

conséquences de la jurisprudence du droit de l'Union, a déjà jugé que le juge national saisi de poursuites pénales du chef de travail dissimulé, pour défaut de déclarations aux organismes de protection sociale, « ne peut écarter lesdits certificats que si, sur la base de l'examen des éléments concrets recueillis au cours de l'enquête judiciaire ayant permis de constater que ces certificats avaient été obtenus ou invoqués frauduleusement et que l'institution émettrice saisie s'était abstenue de les prendre en compte, dans un délai raisonnable, il caractérise une fraude constituée, dans son élément objectif par l'absence de respect des conditions prévues à la disposition précitée et, dans son élément subjectif, par l'intention de la personne poursuivie de contourner ou d'éluder les conditions de délivrance dudit certificat pour obtenir l'avantage qui y est attaché » (Cass. crim., 18 sept. 2018, n° 13-88631 ; arrêt n° 2, pt 26 ; arrêt n° 3, pt 14 ; arrêt n° 4, pt 11 ; arrêt n° 5, pt 12).

Les arrêts du 12 janvier 2021 ne se limitent au rappel de ces solutions classiques. En effet, les poursuites pour travail dissimulé ont été engagées notamment pour défaut de déclaration préalable à l'embauche (DPAE). La Cour de cassation avait alors saisi la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle relative à l'incidence de ces certificats sur cette obligation et, partant, sur la portée desdits certificats sur l'application aux travailleurs concernés de la législation de l'État membre d'accueil en matière de droit du travail. Un sursis à statuer en l'attente de la décision de la juridiction supranationale avait d'ailleurs été décidé dans les arrêts n° 4 et 5. Dans un arrêt *Bouygues travaux publics* (CJUE, 14 mai 2020, n° C-17/19), la Cour de justice de l'Union a précisé que les formulaires de détachement, autrement nommés certificats A1, ne s'imposent aux juridictions nationales de l'État sur le territoire duquel les travailleurs exercent leurs activités qu'en matière de sécurité sociale. Autrement dit, « ces certificats ne produisent [...] pas d'effet contraignant à l'égard des obligations imposées par le droit national dans des matières autres que la sécurité sociale, au sens de ces règlements, telles que, notamment, celles relatives à la relation de travail » (§ 48). Dès lors, il revenait à la chambre criminelle d'apprécier la portée de cette obligation en matière de travail dissimulé. Une recherche similaire devait également être conduite s'agissant du défaut d'immatriculation au RCS (arrêt n° 5, pt 18).

S'agissant en premier lieu d'apprécier la portée de la DPAE, la décision de la CJUE plaçait la chambre criminelle devant une alternative : soit la DPAE peut être analysée comme une formalité ayant pour unique objet d'assurer l'affiliation des travailleurs à un régime de sécurité sociale – et dans cette hypothèse, la présomption issue du certificat A1 doit trouver à s'appliquer – ; soit la DPAE vise également « à garantir l'efficacité des contrôles opérés par les autorités nationales compétentes afin d'assurer le respect des conditions d'emploi et de travail imposées par le droit du travail » et la présomption ne peut trouver à s'appliquer (arrêt n° 2, pt 31 ; arrêt n° 3, pt 19 ; arrêt n° 4, pt 17). Pour trancher cette question, les juges remontent à la *ratio legis* de cette formalité. Or, il ressort

tant des travaux parlementaires que de l'évolution des textes que la DPAE constitue une mesure de lutte contre le travail illégal dont la finalité ne se limite pas au financement de la sécurité sociale. En effet, la DPAE permet également de faciliter la lutte contre la fraude fiscale et de garantir l'efficacité des contrôles opérés par les autorités nationales compétentes afin d'assurer le respect des conditions d'emploi et de travail imposées par le droit du travail (Ph. Coursier, « Le certificat de détachement n'exclut pas tous risques de travail dissimulé », JCP S 2021, 1075). Partant, les juges en concluent que l'existence d'un certificat A1 ne fait pas obstacle à une condamnation du chef de travail dissimulé pour omission de procéder à la DPAE (arrêt n° 2, pt 40 ; arrêt n° 3, pt 28 ; arrêt n° 4, pt 26).

S'agissant en second lieu d'apprécier l'incidence du défaut d'inscription au RCS, on rappellera que celui-ci s'impose aux employeurs établis hors de France dès lors qu'ils exercent de façon habituelle, stable et continue une activité entièrement orientée vers le territoire national ou réalisée sur le territoire national. Tel est notamment le cas lorsque « le local servant de siège social à cette entreprise [n'est] qu'une simple pièce sans salarié ni ordinateur et ne [sert] que de lieu de recrutement » (arrêt n° 5, pt 23). L'absence d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés est une des modalités du travail dissimulé par dissimulation d'activité (arrêt n° 2, pt 41 ; arrêt n° 3, pt 29). Cette infraction ne se limitant pas à sanctionner le défaut d'immatriculation à un régime de sécurité sociale, un certificat A1 ne peut être utilement opposé pour faire obstacle à la caractérisation de l'infraction.

Force est de constater que l'appréciation unitaire par la chambre criminelle du délit de recours au travail dissimulé (arrêt n° 2, pt 43 ; arrêt n° 3, pt 33) restreint l'utilité de la présomption issue du certificat A1. En effet, en pratique, l'absence de DPAE ou d'inscription au RCS pourra aisément être caractérisée en cas de fraude. Cette volonté de restreindre le champ des présomptions de régularité d'affiliation s'observe également par l'absence de consécration d'une présomption de régularité sur le fondement du certificat S1.

B. L'absence de présomption de régularité liée au certificat S1

Le certificat S1 (ancien certificat E106) suit-il un régime analogue au certificat A1 ? Une réponse négative est apportée par les juges de droit qui affirment qu'à la différence du certificat A1, le certificat S1 ne crée aucune présomption de régularité de l'affiliation de l'assuré social (arrêt n° 1, pt 20). Autrement dit, la délivrance du certificat S1 est sans effet sur la matérialité des infractions de travail illégal (arrêt n° 1, pt 18). Cet argument étant inopérant, est-il possible d'agir sur le terrain procédural ?