

**N° 14 / 2014 pénal.**  
**du 13.3.2014.**  
**Not. 30673/10/CD**  
**Numéro 3284 du registre.**

La **Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg**, formée conformément à la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, a rendu en son audience publique du jeudi, **treize mars deux mille quatorze**,

dans la poursuite pénale dirigée contre

**1)X.)**, né le (...) à (...) (B), demeurant à L-(...), (...),

**2)la société anonyme SOC1.)**, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

**demandeurs en cassation,**

**comparant par Maître Patrick KINSCH**, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

**en présence du Ministère public**

l'arrêt qui suit :

-----

**LA COUR DE CASSATION :**

Vu l'arrêt attaqué rendu le 14 mai 2013 sous le numéro 263/13 V. par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle ;

Vu le pourvoi en cassation déclaré le 14 juin 2013 par Maître Patrick KINSCH pour et au nom de **X.)** et de la société anonyme **SOC1.)** au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en cassation déposé le 15 juillet 2013 par Maître Patrick KINSCH pour et au nom de **X.)** et de la société anonyme **SOC1.)** au greffe de la Cour ;

Sur le rapport du président Georges SANTER et les conclusions de l'avocat général Jean ENGELS ;

### **Sur les faits :**

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, chambre correctionnelle, avait condamné **X.)** et la société anonyme **SOC1.)** du chef, notamment, de mise à disposition illégale de main d'œuvre, infraction à l'article L.133-1 du Code du travail sanctionnée par l'article L.134-3 (1) du Code du travail, chacun à une amende ; que la Cour d'appel, chambre correctionnelle, a réduit les amendes prononcées en première instance et confirmé pour le surplus le jugement entrepris ;

### **Sur le premier moyen de cassation :**

*« Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir retenu la compétence de la juridiction répressive saisie pour connaître des infractions libellées à charge des prévenus, et d'avoir, par la suite, condamné ceux-ci pour mise à disposition illégale de main d'oeuvre,*

*aux motifs que 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 >> ; qu'« 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" >> ; que << 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 >> ; qu'« en l'espèce, c'est l'activité du prévenu **X.)**, en sa qualité de dirigeant des sociétés **SOC2.) SA**, **SOC3.) SA** et **SOC1.) S.A.**, et de la prévenue, la société **SOC1.) 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 >> ;*

*alors que, en vertu du principe de la solidarité des compétences législatives et juridictionnelles en matière de droit pénal international, les juridictions répressives luxembourgeoises ne sont pas compétentes dans les situations où la loi pénale luxembourgeoise n'est pas applicable ; que, bien que par application de la*

*règle générale de l'article 7.2 du Code d'instruction criminelle les actes des prévenus en matière de mise à disposition de main d'oeuvre puissent être réputés commis sur le territoire luxembourgeois sur lequel a été signé le contrat de mise à disposition, ceci est insuffisant dès lors que le texte spécifique sur le fondement duquel les prévenus ont été condamnés, l'article L.133-1 du Code du travail, s'applique exclusivement à la mise à disposition de travailleurs pour une activité salariée sur le territoire luxembourgeois ; que le droit pénal luxembourgeois du travail ne vise en effet pas à réglementer des marchés de travail étrangers, lesquels sont régis par leurs propres règles, sans interférence des règles luxembourgeoises qui n'ont pas en la matière une prétention à s'y appliquer, même en présence d'un contrat de travail conclu au Luxembourg ; que ceci est confirmé par l'article L.010-1 du Code du travail, aux termes duquel la réglementation du travail, et notamment la réglementation du travail intérimaire et du prêt de main d'oeuvre (article L.010-1 (1), point 7) s'applique << à tous les salariés exerçant une activité sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg >> ; que de même aux termes de l'article L.132-4 du Code du travail, << les dispositions de la législation du travail luxembourgeoise et les dispositions du présent titre sont applicables aux prêts de main d'oeuvre concernant les salariés mis à disposition d'un utilisateur exerçant son activité sur le territoire luxembourgeois >> ; que l'article L.133-1 fait partie du même titre IV du Code du travail que l'article L.132-4 ; qu'aucune dérogation au champ d'application international normal de l'article L.133-1 du Code du travail, qui engloberait, outre le lieu de l'exercice de l'activité salariée, le lieu où le contrat de travail a été signé, ne résulte du Code du travail ;*

*que l'ensemble des travailleurs qui auraient été mis à la disposition d'autres entreprises par les demandeurs en cassation - à la seule exception de M. A.), à l'égard duquel l'arrêt attaqué a déclaré éteinte l'action publique par l'effet de la prescription - exerçaient leur activité sur le territoire d'autres Etats que le Grand-Duché de Luxembourg, ainsi qu'il résulte du jugement de première instance confirmé, quant à ce, par l'arrêt attaqué (voir les p. 8 à 12 de l'arrêt attaqué, qui reproduit le jugement de première instance) ;*

*que la circonstance que les contrats de travail relèvent (en droit privé) << de la compétence et de la législation luxembourgeoise >> est inopérant, dès lors que les règles du droit pénal international sont différentes des règles du droit international privé, et insusceptibles d'être influencées par des stipulations contractuelles relatives à la compétence pour connaître des différends entre employeurs et salariés et à loi de droit privé applicable aux contrats de travail ;*

*qu'en condamnant néanmoins les demandeurs en cassation, l'arrêt attaqué a violé l'article 7-2 du Code d'instruction criminelle, appliqué par l'arrêt malgré la dérogation que lui apportent les principes relatifs à l'application dans l'espace des dispositions du Code du travail ; qu'il a violé encore l'article L.010-1 du Code du travail, qui définit de manière spécifique l'applicabilité territoriale des dispositions du Code du travail et l'article L.132-4 ayant trait à l'applicabilité internationale du titre du Code du travail dans lequel figure également l'article L.133-1, ainsi que les articles L.133-1 (texte d'incrimination) et L.134-3 (texte définissant les sanctions afférentes à l'infraction visée à l'article L.133-1) du Code du travail, qui ne sont*

*applicables qu'à la mise à disposition de travailleurs pour une activité sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg. »*

Attendu que l'article L.133-1 du Code du travail interdit à l'employeur établi au Luxembourg de mettre des salariés engagés dans le cadre d'un contrat de travail à la disposition de tiers en dehors des règles régissant le travail intérimaire et le prêt temporaire de main d'oeuvre ;

Que l'infraction, qui est constituée par la mise à disposition de main d'œuvre travaillant au Luxembourg ou à l'étranger, est consommée dans le chef de l'employeur qui met le salarié à la disposition d'un tiers à partir du Luxembourg ;

Attendu qu'en prenant en considération comme critère de localisation de l'infraction à l'article L.133-1 du Code du travail retenue à charge des demandeurs en cassation leur activité de mise à disposition de tiers établis à l'étranger des salariés engagés dans le cadre d'un contrat de travail conclu au Luxembourg et relevant de la législation luxembourgeoise pour conclure que la juridiction répressive luxembourgeoise est compétente pour connaître de la prévention leur reprochée, les juges d'appel n'ont pas violé, mais ont correctement appliqué les textes de loi visés au moyen ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

#### **Sur les deuxième et troisième moyens de cassation réunis :**

*le deuxième, « Il est fait grief à l'arrêt attaqué de n'avoir dit l'appel des demandeurs en cassation que partiellement fondé, d'avoir déclaré les demandeurs en cassation coupables d'infraction à l'article 133-1 du Code du travail, et de les avoir condamnés à une amende de 3.500 euros ; d'avoir fixé pour chacun des demandeurs en cassation la durée de la contrainte par corps à 70 jours en cas de non-paiement de l'amende et d'avoir confirmé pour le surplus le jugement entrepris, condamnant également les demandeurs en cassation aux frais de leur poursuite pénale en instance d'appel ;*

*sans caractériser l'existence d'un contrat de travail entre les sociétés dirigées par M. X.) et les travailleurs mis à disposition de tiers, condition nécessaire à l'applicabilité matérielle de l'article L.133-1 du Code du travail, et en se contentant de la seule considération qu'il << ressort des pièces du dossier pénal que les prévenus, respectivement X.) en sa qualité de dirigeant des sociétés SOC2.) SA, SOC3.) SA et SOCI.) S.A. et la société anonyme SOCI.), 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 que pour autant ne soit défini son travail >> (p. 21, al. 4) ;*

*alors qu'il aurait appartenu aux juges du fond, qui étaient saisis par les prévenus de conclusions aux termes desquels*

*<< Les travailleurs portés ne sont, en réalité, pas liés par des contrats de travail à une société dirigée [par] M. X.). Ils restent des indépendants. Ils ne sont pas non plus mis à disposition d'entreprises tierces qui exercent sur eux une autorité hiérarchique. Ils ont, au préalable, négocié avec l'entreprise tierce les conditions d'une prestation de services à titre d'indépendant ("free-lance").*

*C'est ce que reconnaît expressément le rapport, intitulé << Fondements juridiques >>, de l'Inspection du Travail et des Mines du 10 janvier 2011 à l'intention du Parquet du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Conclusion, p. 9 : << Nous sommes en fait en présence 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 >>).*

*(...)*

*Certes, les parties ont conclu un document intitulé << Contrat de travail >>, mais qui ne répond pas aux éléments essentiels d'un contrat de travail. La requalification fera disparaître l'infraction, mais ceci n'est que normal : il est impossible de se soumettre volontairement, par une qualification donnée à un contrat, à une loi pénale qui n'est pas objectivement applicable. Le droit pénal est entièrement d'ordre public et ne dépend en rien de la volonté des particuliers qui ne peuvent ni s'y soustraire, ni (en l'espèce) s'y soumettre volontairement >> (conclusions du 26 février 2013, p. 3-4),*

*de ne pas s'arrêter à l'existence de contrats de travail écrits, mais d'examiner la réalité de la relation de travail documentée par les << pièces du dossier pénal >>, eu égard aux conditions réelles dans lesquelles les travailleurs ont été recrutés, et ainsi de faire la distinction entre des travailleurs recrutés en tant que salariés et des travailleurs recrutés à titre d'indépendants ; que, faute d'avoir entrepris cet examen, la Cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article L.133-1 du Code du travail, et a mis la Cour de cassation dans l'impossibilité d'exercer son contrôle. »*

**le troisième,** *« Il est fait grief à l'arrêt attaqué de n'avoir dit l'appel des demandeurs en cassation que partiellement fondé, d'avoir déclaré les demandeurs en cassation coupables d'infraction à l'article 133-1 du Code du travail, et de les avoir condamnés à une amende de 3.500 euros ; d'avoir fixé pour chacun des demandeurs en cassation la durée de la contrainte par corps à 70 jours en cas de non-paiement de l'amende et d'avoir confirmé pour le surplus le jugement entrepris, condamnant également les demandeurs en cassation aux frais de leur poursuite pénale en instance d'appel,*

*sans constater l'existence, entre les travailleurs mis à disposition des entreprises utilisatrices et ces dernières, de l'exercice par les entreprises utilisatrices sur les travailleurs d'« une part quelconque de l'autorité réservée normalement à l'employeur >>, condition nécessaire d'application matérielle de l'article L.133-1 du Code du travail, et en se contentant de retenir 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 SOC2.) SA, SOC3.) SA ou SOCI.) 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 >> (p. 21, al. 5),*

*alors que, pour autant que les motifs qui viennent d'être rappelés vaudraient comme constatations de fait, l'origine de ces constatations de fait, qui ne sont pas présentées comme ressortant directement des éléments de dossier, n'est pas indiquée ; qu'en conséquence, la motivation de l'arrêt ne met pas à la Cour de cassation en mesure de procéder à son contrôle et manque de base légale au regard de l'article 131-1 du Code du travail. »*

*Attendu que les juges d'appel ont déterminé la nature des relations contractuelles entre la société SOCI.) S.A., dirigée par X.), et les personnes engagées en considérant qu'« il ressort des pièces du dossier pénal que les prévenus, respectivement X.) en qualité de dirigeant des sociétés SOC2.) S.A., SOC3.) S.A. et SOCI.) S.A. et la société anonyme SOCI.), ont conclu des contrats, dénommés << Contrat d'emploi >> avec un certain nombre de personnes dans lesquels 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 >> » ;*

*Qu'ils ont ainsi caractérisé tous les éléments constitutifs d'un contrat de travail et constaté son existence ;*

*Attendu que concernant le transfert à la société utilisatrice d'une part de l'autorité administrative et hiérarchique réservée normalement à l'employeur, les juges d'appel ont considéré qu'« 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 SOC2.) S.A., SOC3.) S.A. ou SOCI.) 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. » ;*

Qu'ils se sont ainsi prononcés à suffisance sur la mise à disposition avec transfert partiel de l'autorité en se référant aux attestations testimoniales versées au dossier et qu'ils ont légalement motivé leur décision ;

Que dès lors les deuxième et troisième moyens ne sont pas fondés ;

**Par ces motifs :**

rejette le pourvoi ;

condamne les demandeurs en cassation aux frais de l'instance en cassation, ceux exposés par le Ministère public étant liquidés à 6,25 euros.

Ainsi jugé par la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg en son audience publique du jeudi, **treize mars deux mille quatorze**, à la Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St. Esprit, composée de :

Georges SANTER, président de la Cour,  
Edmée CONZEMIUS, conseiller à la Cour de cassation,  
Irène FOLSCHIED, conseiller à la Cour de cassation,  
Romain LUDOVICY, conseiller à la Cour de cassation,  
Odette PAULY, premier conseiller à la Cour d'appel,

qui ont signé le présent arrêt avec le greffier Marie-Paule KURT.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Georges SANTER, en présence de Monsieur Georges WIVENES, procureur général d'Etat adjoint, et de Madame Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.