

## NEWSLETTER PÉNALE

### EDITORIAL

### Newsletter Avril 2018

#### Dans ce numéro :

<b>Editorial</b>	P. 1
<b>Personnes morales - Motivation des peines</b>	
<b>Fiche Pratique —</b>	p. 2
Principaux documents à recueillir par le don- neur d'ordre relevant de son devoir de vigi- lance	
<b>Corruption et abus de biens sociaux</b>	P.3
<b>Veille — CJIP</b>	
<b>Travail dissimulé —</b>	p. 4
Détachement	
<b>Veille — Travail dissimulé</b>	

Lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité pénale des personnes morales, les processus internes sont souvent en cause. Une jurisprudence ancienne le rappelle notamment lorsqu'il s'agit de constater l'élément intentionnel du délit de recours à une situation de travail dissimulé : l'absence de vérification efficace de la situation du co-contractant suffit. La parfaite maîtrise du devoir de vigilance des donneurs d'ordre constitue donc un élément qu'il peut être utile de rappeler (page 2), d'autant qu'en cas de détachement, la possession des certificats justifiant du rattachement au système de sécurité sociale étranger est amené à rester un élément fondamental, bien que régulièrement remis en cause devant les juridictions nationales (page 4).

Ce même caractère insuffisant des processus internes peut également devenir un argument afin de démontrer, au-delà de l'abstention, la conscience coupable. Ainsi, en matière de corruption, dans le cadre de la célèbre affaire « Pétrole contre nourriture », la Chambre criminelle vient d'approuver qu'ait été retenue à charge l'insertion de stipulations anti-corruption dans les contrats litigieux, dès lors que dépourvues de procédure de contrôle efficace, elles démontraient la connaissance de la pratique de surcharge qualifiée d'acte de corruption, fustigeant ainsi une volonté de « *se couvrir* ». Pour autant, la Cour de cassation rappelle qu'une simple négligence ne peut suffire à caractériser l'élément intentionnel de toute infraction, particulièrement pour l'abus de biens sociaux (page 3).

L'actualité judiciaire vient donc souligner la nécessité d'anticiper par des programmes dits de conformité, au sens large, les différents risques pénaux auxquels les entreprises sont exposées.

Déjà pris en compte dans le cadre des conventions judiciaires d'intérêt public, on ne peut à cet égard exclure que de tels programmes le soit également dans le cadre de la motivation de la peine, laquelle est désormais exigée désormais de manière univoque en cas de condamnation des personnes morales (page 1).

### Personnes morales – Motivation des peines

Dans un arrêt récent (Crim, 1er février 2017, n°15-83984) confirmé à plusieurs reprises (Crim, 15 mars 2017, n°16-83838, 27 juin 2017, n°16-86056 et 11 juillet 2017, n°16-81396), la formation plénière de la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait élargi l'exigence de motivation à toute peine correctionnelle, principale ou complémentaire, prononcée à l'égard d'une personne physique eu égard à la « *gravité des faits, de la personnalité de leur auteur et de sa situation personnelle* ». Une décision du 21 mars 2018 (n°16-87.296) vient encore de le rappeler.

La position de la chambre criminelle se comprend : la motivation des sanctions participe tant du respect du principe d'individualisation des peines qu'à la compréhension des décisions de justice.

Les personnes morales ne font pas exception : la Cour de cassation considère désormais que les peines prononcées doivent être motivées

« *tant [à l'égard] des personnes physiques que des personnes morales* » (Crim, 9 janvier 2018, n°17.80200).

Les juridictions du fond doivent donc s'expliquer sur les ressources et les charges des sociétés prévenues, au risque de la cassation (Crim., 23 janvier 2018, 16-86.859), la référence aux bénéfices annuels constituant à cet égard un élément clef (Crim., 23 janv. 2018, précité), l'information pouvant résulter des déclarations recueillies à l'audience (Crim., 30 janvier 2018, n°16-87131).

Il revient donc dans la défense des personnes morales d'anticiper les questions – et les pièges – sur les résultats des sociétés poursuivies, au risque d'un éventuel supplément d'information.

**Cass. Crim, 21 mars 2018, n° n°16-87.296, 30 janvier 2018, n°16-87131 et 23 janvier 2018, n°16-86.859**

## FICHE PRATIQUE – Principaux documents à recueillir par le donneur d'ordre relevant de son devoir de vigilance.

Prestataire – sous-traitant établi en France	Prestataire /Sous-traitant établi dans l'UE	Prestataire/Sous-traitant hors UE
Extrait k-bis	Document émanant des autorités tenant le registre professionnel ou un document équivalent certifiant	
	Un document mentionnant le numéro individuel d'identification attribué en application de l'article 286ter du code des impôts (numéro de TVA intracommunautaire)	A défaut du numéro individuel d'identification, les coordonnées de son représentant fiscal en France
Attestation URSSAF mentionnant que l'entreprise est à jour de ses obligations déclaratives, du paiement de ses cotisations ; le nombre de salariés et la masse salariale déclarée y sont indiqués - Obligation de valider l'authenticité de cette attestation sur le site internet de l'URSSAF	Lorsque la législation du pays le prévoit, une attestation émanant de l'organisme gérant le régime social obligatoire mentionnant que le prestataire est à jour de ses déclarations et du paiement des cotisations sociales ou, à défaut, un document équivalent.  Si les salariés sont rattachés à la sécurité sociale française, l'attestation sera émise par le CNFE (Centre national des firmes étrangères) ; il convient, comme pour l'attestation URSSAF, d'en vérifier l'authenticité.	
Liste nominative des salariés étrangers soumis à autorisation de travail susceptibles d'intervenir. Elle comporte : nom, prénom, nationalité, date d'embauche, type et numéro d'ordre du titre valant autorisation de travail  <u>A défaut</u> , obtenir une attestation sur l'honneur précisant que la prestation ne sera pas accomplie par des salariés soumis à autorisation de travail.	Liste nominative des salariés étrangers soumis à autorisation de travail <u>dans l'Etat d'origine</u> , susceptibles d'intervenir qui comporte : nom, prénom, nationalité, date d'embauche, type et numéro d'ordre du titre valant autorisation de travail  <u>A défaut</u> , obtenir une attestation sur l'honneur précisant que la prestation ne sera pas accomplie par des salariés soumis à autorisation de travail.	Liste nominative des salariés étrangers soumis à autorisation de travail <u>en France</u> , susceptibles de travailler sur le chantier qui comporte : nom, prénom, nationalité, date d'embauche, type et numéro d'ordre du titre valant autorisation de travail  <u>A défaut</u> , obtenir une attestation sur l'honneur précisant que la prestation ne sera pas accomplie par des salariés soumis à autorisation de travail.
	Une copie de la déclaration préalable de détachement temporaire qui doit être envoyée par le sous-traitant, avant le début de la prestation, (la déclaration est faite sous forme dématérialisée via Internet : <a href="https://www.sipsi.travail.gouv.fr">https://www.sipsi.travail.gouv.fr</a> ) à destination de l'unité territoriale de la Direccte dans le ressort de laquelle s'effectue la prestation ou la première exécution de la prestation, ainsi que son récépissé.  <u>A défaut de réception du document, le donneur d'ordre doit d'initiative procéder à cette déclaration sous 48h.</u>	
	Une copie de la désignation du représentant de l'employeur sur le territoire français pour chaque période de détachement	
	Certificat de détachement pour la sécurité sociale (formulaire A1) mentionnant le régime de sécurité sociale auquel sont affiliés ses salariés	Certificat de détachement de sécurité sociale spécifique à chaque pays, s'il existe une convention bilatérale de sécurité sociale avec la France. Si aucune convention n'existe, les salariés doivent être inscrits auprès de l'URSSAF (inscription via le CNFE)
	<u>Document attestant d'un examen médical dans le pays d'origine</u> : l'employeur doit prouver que ce salarié est soumis à une surveillance équivalente dans son pays d'origine. A défaut le salarié détaché doit bénéficier des prestations d'un service de santé au travail.	Le salarié détaché doit bénéficier des prestations d'un service de santé au travail (sauf si l'employeur, établi dans un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou dans la Confédération helvétique, prouve que ce salarié est soumis à une surveillance équivalente dans son pays d'origine)

Ces documents sont à obtenir à la conclusion du contrat, puis tous les six mois ou à leur échéance. Ils constituent un minimum : un contrôle de cohérence des informations entre elles doit être réalisé et des vérifications complémentaires – notamment en cas de détachement – sont, par nature, conseillées.

Pour les maîtres d'ouvrage, des éléments complémentaires sont à prévoir (affiliation aux caisses de congés payés et intempéries, déclaration préalable de détachement de chaque sous-traitant étranger).

Rappel de la  
Chambre crimi-  
nelle en matière  
du délit d'abus  
de biens sociaux.

## Corruption et abus de biens sociaux

« *Pétrole contre nourriture* », l'annonce de ce programme de l'ONU relève désormais plus du domaine judiciaire que du domaine humanitaire avec l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 14 mars dernier. Pour mémoire – près de vingt ans après les faits – ce programme avait été mis en place par les Nations-Unies dans le but d'assouplir l'embargo économique imposé à l'Irak, à la suite de l'invasion du Koweït, en 1990. Violant la résolution du Conseil de sécurité de l'ONU, le régime irakien imposait aux entreprises qui souhaitaient acheter du pétrole ou obtenir un marché en Irak de verser une « surcharge » de 10% de la valeur du baril sur les ventes.

Engagées du chef de corruption d'agent public et de complicité, ces poursuites ont concentré les débats devant les juges du fond autant que les critiques doctrinales après la relaxe rendue en première instance. Après avoir rejeté les pourvois et confirmé les condamnations de ce chef, c'est de manière plus inattendue sur le terrain de l'abus de biens sociaux que la chambre criminelle va se distinguer avec un arrêt de cassation renvoyant les juges du fond à une meilleure qualification.

En matière de corruption internationale, les poursuites du chef d'abus de biens sociaux sont, en effet, souvent complémentaires de celles de corruption puisque les avantages scellant le pacte corrompateur proviennent souvent de l'actif social de la société corruptrice. Quand bien même trouverait-elle un intérêt économique dans l'attribution d'un nouveau marché, une telle démarche serait « *contraire à l'intérêt de la société* » en ce que « *elle expose la personne morale au risque anormal d'une sanction pénale ou fiscale, et porte nécessairement atteinte à son crédit et à sa réputation* » (Crim., 27 octobre 1997, arrêt dit « *Carignon* »). Ce n'est pas autrement qu'est motivé l'arrêt de la Cour d'appel avec la facilité de raisonner sur le terrain de la complicité pour n'avoir qu'à établir une « *aide ou une assistance* » ou « *une fourniture d'instructions* » même si l'auteur de l'infraction d'origine – pourtant dite « *infraction de fonction* » (réservée à la direction) – ne serait pas clairement identifié. En toute hypothèse, l'infraction d'abus de biens sociaux requiert néanmoins un « *usage* » ce qui suppose la démonstration d'un acte positif de l'auteur. Le raisonnement sur le terrain de la complicité n'y saurait rien changer puisqu'il requiert la même démonstration de la positivité de l'acte. Au-delà de la lettre du texte, la jurisprudence avait toutefois pu admettre en matière d'abus de biens sociaux, à l'instar de la complicité, une abstention coupable (Crim., 28 janvier 2004, n°02-88.094). Elle ne saurait toutefois se départir de la nécessité de caractériser une participation personnelle du dirigeant sauf à encourir, comme en l'espèce, la censure de la Cour de cassation pour insuffisance de motifs.

Sans renouer avec l'interprétation stricte du texte, la Cour de cassation rappelle la Cour d'appel à plus de rigueur dans la caractérisation de l'élément matériel d'autant que, faut-il le rappeler, celui-ci servira d'assise à la démonstration de l'intention coupable qui doit être faite en des termes tout aussi exigeant puisqu'il s'agit de rapporter la preuve d'un dol spécial consistant pour le dirigeant, au-delà de la volonté de détourner les fonds de sa société, à poursuivre un « *intérêt personnel* ».

La cassation étant assortie du renvoi, c'est avec intérêt qu'il s'agira de suivre la motivation de la Cour d'appel nouvellement saisie.

**Cass. crim., 14 mars 2018, n°16-82.117**

## Veille – CJIP

Deux nouvelles  
CJIP publiées.

Après la publication de la première convention judiciaire d'intérêt public conclue entre le Parquet national financier et des sociétés du Groupe HSBC, deux nouvelles CJIP ont été publiées, conclues cette fois-ci par le Parquet de Nanterre.

Dans le cadre d'une information judiciaire ouverte pour corruption, deux sociétés ont choisi d'achever les poursuites à leur encontre, en acceptant de procéder au paiement d'une amende, l'une pour un montant de 2.710.000 euros, l'autre de 800.000 euros. Dans les deux cas, il est prévu qu'elles mettent en place un programme de mise en conformité, sous le contrôle de l'Agence française anti-corruption.

La CJUE nuance, avec modération, la portée des certificats de sécurité sociale.

## Travail dissimulé – détachement

Sèchement écarté par les juridictions nationales, qui ont pu n'y voir qu'un document obtenu sur la base de simples déclarations unilatérales de l'employeur (*not. Cass soc. 10 juin 2015, n° 13-27799*), le formulaire A1 – anciennement E101 – est, cependant, au centre de l'appréciation de la licéité de la situation des salariés détachés dans le cadre de prestations de services européennes.

Ce certificat permet en effet d'attester qu'un travailleur reste rattaché au régime de sécurité sociale de son Etat d'envoi. Son effet est avant tout probatoire mais la présomption qui y est attachée est forte : pour la Cour de Justice de l'Union Européenne, aussi longtemps que ces certificats ne sont pas retirés ou déclarés invalides, ils lient les institutions des autres Etats membres (*not. arrêt A-Rosa du 27 avril 2017*). L'élément peut donc être clef lorsque sont en jeu un délit de travail dissimulé ou le devoir de vigilance d'un donneur d'ordre.

Restait cependant une objection : il est en effet de principe que les justiciables ne peuvent frauduleusement ou abusivement se prévaloir des normes de l'Union. La CJUE vient au vu de ce principe de faire évoluer sa position en admettant que les juridictions de l'Etat d'accueil puissent écarter un certificat A1 si une fraude est établie.

Toutefois, pour caractériser celle-ci, un faisceau concordant d'indices doit être réuni, démontrant que (i) les conditions requises aux fins de l'obtention du certificat n'étaient objectivement pas remplies et (ii) qu'il existe une intention de contourner ou d'éluder les conditions de délivrance dudit certificat. Tel pourra être le cas en cas de présentation erronée de la situation réelle du travailleur détaché ou de l'entreprise le détachant.

Dans de telles conditions, l'on peut s'attendre à ce que les juridictions répressives continuent à ignorer les effets des certificats A1, motif pris d'une situation de fraude, par nature consubstantielle des délits dont elles seraient saisies. Ce serait cependant oublier les garanties exigées par la CJUE dans cette même décision : d'une part, les principes de coopération loyale et de confiance mutuelle imposent au préalable que les institutions émettrices du certificat contesté aient été interrogées – et se soient gardées de répondre –, d'autre part, que les personnes auxquelles il est reproché, dans le cadre d'une telle procédure, d'avoir eu recours à des travailleurs détachés sous le couvert de certificats obtenus de manière frauduleuse, disposent 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.

Une forte place devrait donc rester pour rappeler dans les débats judiciaires la prééminence du droit de l'Union lorsque doit être appréciée la régularité d'une situation de détachement.

CJUE, 6 février 2018, Altun, aff C-359-16

## Veille – Travail dissimulé

Création d'un nouveau cas de délit de travail dissimulé.

Le projet de loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel prévoit d'ajouter un nouvel alinéa à l'article L.8221-3 du Code du travail, définissant alors un nouveau cas le travail dissimulé par dissimulation d'activité. Il s'agira de réprimer le « *fait de se prévaloir des dispositions applicables au détachement de salariés lorsque l'employeur de ces derniers exerce dans l'Etat sur le territoire duquel il est établi des activités relevant uniquement de la gestion interne ou administrative, ou lorsque son activité est réalisée sur le territoire national de façon habituelle, stable et continue* ».

Le Législateur est ainsi invité à consacrer la jurisprudence (parfois discutable) réprimant la fraude à l'établissement en matière de prestations de services internationales.



[www.pechdelaclause.com](http://www.pechdelaclause.com)

PECH de LACLASSE, BATHMANABANE  
& ASSOCIES

8, Place Vendôme  
75001 Paris

Téléphone :

01.44.94.98.98

Télécopie :

01.44.94.98.99

Contacts Newsletter Pénale :

philippe@pechdelaclause.com  
egouesse@pechdelaclause.com