt** qui suit :

Par déclaration au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 3 août 2012 **P.1.)** (ci-après **P.1.)**) et la société anonyme **SOC.3.)** S.A. ont fait relever appel au pénal d'un jugement rendu le 10 juillet 2012 par une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, décision dont la motivation et le dispositif se trouvent reproduits aux qualités du présent jugement.

Par déclaration d'appel notifiée au susdit greffe en date du 8 août 2012, le Procureur d'Etat a également relevé appel contre le prédit jugement, appel limité à **P.1.)** et à la société **SOC.3.)** S.A..

Ces appels sont recevables pour avoir été relevés dans les formes et délai de la loi.

Le prévenu **P.1.)** explique que les sociétés qu'il dirigeait pratiquaient le portage salarial qui ne tomberait pas sous l'incrimination des articles L. 133-1 du Code du Travail et L. 134-3 (1) 1. du Code du Travail. Il soutient que la convention de portage qui lie les sociétés avec les contractants ne comporte pas de lien de subordination, la société de portage se limitant à rétrocéder au « porté », sous la forme d'un salaire, l'ensemble des honoraires facturés à l'entreprise cliente, déduction faite des charges sociales salariales et patronales et des frais de gestion. Le client porté négocierait en toute indépendance les contrats avec des entreprises de son choix à laquelle il offrirait ses services, l'entreprise employant le « porté » définissant avec ce dernier les conditions de ce travail et les honoraires ou salaires. Le portage salarial serait ainsi destiné à des travailleurs, dans le cadre de l'élaboration d'un projet d'indépendance, ou à des travailleurs plus âgés voulant réduire leur temps de travail, ou encore à des travailleurs très spécialisés, qui voudraient tous disposer d'une certaine

flexibilité dans la gestion de leur travail et se voir enlever les problèmes d'ordre administratif, tels l'affiliation à un organisme de sécurité sociale, le paiement des impôts ou la déduction des frais professionnels et de gestion, tout en disposant d'un revenu régulier. Cette structure de travail existerait en France depuis un certain temps et serait tout à fait légale, de sorte qu'il serait inique qu'il en soit autrement au Grand-Duché de Luxembourg.

Quant à la prévention d'infraction à l'article L. 211-29 du Code du Travail pour avoir omis d'inscrire sur un registre spécial ou sur un fichier toutes les prolongations de la durée normale du travail, les heures prestées les dimanches, les jours fériés légaux ou la nuit ainsi que les rétributions payées de l'un ou de l'autre de ces chefs, le prévenu relève qu'en raison de la nature du contrat le liant à ses co-contractants, il lui serait impossible de connaître la durée du travail et les heures prestées aux dimanches et jours fériés dès lors qu'il n'aurait aucune influence sur les contrats du « porté » avec l'entreprise à laquelle ce dernier offre ses services.

Quant à l'examen médical exigé aux termes de l'article 326-1 du Code du Travail, le prévenu reconnaît que cet examen n'a pas été réalisé en ce qui concerne les personnes au service des sociétés qu'il dirigeait, mais il relève qu'il aurait ignoré qu'il incombe à l'employeur de faire procéder à un tel examen, pensant que l'organisme de sécurité sociale concerné interviendrait, mais en tout état de cause en l'absence d'un lien de subordination les règles du Code du Travail ne seraient pas applicables.

La défense des prévenus explique d'abord que l'activité entreprise par le prévenu **P.1.)** en qualité de dirigeant des sociétés **SOC.1.)** S.A., anciennement **SOC.1'.)** SA (ci-après **SOC.1.)** SA), la société **SOC.2.)** S.A. anciennement **SOC.2'.)** SA (ci-après **SOC.2.)** SA) et **SOC.3.)** S.A. était une activité de portage salarial, développée originellement en France, et qui ne saurait être identifiée à l'infraction au Code du Travail retenue par les juges de première instance. L'activité en question se distinguerait tant de l'activité d'entrepreneur de travail intérimaire que de celle de prêt temporaire de main d'œuvre et ce serait partant, à juste titre, que les juges de première instance auraient écarté ces qualifications dans le chef de l'activité exercée.

Par contre ce serait à tort que les juges de première instance auraient retenu l'activité en question comme étant une mise à disposition illégale de main d'œuvre au sens de l'article 133-1 du Code du Travail, sanctionnée par l'article du même code, et le mandataire du prévenu se base sur la doctrine française en la matière (L.CASAUX-LABRUNEE, Portage salarial, des travailleurs indépendants en quête de sécurité et de simplicité, Semaine juridique sociale Lamy supplément, 10.12.2007, p.47 ets.) L'activité de portage salarial ne serait pas visée par la définition de l'infraction en ce qu'il s'agirait, dans le cadre du portage salarial, de travailleurs qui seraient en réalité des indépendants cherchant eux-mêmes une activité, en free-lance, auprès d'une entreprise, mais qui, pour des raisons diverses, préféreraient le statut de salarié afin de pouvoir se concentrer sur le cœur de leur métier.

La défense des prévenus soulève ensuite l'incompétence territoriale de la juridiction répressive saisie, moyen d'ordre public qu'elle pourrait invoquer pour la première fois en instance d'appel, en faisant valoir que l'activité des travailleurs concernés s'est exclusivement déroulée à l'étranger. La seule exception serait le cas de Monsieur **A.)** qui aurait travaillé pour une entreprise

au Luxembourg, dont il serait d'ailleurs le bénéficiaire économique. En application des règles de compétence en matière pénale, dès lors que l'infraction poursuivie n'aurait pas été commise au Luxembourg et que la possibilité de l'infraction se situerait à l'étranger. La juridiction luxembourgeoise serait incompétente pour connaître des infractions reprochées aux prévenus. On trouverait le reflet de cette règle de compétence en matière de droit du travail dans l'article L.132-4- du Code du Travail selon lequel les dispositions de la législation du travail luxembourgeoise sont applicables au prêt de main-d'œuvre concernant les salariés mis à disposition d'un utilisateur exerçant son activité sur le territoire luxembourgeois. Or, cet article répondrait à la logique du droit pénal spécial en matière de droit du travail qui sanctionnerait les atteintes à l'ordre public luxembourgeois lorsque le Luxembourg serait le lieu de l'exécution du travail, le droit du travail impératif visant par ailleurs les salariés exerçant une activité sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg (article L.010-1 du Code du Travail). Lorsque l'activité professionnelle aurait lieu à l'étranger, il n'appartiendrait pas au législateur de réglementer, par le droit pénal, l'organisation des marchés du travail étrangers.

En l'espèce, il serait contesté que l'activité de portage salarial serait interdite dans l'un des pays d'affectation des travailleurs portés et même si tel était le cas, la poursuite de l'éventuelle infraction appartiendrait aux autorités de poursuite du pays concerné.

Quant au fond et quant à l'aspect matériel de l'infraction, la défense des prévenus soutient que les travailleurs portés ne sont, en réalité, pas liés par des contrats de travail, mais qu'ils sont restés des indépendants, dès lors que ni les sociétés dirigées par **P.1.**), ni les sociétés tierces n'auraient exercé une quelconque hiérarchie sur les personnes ayant travaillé pour les sociétés tierces et il n'y aurait eu aucun lien de subordination avec aucune des sociétés concernées.

Cet état des choses résulterait du rapport de l'Inspection du Travail et des Mines qui aurait indiqué dans un rapport du 10 janvier 2011 qu'il s'agit de « *professionnels autonomes, offreurs de services, qui une fois qu'ils ont trouvé un accord avec le client sur les prestations à effectuer et leurs prix, s'adressent à la structure de portage* ».

En particulier, s'agissant de Monsieur **A.**), ce dernier aurait, dans le cadre du contrat de portage salarial travaillé pour une société luxembourgeoise dont il serait le bénéficiaire économique d'où l'absence totale de lien de subordination.

Quant aux infractions de non présentation d'un salarié à l'examen médical et de défaut de tenue de livres de congé et des heures supplémentaires reprochées au prévenu **P.1.**), elles ne seraient pas données en l'absence de l'existence d'un contrat de travail. En outre et subsidiairement, le principe de territorialité du droit administratif du travail et du droit pénal du travail impliquerait que les obligations administratives imposées aux entreprises dans le domaine de la santé au travail et de la conservation des documents servant à des fins d'inspection ne s'appliquent que pour le travail effectué au Luxembourg, ce qui ne serait pas le cas des personnes en cause dans le cadre des poursuites dirigées contre **P.1.)** et la société **SOC.3.) S.A.**.

Le représentant du ministère public conclut à la compétence de la juridiction répressive saisie en faisant valoir que c'est l'activité de mise à disposition

illégale qui est incriminée par le texte de l'article L.133-1 du Code du Travail et non l'exécution de cette mise à disposition, de sorte qu'en l'espèce ce seraient bien les contrats de travail conclus au Luxembourg par le prévenu **P.1.)**, en sa qualité de dirigeant des sociétés **SOC.1.) SA** et **SOC.2.) SA** et **SOC.3.) S.A.** qui seraient en cause et la compétence territoriale des juridictions luxembourgeoises serait donnée.

Le représentant du ministère public relève ensuite qu'en ce qui concerne les préventions d'infractions à l'article L.133-1 relatives à **C.)** et à **A.)**, celles-ci sont prescrites, dès lors que plus de trois ans se seraient écoulés entre les faits en cause et le premier acte d'instruction, l'ancienne prescription triennale du Code pénal étant applicable en l'espèce.

Quant aux préventions d'infractions à l'article L. 326-1 du Code du Travail et à l'article L. 211-29 du Code du Travail pour non présentation des salariés à l'examen médical et le défaut de tenue de livres des congés et des heures supplémentaires, le représentant du ministère public se rapporte à la sagesse de la Cour d'appel dès lors que l'exécution du travail se serait faite à l'étranger, sauf en ce qui concerne **A.)**. Il donne cependant à considérer que l'on peut également analyser le contrat de travail luxembourgeois comme se greffant sur le contrat à l'étranger et décider que toutes les obligations du Code du travail luxembourgeois s'imposent à l'employeur initial.

En tout état de cause, le représentant du ministère public relève encore que ce serait à tort que les juges de première instance auraient retenu à la page 9 de leur jugement que les infractions précitées constituent des infractions purement matérielles au regard de la jurisprudence de la Cour de Cassation qui aurait retenu que la présomption de l'infraction par suite du seul constat de l'omission d'une obligation légale, tels l'examen médical précité ou la tenue de livres, peut être renversée par une cause de justification crédible (Cass. 25.2.2010, n°11/2010, n° 2734 registre, not.25574/06/CD).

Quant à la compétence territoriale de la juridiction répressive luxembourgeoise

En matière pénale toutes les règles de compétence ont un caractère d'ordre public et impératif, ce qui signifie que (...) la juridiction doit, même d'office, soulever le moyen d'incompétence, dans le silence des parties (Roger THIRY, Précis d'instruction criminelle en droit luxembourgeois, T. I, no. 362). L'incompétence territoriale peut partant être soulevée à tout niveau de la procédure et donc également pour la première fois en instance d'appel.

La compétence internationale en matière répressive des tribunaux luxembourgeois est réglée par les articles 3 et 4 du Code pénal, ainsi que par les articles 5 à 7-4 du Code d'instruction criminelle.

L'article 4 du Code pénal instaure le principe que « *l'infraction commise hors du territoire du Grand-Duché par des luxembourgeois ou par des étrangers, n'est punie, dans le Grand-Duché, que dans les cas déterminés par la loi.* » Ce principe souffre exception, d'après le Code d'instruction criminelle, dans les cas repris à l'article 5 du Code d'instruction criminelle ou pour les infractions visées aux articles 5-1 et 7 à 7-4 du Code d'instruction criminelle.

Aux termes de l'article 7-2 du Code d'instruction criminelle « *est réputée commise sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli au Grand-Duché de Luxembourg* ».

L'élément à prendre en considération comme critère de localisation est l'élément matériel, cet élément étant pris en considération tant au regard de la conduite délictueuse que du résultat produit par l'acte. Pour exemple, le délit d'abus de biens sociaux est localisé, outre au lieu du détournement, au siège social où le détournement s'est traduit dans la comptabilité de la société (Cass. Crim. 6.2.1996, Bull. crim. No. 60).

En l'espèce, c'est l'activité du prévenu **P.1.)**, en sa qualité de dirigeant des sociétés **SOC.1.) SA**, **SOC.2.) SA** et **SOC.3.) S.A.**, et de la prévenue, la société **SOC.3.) S.A.**, de mise à disposition des salariés engagés dans le cadre d'un contrat de travail conclu au Luxembourg et relevant de la compétence et de la législation luxembourgeoise qui constitue l'infraction poursuivie, de sorte que le délit visé est localisé, outre au lieu où est exécutée la mise à disposition du salarié, au lieu où est contractée cette mise à disposition, de sorte que la juridiction répressive luxembourgeoise est compétente pour connaître de la prévention d'infraction à l'article L.133-1 du Code du Travail.

Quant à la prescription

Le représentant du ministère public a soulevé la prescription de l'action publique en ce qui concerne les infractions reprochées aux prévenus concernant **C.)** et **A.)**.

S'agissant des préventions d'infractions à l'article L. 133-1 du Code du Travail, sanctionnées par l'article L. 134-3 (1) 1. du même code, libellées à charge des prévenus appelants, pour autant qu'il s'agit des faits relatifs à la mise à disposition illégale de main d'œuvre par le fait d'avoir mis **C.)**, né le (...) à (...) (B), engagé suivant contrat de travail du 29 décembre 2006 auprès de **SOC.1'.)** S.A. en tant que délégué commercial, mis à disposition de la société **SOC.6.)** S.A., avec siège à B-(...), suivant contrat du 20 décembre 2006 et des faits relatifs à la mise à disposition illégale de main d'œuvre par le fait d'avoir mis **A.)**, né le (...) à (...) (F), engagé auprès de **SOC.1'.)** S.A. en tant qu'attaché commercial, mis à disposition de la société **SOC.4.)** S. à r.l., avec siège à L-(...), par contrat du 1^{er} mars 2007, ces faits sont prescrits, dès lors que plus de trois ans se sont écoulés depuis lesdits contrats et le premier acte d'instruction intervenu en date du 7 juin 2010 (PV Administration des Douanes et Accises, Cellule de coopération Douanes-ITM, n°ECO_ETA_IT_10_00041_01, du 13.12.2010).

C'est en effet, la prescription triennale de l'article 638 du Code d'instruction criminelle, dans la teneur de cet article avant sa modification par la loi du 6 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales, compte tenu de la teneur de l'article 34 de cette loi, qui s'applique aux faits précités, la modification dudit article 34 par la loi du 24 février 2012 relative à la récidive internationale, restant en l'espèce sans incidence dès lors que la prescription de l'action publique était acquise au moment de la modification de l'article 34 de la loi du 6 octobre 2009 par la loi du 24 février 2012.

Quant au fond

Quant au fond, la Cour d'appel relève, à titre liminaire, qu'en France la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008 a créé un article L.1251-64 du Code du travail qui reconnaît le portage salarial : « *Le portage salarial est un ensemble de relations contractuelles organisées entre une entreprise de portage, une personne portée et des entreprises clientes comportant pour la personne portée le régime du salariat et la rémunération de sa prestation chez le client par l'entreprise de portage. Il garantit les droits de la personne portée sur son apport de clientèle.* » L'article 8241-1 du Code du Travail français a également été modifié pour exclure le portage salarial du délit de prêt de main d'œuvre, de sorte que les contrats de prestation conclus entre la société de portage et ses clients sont sécurisés. Le principe du portage salarial dispose que le salarié porté propose ses services à des entreprises clientes et négocie les modalités de ses interventions et que le salarié porté choisit une société de portage qui, d'une part signe un contrat avec le salarié porté et d'autre part signe un contrat avec l'entreprise cliente et enfin la société de portage rétrocède au « porté », sous la forme d'un salaire, l'ensemble des honoraires facturés à l'entreprise cliente, déduction faite des charges sociales salariales et patronales et des frais de gestion.

Au Luxembourg, le Code du Travail n'a pas réglé le portage salarial et les seules hypothèses de mise à disposition de salariés admises en droit du travail luxembourgeois sont le travail intérimaire prévu aux articles L.131-1 à L.131-21 du Code du Travail, le prêt temporaire de main d'œuvre règlementé aux articles L.132-1 à L.132-4 du même code et le détachement de salariés prévu au titre IV du Code du Travail.

Par contre, l'article L.133-1 du Code du Travail interdit l'activité exercée par un employeur, en dehors de celles précitées, qui consiste à mettre des salariés engagés dans le cadre d'un contrat de travail à la disposition de tiers qui utilisent ces salariés et qui exercent sur ceux-ci une part de l'autorité administrative et hiérarchique réservée normalement à l'employeur.

Aux fins de déterminer s'il y a eu infraction à l'article L.133-1, précité, en ce que, sous le couvert d'un contrat de louage d'ouvrage, de fournitures ou d'entreprise, les parties contractantes auraient convenu d'une mise à disposition illégale du salarié, il faut rechercher si, en fait, l'exécution des tâches s'est effectuée selon les stipulations conventionnelles telles que fixées dans ledit contrat de louage d'ouvrage, de fournitures ou d'entreprise ou si, au contraire, elle s'est faite, du moins en partie, sous l'autorité hiérarchique et administrative de la société cliente. En effet, pour être légal au sens du Code du Travail, le travail à effectuer par des salariés relevant d'employeurs différents doit procéder d'une organisation en amont dont les spécificités doivent être déterminées par les parties contractantes, étant cependant entendu que la société prestataire de services, tenue d'une obligation de résultat, doit seule s'organiser pour parvenir à cette fin. L'entreprise utilisatrice ne doit donc pas s'immiscer a priori dans la réalisation de cette mission.

Lorsque c'est à l'entreprise utilisatrice qu'incombe pour partie la définition des tâches et l'organisation du travail des salariés, l'opération est interdite au sens de l'article L.133-1 du Code du Travail. Il en est de même si les salariés de l'entreprise prestataire de services se trouvent placés sous l'autorité directe du personnel d'encadrement de l'entreprise utilisatrice et sont soumis à la discipline de cette entreprise.

En l'espèce, il y a lieu d'examiner la nature des relations contractuelles liant les sociétés dirigées par le prévenu **P.1.)**, respectivement entre la société **SOC.3.)** S.A. et les « employés », et la nature des relations contractuelles liant les sociétés utilisatrices des services des « employés » des sociétés précitées.

L'existence d'une relation de travail salariée au sens du Code du Travail ne dépend en effet ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs. Le contrat de travail visé par les dispositions du titre II du Code du Travail suppose l'existence d'un lien de subordination juridique lequel peut résulter d'un faisceau d'indices et de présomptions. Le contrat de travail peut ainsi être défini comme celui par lequel une partie s'engage contre rémunération à fournir une activité dans un état de subordination à l'égard du cocontractant. Pour qu'il y ait rapport de subordination juridique, il faut que le contrat place le salarié sous l'autorité de son employeur qui lui donne des ordres concernant l'exécution du travail, en contrôle l'accomplissement et en vérifie les résultats. Ni le louage d'ouvrage, ni le mandat n'excluent la possibilité d'une collaboration entre parties, d'une surveillance, d'instructions générales ou d'entrevues périodiques.

Il ressort des pièces du dossier pénal que les prévenus, respectivement **P.1.)** en qualité de dirigeant des sociétés **SOC.1.)** SA, **SOC.2.)** SA et **SOC.3.)** S.A. et la société anonyme **SOC.3.)**, ont conclu des contrats, dénommés « Contrat d'emploi » avec un certain nombre de personnes dans lequel sont fixés une rémunération mensuelle, une durée de travail, une période d'essai et les congés. L'employé est engagé en une certaine qualité professionnelle, sans pour autant que ne soit défini son travail. Les sociétés « employeur » ont conclu des contrats de prestation de services, dénommés « contrat de sous-traitance » par lesquels ils ont fourni à diverses sociétés des missions en apportant leur savoir-faire, celui de leur personnel, ainsi que leurs méthodes.

Il ressort encore des attestations testimoniales versées en cause que si la démarche de « portage salarial », tel que retenue dans les contrats de travail entre les sociétés dirigées par le prévenu et le salarié, est à la seule initiative de la personne portée, qui prospecte ses clients, négocie le prix de la prestation et met directement une entreprise cliente en relation avec l'entreprise de « *portage salarial* », toujours est-il que c'est la société utilisatrice seule qui détermine les tâches à effectuer par le salarié mis à disposition et exerce sur le salarié de la société prestataire, à tout le moins, une part de l'autorité hiérarchique et administrative dans le cadre de l'exécution de la mission par le porté. Ainsi, même si les employés des sociétés **SOC.1.)** SA, **SOC.2.)** SA ou **SOC.3.)** S.A. disposaient d'une grande liberté dans le cadre de l'exécution de la mission auprès de la société utilisatrice, étant pour la plupart des cadres-consultants, ils étaient placés sous l'autorité hiérarchique directe des sociétés utilisatrices et soumis à la discipline de ces entreprises utilisatrices.

Il s'ensuit que la prévention d'infraction à l'article L.133-1 du Code du Travail est établie à charge du prévenu **P.1.)**, en sa qualité de dirigeant des sociétés **SOC.1.)** SA, **SOC.2.)** SA et **SOC.3.)** S.A., de même qu'elle est établie à charge de la société **SOC.3.)** S.A.. Les prévenus ont en effet transgressé librement et consciemment la disposition légale en cause et l'argument du prévenu **P.1.)** selon lequel il aurait été dans l'impossibilité de savoir qu'il commettait une infraction par le fait que le portage salarial est réglé par la législation française et qu'il n'aurait pas agi dans une intention frauduleuse ne saurait enlever le

caractère délictuel aux agissements des prévenus, dès lors que l'objet et le but même des sociétés constituées et dirigées par le prévenu constituait dans la mise à disposition de salariés à des entreprises tierces et de laisser à celles-ci à tout le moins la majeure part de l'autorité hiérarchique et administrative dans le cadre de l'exécution du travail par les salariés au bénéfice de ces entreprises tierces.

Aux termes de l'article 133-2 (1), le contrat par lequel un salarié a été engagé pour être mis à la disposition d'un utilisateur en violation des dispositions de l'article L. 133-1 est nul. Eu égard à la nullité des contrats de travail conclus, les obligations résultant des L. 326-1, L. 233-17 et L. 211-29 sont sans objet, de sorte qu'il y a lieu d'acquitter le prévenu **P.1.)** des infractions en question.

Quant aux peines, la multiplicité des faits commis en infraction à l'article L.133-1 du Code du Travail donne lieu à application de l'article 60 du code pénal.

Eu égard aux acquittements à intervenir et à l'absence d'antécédents judiciaires dans le chef du prévenu **P.1.)**, une peine d'amende de 3.500€ sanctionne de façon adéquate les infractions commises.

De même, s'agissant de la peine à prononcer à l'égard de la société **SOC.3.)** S.A., une amende de 3.500€ constitue au regard de la gravité des faits commis une peine adéquate.

PAR CES MOTIFS,

la Cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, les prévenus **P.1.)** et la société **SOC.3.)** S.A. entendus en leurs explications et moyens et le représentant du ministère public en son réquisitoire,

dit que la juridiction répressive saisie est compétente pour connaître des infractions libellées à charge des prévenus;

reçoit les appels;

déclare éteinte par prescription l'action publique concernant les faits relatifs à la mise à disposition illégale de main d'œuvre par le fait d'avoir mis **C.)**, né le (...) à (...) (B), engagé suivant contrat de travail du 29 décembre 2006 auprès de **SOC.1'.)** S.A. en tant que délégué commercial, mis à disposition de la société **SOC.6.)** S.A., avec siège à B-(...), suivant contrat du 20 décembre 2006 et concernant les faits relatifs à la mise à disposition illégale de main d'œuvre par le fait d'avoir mis **A.)**, né le (...) à (...) (F), engagé auprès de **SOC.1'.)** S.A. en tant qu'attaché commercial, mis à disposition de la société **SOC.4.)** S. à r.l., avec siège à L-(...), par contrat du 1^{er} mars 2007;

dit l'appel des prévenus partiellement fondé;

acquitte le prévenu **P.1.)** de l'infraction à l'article L. 326-1 du Code du Travail, sanctionnée par l'article L. 327-2 1. du Code du Travail et de l'infraction à l'article L. 211-29 du Code du Travail, sanctionnée par l'article L. 211-36 du Code du Travail;

ramène, pour les deux prévenus **P.1.)** et la société anonyme **SOC.3.)** S.A., la peine d'amende à trois mille cinq cents euros (3.500€);

fixe pour chacun des prévenus appelants la durée de la contrainte par corps à soixante-dix (70) jours en cas de non-paiement de l'amende;

confirme pour le surplus le jugement entrepris;

condamne les prévenus **P.1.)** et la société **SOC.3.)** S.A. aux frais de leurs poursuites pénales en instance d'appel, ces frais liquidés à 12,03 euros pour chacun d'eux.

Par application des textes de loi cités par la juridiction de première instance et par application des articles 3 et 4 du code pénal et des articles 5 à 7-4, 199, 202, 203, 211 du code d'instruction criminelle.

Ainsi fait et jugé par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, composée de Madame Lotty PRUSSEN, premier conseiller, président, et Mesdames Danielle SCHWEITZER et Elisabeth WEYRICH, conseillers, qui ont signé le présent arrêt avec le greffier Cornelia SCHMIT.

La lecture de l'arrêt a été faite en audience publique à la Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St. Esprit, par Madame Lotty PRUSSEN, premier conseiller, en présence de Monsieur Serge WAGNER, avocat général, et de Madame Cornelia SCHMIT, greffier.