

**MODE D'EMPLOI**  
**POUR LE CONTROLE DES ENTREPRISES**  
**ETRANGERES SUR LE TERRITOIRE FRANÇAIS**

**Faire respecter l'ordre public social**

Hervé GUICHAOUA

Juriste en droit social

Ancien directeur du travail Ministère du travail

[rvguichaoua@hotmail.fr](mailto:rvguichaoua@hotmail.fr)

<https://www.herveguichaoua.fr/>

5ème édition

Juin 2021



## Remerciements

Je remercie très sincèrement les contrôleurs du travail, les inspecteurs du travail, les directeurs adjoints du travail, les directeurs du travail et tous ceux qui ont accepté de relire la 1<sup>ère</sup> édition de ce « Mode d'emploi », et qui m'ont fait bénéficier de leur contribution, de leur compétence et de leur expérience pour améliorer son contenu.

La 5<sup>ème</sup> édition intègre les évolutions normatives intervenues depuis le mois de septembre 2017, dont la nouvelle directive du 28 juin 2018 sur le détachement, l'ordonnance Travail du 20 février 2019 assurant sa transposition, les dispositions pertinentes de la loi Avenir professionnel du 5 septembre 2018 et les textes d'application du 4 juin 2019 et du 28 juillet 2020 de ces dispositions, ainsi que la jurisprudence significative, notamment celle de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et celle de la Cour de Cassation, relative à la valeur juridique et à l'opposabilité du certificat de détachement.

Le Mode d'emploi est en ligne sur le site de l'auteur à l'adresse suivante :

<https://www.herveguichaoua.fr>

Ce site est consacré aux ressources juridiques dédiées à la lutte contre le travail illégal et le dumping social.

### **Du même auteur, disponibles sur son site, rubrique Guides-Modes d'emploi :**

.- Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance 1<sup>ère</sup> édition Octobre 2015

.- Mode d'emploi pour la mise en cause du donneur d'ordre, du maître d'ouvrage et de tous autres dans le cadre du travail illégal et du dumping social 2<sup>ème</sup> édition Février 2016

.- Mode d'emploi des droits des victimes du travail illégal et du dumping social 2<sup>ème</sup> édition Avril 2018

.- Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi des mannequins 1<sup>ère</sup> édition Mars 2017

.- Mode d'emploi pour le contrôle du travail dissimulé 2<sup>ème</sup> édition Avril 2020

.- Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi illégal du salarié étranger sans titre de travail 1<sup>ère</sup> édition Octobre 2017



## PLAN

**Sommaire 7**

**Remarques liminaires 19**

**La nouvelle directive du 28 juin 2018 sur le détachement de salarié 23**

**1<sup>ère</sup> partie L'entreprise étrangère et le détachement du salarié sur le territoire français 31**

**2<sup>ème</sup> partie Quelques activités ou professions règlementées 111**

**3<sup>ème</sup> partie Le donneur d'ordre, le maître d'ouvrage et l'entreprise étrangère 153**

**4<sup>ème</sup> partie Les fraudes à l'exercice de l'activité économique 197**

**5<sup>ème</sup> partie Les fraudes au détachement du salarié 223**

**6<sup>ème</sup> partie Les droits des victimes des fraudes 249**

**7<sup>ème</sup> partie Jurisprudence 275**

**Annexes 301**

- Règlementation applicable à la déclaration et à l'attestation de détachement **305**
- Déclaration d'accident du travail **313**
- Suspension d'activité en cours et interdiction préventive d'activité **315**
- Obligations du donneur d'ordre qui recourt à une entreprise étrangère **319**
- Obligations du maître d'ouvrage qui bénéficie de l'intervention d'une entreprise étrangère **327**
- Recours à une entreprise de travail temporaire étrangère **331**
- Tableaux solidarité financière et vigilance en relation avec une entreprise étrangère **335**
- 18 propositions pour l'amélioration du dispositif juridique et opérationnel **365**

**Six articles publiés 381**



## SOMMAIRE

Avant-propos 17

Quelques remarques liminaires 19

La nouvelle directive du 28 juin 2018 sur le détachement de salarié 23

### **1<sup>ère</sup> partie L'entreprise étrangère et le détachement du salarié sur le territoire français 31**

#### **.I). Qu'est ce qu'une entreprise étrangère ? 32**

- **.A. Définition 32**
- **.B. Preuve de la nationalité de l'entreprise 32**

#### **.II). Quel est le droit applicable à une entreprise étrangère ? 34**

#### **.III). Selon quelles modalités une entreprise étrangère peut-elle exercer son activité sur le territoire français? 35**

##### **.III-A). L'activité sous la forme d'un établissement en France et le droit applicable 36**

- **.A. Qu'est-ce qu'un établissement au sens du droit communautaire ? 37**
- **.B. Qu'est-ce qu'un établissement au sens du code du travail ? 39**
- **.C. Quelles démarches sont à accomplir par un opérateur économique établi à l'étranger qui doit s'établir ou qui souhaite s'établir en France ? 40**
- **.D. Quel est le droit applicable à l'opérateur économique qui s'établit en France ? 40**
- **.E. Quelle est la sanction de l'exercice d'une activité économique en France sans création d'un établissement, lorsqu'elle est obligatoire ? 41**

##### **.III-B). L'activité exercée sous la forme d'une prestation de services internationale et le droit applicable 45**

##### **.A. Qu'est-ce qu'une prestation de services internationale au sens du droit communautaire ? 45**

- **.A.1. Quels sont les éléments constitutifs ? 46**
- **.A.2. L'activité saisonnière : établissement ou prestation de services internationale ? 47**

##### **.B. Quel est le droit applicable à l'entreprise étrangère qui effectue une prestation de services internationale sur le territoire français ? 48**

- **.B.1. L'entreprise étrangère est un travailleur indépendant, sans salarié 48**

⇒ Les présomptions de salariat 50

- **.B.2.** L'entreprise étrangère est un travailleur indépendant ou une société avec un ou des salariés détachés **51**
- **.B.2.1.** Qu'est-ce qu'un salarié détaché ? **51**
  - ⇒ **.B.2.1.1.** Le salarié détaché au sens de la législation du travail **51**
  - ⇒ **.B.2.1.2.** Le salarié détaché au sens de la législation de sécurité sociale **54**
  - ⇒ **.B.2.1.3.** Détachement et pluriactivité **55**
- **.B.2.2.** Quelle est la législation applicable à une entreprise étrangère qui détache en France un ou des salariés dans le cadre d'une prestation de services internationale ? **56**
- **.B.2.2.1.** La législation du travail **56**
  - ⇒ **.B.2.2.1.1.** Les obligations déclaratives et autres formalités **56**
    - .1.** La déclaration de détachement et l'attestation de détachement **56**
    - .2.** La désignation d'un représentant en France de l'entreprise étrangère **64**
    - .3.** La déclaration d'accident du travail **67**
    - .4.** L'obligation de conserver et présenter des documents traduits en français **70**
    - .5.** La carte d'identification professionnelle BTP **73**
    - .6.** L'affichage sur chantier **76**
    - .7.** La déclaration de l'hébergement collectif des salariés **76**
  - ⇒ **.B.2.2.1.2.** Les règles de fond **77**
  - ⇒ **.B.2.2.1.3.** L'autorisation de travail est-elle nécessaire pour le salarié détaché ? **82**
- **.B.2.2.2.** La législation de sécurité sociale **83**
  - ⇒ **.B.2.2.2.1.** Le principe **83**
  - ⇒ **.B.2.2.2.2.** La dérogation **83**
  - ⇒ **.B.2.2.2.3.** Le régime applicable à l'entreprise étrangère : le principe ou la dérogation ? **85**
- **.B.2.2.3.** L'entreprise étrangère doit-elle verser des cotisations sociales à la caisse de retraite complémentaire et à Pôle Emploi ? **87**
- **.B.3.3.** Quelle est la législation fiscale applicable à l'entreprise étrangère qui détache en France un ou des salariés dans le cadre d'une prestation de services internationale ? **87**



**.C. Quelles sont les sanctions applicables à l'entreprise étrangère qui intervient en France dans le cadre d'une vraie prestation de services internationale ? 88**

- **.C.1. Les sanctions applicables au travailleur indépendant qui intervient sans salarié 88**
- **.C.2. Les sanctions applicables à l'entreprise étrangère qui détache un ou des salariés 89**
- **C.2.1. Les sanctions qui lui sont spécifiques en qualité d'entreprise étrangère 89**
- **.C.2.2. Les sanctions de droit commun 96**
  - ⇒ **.C.2.2.1. Les sanctions qui ne relèvent pas du travail illégal 96**
  - ⇒ **.C.2.2.2. Les sanctions qui relèvent du travail illégal 97**
  - ⇒ **.C.2.2.3. Les autres sanctions en lien avec le détachement 99**

**.III-C). L'activité exercée pour son propre compte en France par l'entreprise étrangère et le droit applicable 99**

**.A. Prestation pour compte propre ou prestation de services internationale ? 100**

- **.A.1. Les points communs 100**
- **.A.2. La différence 100**

**.B. Quel est le droit applicable à l'entreprise étrangère qui intervient pour son propre compte ? 100**

**.C. Quelles sont les sanctions applicables à l'entreprise étrangère qui intervient pour son propre compte ? 102**

**.III-D). La mobilité internationale intragroupe du salarié et le droit applicable 102**

**.A. Qu'est-ce que la mobilité internationale intragroupe du salarié ? 102**

**.B. Quels sont les textes applicables à la mobilité internationale intragroupe ? 103**

- **.B.1. Les normes communautaires 103**
- **.B.2. Les normes françaises 104**

**.C. Quelles sont les conditions de la mobilité internationale intragroupe ? 105**

**.D. Quel statut pour le salarié en mobilité : détachement ou emploi direct ? 106**

**.E. Quel est le droit social applicable au salarié en mobilité internationale intragroupe ? 107**

**.F. Quelles sanctions applicables à l'entreprise qui emploie un salarié en mobilité internationale intragroupe ? 107**

**.III-E). Une entreprise étrangère peut-elle embaucher un salarié en France ? 108**

## **2<sup>ème</sup> partie Quelques activités et professions règlementées 111**

### **.I). L'entreprise de travail temporaire 113**

**.A.** Quel est le cadre juridique de la prestation de services pour une entreprise de travail temporaire établie hors de France? **113**

- **.A.1.** Les conditions préalables **113**
- **.A.2.** Les conditions d'exercice de la prestation de services en France **114**
  - ⇒ **.A.2.1.** Les conditions propres au détachement **114**
  - ⇒ **.A.2.2.** Les conditions propres au travail temporaire **114**

**.B.** Quelles sanctions contre l'entreprise de travail temporaire établie hors de France ? **115**

- **.B.1.** Les sanctions spécifiques en qualité d'entreprise étrangère **115**
- **.B.2.** Les sanctions de droit commun **117**
  - ⇒ **.B.2.1.** Les sanctions qui ne relèvent pas du travail illégal **117**
  - ⇒ **.B.2.2.** Les sanctions qui relèvent du travail illégal **117**
  - ⇒ **.B.2.3.** Les autres sanctions en lien avec le détachement du salarié intérimaire **118**

### **.II). L'agence de mannequins 119**

**.A.** Quel est le cadre juridique de la prestation de services pour agence de mannequins établie hors de France? **119**

- **.A.1.** Les conditions préalables **119**
- **.A.2.** Les conditions d'exercice de la prestation de services en France **120**
  - ⇒ **.A.2.1** Les conditions propres au détachement **120**
  - ⇒ **.A.2.2.** Les conditions propres à la réglementation d'agence de mannequins **120**
    - ⇒ **.A.2.2.1.** Les conditions relatives à l'activité d'agence de mannequins **121**
    - ⇒ **.A.2.2.2.** Les conditions relatives au statut du mannequin **121**

**.B.** Quelles sont les sanctions contre l'agence de mannequins (établie dans l'UE ou l'EEE) **122**

- **.B.1.** Les sanctions spécifiques en qualité d'entreprise étrangère **122**
- **.B.2.** Les sanctions de droit commun **123**
  - ⇒ **.B.2.1.** Les sanctions qui ne relèvent pas du travail illégal **123**
  - ⇒ **.B.2.2.** Les sanctions qui relèvent du travail illégal **124**
  - ⇒ **.B.2.3.** Les autres sanctions en lien avec le détachement du mannequin **125**

### **.III). Le producteur de spectacles vivants ou enregistrés 125**

**.A. Qui est le producteur du spectacle ? 126**

**.B. Quel est le cadre juridique de la prestation de services pour un producteur étranger? 127**

- **.B.1. Les conditions préalables 127**

- **.B.2. Les conditions d'exercice de la prestation de services en France 127**

- ⇒ **.B.2.1. Les conditions propres au détachement 127**

- ⇒ **.B.2.2. Les conditions propres à la réglementation de producteur de spectacles 128**

- ⇒ **.B.2.2.1. Les conditions relatives à l'activité de producteur de spectacles 129**

- ⇒ **.B.2.2.2. Les conditions relatives au statut de l'artiste 129**

- ⇒ **.C. Quelles sont les sanctions contre le producteur de spectacle établi hors de France 130**

- **.C.1. Les sanctions spécifiques en qualité d'entreprise étrangère 130**

- **.C.2. Les sanctions de droit commun 132**

- ⇒ **.C.2.1. Les sanctions qui ne relèvent pas du travail illégal 132**

- ⇒ **.C.2.2. Les sanctions qui relèvent du travail illégal 132**

- ⇒ **.C.2.3. Les autres sanctions en lien avec le détachement de l'artiste ou du technicien 133**

### **.IV). Le transport routier de marchandises 134**

**.A. Contexte général 134**

**.B. Qu'est-ce que le cabotage routier de marchandise ? 136**

- **.B.1. Quel est le cadre juridique du cabotage routier de marchandises ? 137**

- **.B.2. Quelles sont les modalités du cabotage routier de marchandises ? 138**

**.C. Quels documents à bord du véhicule qui effectue du transport routier international ou du cabotage ? 139**

**.D. Quelles sont les sanctions contre l'entreprise de transport routier de marchandises 140**

**.E. Quelles sont les sanctions contre le donneur d'ordre qui est destinataire du transport sous cabotage ? 141**

### **.V). Les présomptions de salariat 141**

**.A. L'artiste du spectacle vivant ou enregistré 142**

- **.A.1. Le principe de la présomption de salariat 142**
- **.A.2. L'exception au principe de la présomption 143**
- **.A.3. Les sanctions 143**
- .B. Le mannequin 145**
- **.B.1. Le principe de la présomption de salariat 145**
- **.B.2. L'exception au principe de la présomption 146**
- **.B.3. Les sanctions 147**
- .C. Le bûcheron ou travailleur forestier 147**
- **.C.1. Le principe de la présomption de salariat 147**
- **.C.2. La levée de la présomption de salariat 148**
- **.C.3. Les sanctions 148**

### **3<sup>ème</sup> partie Le donneur d'ordre, le maître d'ouvrage et l'entreprise étrangère 153**

**.Quelques remarques liminaires 155**

**.I). Les obligations et la mise en cause du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage **au titre de la lutte contre le travail illégal** 156**

**.A. Le donneur d'ordre 156**

**.A.1. Les vérifications au titre de la solidarité financière prévues par le code du travail 156**

- **.A.1.1. Les vérifications au titre de la lutte contre le travail dissimulé 156**
- **.A.1.2. Les vérifications au titre de la lutte contre l'emploi d'un salarié étranger détaché sans titre de travail 158**

**.A.2. Les vérifications en application de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation 158**

**.A.3. Si le donneur d'ordre est une personne publique 160**

**.B. Le maître d'ouvrage 161**

- **.B.1. Au titre de la solidarité financière prévue par le code du travail 161**
- **.B.2. L'implication pénale du maître d'ouvrage 162**

**.C. Les sanctions administratives et financières 163**

**.D. Quelles autres personnes peuvent être mises en cause ? 163**

**.II). Les obligations et la mise en cause du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage au titre de la lutte contre le dumping social 164**

**.A. Au titre de l'hébergement indigne des salariés 165**

**.B. Au titre du non-respect du salaire minimal légal ou conventionnel ou des rappels de salaires 167**

**.C. Au titre du non-respect du noyau dur de la législation du travail 169**

**.D. L'information sociale de l'entreprise de travail temporaire non établie en France 171**

**.E. L'obligation d'informer le salarié détaché sur la réglementation applicable 172**

**.III). Les autres obligations incombant au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage 173**

**.A. La vérification du respect de la déclaration de détachement et de la déclaration de substitution 173**

**.B. L'envoi d'une déclaration de détachement de substitution 175**

**.C. La vérification spécifique de la déclaration de détachement en qualité de maître d'ouvrage 178**

**.D. La vérification du respect de la désignation du représentant de l'entreprise étrangère 180**

**.E. La déclaration de détachement ou l'accusé de réception de la déclaration de détachement joint au registre unique du personnel de l'entreprise d'accueil 183**

**.F. La vérification du paiement des amendes administratives dues par l'entreprise étrangère 184**

**.G. La vérification par le donneur d'ordre de la possession du certificat de détachement par le travailleur indépendant prestataire ou par le salarié détaché 185**

**.H. La déclaration d'accident du travail du salarié détaché par le cocontractant 190**

**.I. Le respect de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance 193**

**.J. La vérification de la carte d'identification professionnelle dans le secteur du BTP 193**

**.IV). Quid de la prestation pour compte propre ou du détachement du salarié en mobilité intragroupe ? 194**

**4<sup>ème</sup> partie Les fraudes à l'activité économique sur le territoire français 197**

**Quelques remarques liminaires 199**

## **.I). Les fraudes aux modalités d'exercice de l'activité économique sur le territoire français 200**

### **.A. La fraude à l'établissement 200**

- **.A.1. La coquille vide dans l'Etat de domiciliation 200**
- **.A.2. La délocalisation fictive à l'étrange 200**
- **.A.3. L'absence d'activité normale, substantielle et significative dans l'Etat de domiciliation 189**
- **.A.4. La présence d'une activité stable et continue sur le territoire français 201**
- **.A.5. L'activité économique exercée sans limitation prévisible de durée 202**

### **.B. Quid de la mise en cause du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage ? 203**

## **.II). Les fraudes à la nature de l'activité économique sur le territoire français 204**

### **.A. Les opérations de fausse sous-traitance 204**

- **.A.1. La mise à disposition illicite de salariés 205**
- **.A.2. Le recours à des faux travailleurs indépendants 205**
- **.A.3. Quid de la mise en cause du donneur d'ordre 207**
  - ⇒ **.A.3.1. Au plan pénal 207**
  - ⇒ **.A.3.2. Au plan civil 207**

### **.B. Les opérations d'intermédiation transnationale à destination du territoire français 207**

#### **.B.1. Les activités licites mais exercées de façon illégale 208**

- **.B.1.1. Les fraudes au travail temporaire 208**
- **.B.1.2. Les fraudes au mannequinat 209**

#### **.B.2. Les activités d'intermédiation transnationale illicite 210**

- **.B.2.1. La mise à disposition illicite de salariés, en dehors de tout cadre juridique 210**
- **.B.2.2. La mise à disposition de faux travailleurs indépendants 211**
- **.B.2.3. La mise à disposition de faux stagiaires 211**

## **.III) Les conséquences des arrêts Altun du 6 février 2018 et Vueling du 2 avril 2020 de la CJUE 212**

### **.A. Le descriptif du mode d'emploi proposé par les arrêts Altun et Vueling 213**

**.B. Le mode d'emploi de les arrêts Altun et Vueling appliqué à la fraude à l'activité économique sur le territoire français 218**

Liste noire des entreprises 220

## **5<sup>ème</sup> partie Les fraudes au détachement du salarié sur le territoire français 223**

Quelques remarques liminaires 225

**.A. Le détachement d'un salarié dépourvu d'antériorité d'emploi 226**

**.B. Le détachement d'un salarié rattaché de façon fictive à un Etat ou à une entreprise dans lequel il n'a pas travaillé 228**

**.C. Le détachement d'un salarié qui travaille habituellement en France 229**

**.D. Le rattachement indu du salarié au régime de sécurité sociale de la pluriactivité 230**

**.E. Le détachement d'un salarié placé sous la subordination juridique d'une entreprise établie en France 231**

- **.E.1. Le travail sous l'autorité et pour le compte d'un établissement français 231**
- **.E.2. Les opérations de fausse sous-traitance 233**
- **.E.3. Le dévoiement de la mobilité internationale intragroupe du salarié 234**

**.F. Les fraudes aux présomptions de salariat 237**

**.G. Les conséquences des arrêts Altun du 6 février 2018 et Vueling du 2 avril 2020 de la CJUE 238**

Liste noire des entreprises 246

## **6<sup>ème</sup> partie Les droits des victimes des fraudes 249**

Quelques remarques liminaires 251

**.A. Le salarié détaché 252**

- **.A.1. Intérêt à agir et droits lésés 252**
- **.A.2. Qui mettre en cause ? 252**
- **.A.3. Comment ? 253**
- **.A.4. Les conséquences des arrêts Altun du 6 février 2018 et Vueling du 2 avril 2020 de la CJUE 254**

**.B. Les organismes de recouvrement de la sphère sociale 264**

- **.B.1. Intérêt à agir et droits lésés 264**
  - **.B.2. Qui mettre en cause ? 264**
  - **.B.3. Comment ? 266**
  - **.B.4. Les conséquences des arrêts Altun du 6 février 2018 et Vueling du 2 avril 2020 de la CJUE 266**
- .C. Les organisations syndicales, les organisations professionnelles et les entreprises 273**
- **.C.1. Intérêt à agir et droits lésés 273**
  - **.C.2. Qui mettre en cause ? 273**
  - **.C.3. Comment ? 273**
- 7<sup>ème</sup> partie Jurisprudence 275**



## AVANT-PROPOS

L'intervention des entreprises étrangères sur le territoire français, dont il est bon de rappeler que l'essentiel s'effectue à la demande de donneurs d'ordre français, est souvent considérée comme source de dumping social, notamment en raison du versement de rémunérations moindres aux salariés qu'elles détachent pour honorer leurs contrats commerciaux. Pour mettre fin à cette concurrence déloyale du fait de la différence de salaire, la France, dans le cadre des discussions qui sont intervenues sous l'égide de la Commission européenne à Bruxelles pour modifier une seconde fois la directive du 16 décembre 1996 sur les travailleurs détachés, a déclaré souhaiter que les salariés détachés ne perçoivent pas uniquement le salaire minimal, légal ou conventionnel, en vigueur dans l'Etat d'accueil et d'emploi, mais que soit reconnu le principe d'égalité de traitement de rémunération (A travail égal, salaire égal) entre les salariés en emploi direct et les salariés détachés.

Ces discussions ont abouti à la directive du 28 juin 2018, dont un commentaire détaillé suit (*voir infra p.23*).

Outre le fait que la directive du 28 juin 2018 n'impose pas le respect du principe « A travail égal, salaire égal », cette position de la France mérite d'être resituée dans un contexte juridique aujourd'hui oublié.

Les premiers textes français fixant la réglementation applicable aux entreprises étrangères détachant des salariés en France résultent de l'article 36 de la loi du 20 décembre 1993<sup>1</sup> et surtout de son décret d'application du 11 juillet 1994<sup>2</sup>. Cette réglementation imposait aux entreprises étrangères de respecter le principe d'égalité de traitement en matière de rémunération effective. En effet, l'article 2 du décret était ainsi rédigé :

*« Article D.341-5-1 du code du travail. - Les salariés visés à l'article D.341-5 du code du travail bénéficient des dispositions des conventions et accords collectifs étendus, applicables aux salariés employés par les entreprises établies en France exerçant une activité principale identique à la prestation de services effectuée.*

*Sont applicables dans les dispositions conventionnelles susvisées celles relatives à l'hygiène et à la sécurité, à la durée du travail, au travail du dimanche, au travail des femmes et des jeunes, au travail de nuit et aux congés payés, aux congés pour événements familiaux, aux jours fériés, aux classifications, **à la rémunération y compris les primes et compléments de salaires**<sup>3</sup>, aux remboursements des frais de toute nature, à l'indemnisation des absences pour maladie ou accident.*

*Lorsque le bénéfice des avantages conventionnels est soumis à des conditions d'ancienneté, il convient de prendre en compte l'ancienneté du salarié dans l'entreprise prestataire à compter de la date de conclusion de son contrat de travail. ».*

<sup>1</sup> Loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle.

<sup>2</sup> Décret n°94-573 du 11 juillet 1994 pris pour l'application de l'article 36 de la loi quinquennale relative à l'emploi, au travail et à la formation professionnelle (art. L.341-5 du code du travail).

<sup>3</sup> Souligné par nous.

Le décret du 11 juillet 1994 visait la rémunération effective et dans sa généralité et sa plus large acceptation, et non pas le seul salaire minimum.

Cette rédaction du code du travail a été radicalement et soudainement modifiée par amendement gouvernemental lors des débats parlementaires relatifs à la loi du 2 août 2005, qui, par ailleurs, avait un autre objet<sup>4</sup>. En effet, le gouvernement a présenté à cette occasion au vote du Parlement un ensemble de dispositions, codifiées à l'article 89 de la loi, reformulant dans le code du travail le cadre juridique et les obligations sociales des entreprises étrangères détachant des salariés sur le territoire français. C'est à cette occasion que l'expression *rémunération* a été discrètement remplacée par *salaire minimum*<sup>5</sup>, remettant ainsi en cause le principe d'égalité de traitement de rémunération effective pour les salariés détachés, inscrit dans le code du travail depuis 1994.

La substitution du terme « *rémunération* » par l'expression « *salaire minimum* » a un caractère sensiblement moins favorable pour le salarié détaché et plus avantageux pour l'entreprise étrangère et son donneur d'ordre français.

Cette modification substantielle du code du travail, qui a objectivement favorisé le dumping social depuis 2004, n'a pas donné lieu à explication lors des débats parlementaires, ni par la suite.

Pourtant l'insertion dans la législation française du principe « A travail égal, salaire égal » en 1994, et qui allait de soi, n'avait suscité ni opposition, ni réserve de la part de la Commission européenne lorsqu'elle avait conduit en France une mission d'évaluation de la transposition de la directive communautaire du 16 décembre 1996 sur le détachement. La Commission européenne avait considéré qu'il s'agissait d'une prérogative régaliennne de la France, qui ne constituait pas une entrave directe ou indirecte à la libre prestation de services, pas plus que la déclaration de détachement rendue également obligatoire dès 1994 par la France de façon unilatérale, sans fondement et sans aval communautaire.

La France peut donc restaurer dans sa législation le principe « A travail égal, salaire égal », sans attendre l'aval de la Commission européenne ou des autres Etats membres de l'Union européenne, dont plusieurs sont d'ailleurs opposés à ce principe.

La restauration de ce principe est d'autant plus facile et évidente à réaliser qu'il est déjà inscrit à l'article R.5221-20 5° du code du travail, relatif aux conditions de délivrance des autorisations de travail aux salariés ressortissants d'Etats tiers, en emploi direct ou détachés. En effet, cette disposition du code du travail conditionne la délivrance de l'autorisation de travail au respect par l'employeur des conditions d'emploi et de rémunération offertes à l'étranger, qui sont comparables à celles des salariés occupant un emploi de même nature dans l'entreprise ou, à défaut, conformes aux rémunérations pratiquées sur le marché du travail pour l'emploi sollicité.

De surcroît, la distorsion de rédaction entre l'article L.1262-4 8° et l'article R.5221-20 5° du code du travail emporte une différence de traitement entre l'employeur d'un salarié détaché,

---

<sup>4</sup> Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

<sup>5</sup> Article L.342-3 alinéa 4 du code du travail recodifié à l'article L.1262-4 8° du code du travail.

selon que celui-ci est ressortissant d'un Etat tiers (égalité de traitement) ou non (salaire minimum légal ou conventionnel).

## QUELQUES REMARQUES LIMINAIRES

.1. La présence importante, diffuse et durable des entreprises étrangères sur le territoire français, y compris dans les départements d'outre-mer, a pour conséquence de rendre inévitable le constat de leur présence par les agents habilités<sup>6</sup>, agents de contrôle ou agents des services ou des organismes de recouvrement. Par ailleurs, cette présence se traduit par l'emploi en France d'un nombre grandissant de salariés de ces entreprises, appelés des salariés détachés, qui ont des droits à faire reconnaître au titre de la législation communautaire et française.

Si l'analyse des conditions d'intervention de ces entreprises est effectivement plus difficile, à divers titres<sup>7</sup>, que celle des entreprises françaises, les personnes intéressées ou impliquées disposent cependant d'outils juridiques non négligeables, qui doivent être absolument connus et maîtrisés, afin que l'intervention de ces entreprises et de leur recours par des donneurs d'ordre, très souvent établis en France, se fassent dans le respect de l'ordre public social<sup>8</sup>.

Les outils juridiques sont:

⇒ d'une part, les nombreuses dispositions inscrites dans la législation, dont les premières spécifiques datent du mois de juin 1992<sup>9</sup>,

⇒ d'autre part, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE) et celle de la Cour de cassation. Ces jurisprudences sont la plupart du temps méconnues et donc non valorisées par les agents de contrôle habilités<sup>10</sup>, les organismes de recouvrement et les victimes du travail illégal et du dumping social<sup>11</sup>.

L'intérêt de connaître, de mentionner et d'invoquer cette jurisprudence à l'occasion du traitement d'affaires qui mettent en cause des entreprises étrangères et leurs donneurs d'ordre<sup>12</sup> est triple :

---

<sup>6</sup> Agents de contrôle de l'Etat, agents des organismes de recouvrement et agents de Pôle Emploi et des caisses de congés payés.

<sup>7</sup> Obstacle linguistique, extranéité du représentant légal et du siège de l'entreprise, connivence plus marquée avec le donneur français.

<sup>8</sup> Pour la définition de l'ordre public social, voir l'avis n° 310.108 du Conseil d'Etat du 22 mars 1973 qui est la référence en la matière.

<sup>9</sup> Code du travail, code de la sécurité sociale, code pénal et code de procédure pénale.

<sup>10</sup> Le premier arrêt intéressant de la CJUE date du mois de décembre 1970 et le premier arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation relatif à l'intervention d'une entreprise étrangère du mois de janvier 1996 dans une affaire de fausse sous-traitance.

<sup>11</sup> Voir le « Mode d'emploi des droits des victimes du travail illégal et du dumping social », du même auteur:

[https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_victimes\\_2\\_edition\\_avril\\_2018.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_victimes_2_edition_avril_2018.pdf)

<sup>12</sup> Voir infra 7ème partie Jurisprudence p.275 et suivantes.

⇒ mieux évaluer la légalité des conditions d'intervention de l'entreprise étrangère et du détachement du salarié, et donc identifier l'essentiel et ne pas se concentrer sur l'accessoire ou le secondaire (en oubliant l'essentiel),

⇒ mobiliser et utiliser toutes les qualifications juridiques potentielles et disponibles, notamment les qualifications pénales ou les requalifications contractuelles civiles, en particulier pour la valorisation des droits du salarié détaché et le paiement des cotisations et contributions sociales dues, de ce fait, en France,

⇒ faciliter le parcours judiciaire de la procédure pénale (parquet, juge d'instruction, tribunal), ou civile (conseil de prud'hommes et tribunal des affaires de sécurité sociale TASS<sup>13</sup>) pour éviter des hésitations, des incertitudes ou des réticences<sup>14</sup>.

Il existe un troisième outil, mais qui ne concerne que les agents de contrôle, et qui tarde à faire ses preuves: celui de la coopération administrative entre les Etats membres de l'Union européenne, qui fonctionne globalement de façon peu satisfaisante depuis 1996, même si, au fil du temps, des améliorations sont perçues.

La directive 2014/67 du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71 CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services devrait apporter des améliorations, notamment quant au délai de réponse<sup>15</sup> de l'Etat saisi. Mais aujourd'hui, il est encore prématuré de fonder la fiabilité et l'efficacité du contrôle d'une entreprise communautaire sur la réponse d'un Etat membre. Par ailleurs, cette coopération n'existe pas avec tous les autres Etats, à commencer par Andorre, Gibraltar, Guernesey, Jersey et Monaco...pour ne citer que les Etats ou territoires « fiscalement et socialement attractifs » proches de la France.

**.2. La légalité de l'intervention d'une entreprise étrangère sur le territoire français, du détachement de son salarié auquel elle procède et de son recours par un donneur d'ordre dépend :**

⇒ en premier lieu, de la légalité du statut de l'activité économique exercée par cette entreprise en France (est-ce que l'activité économique est légalement exercée en France ?),

⇒ en second lieu, de la légalité du statut du salarié affecté à cette activité économique (est-ce que le salarié est légalement détaché et réellement employé en France en cette qualité ?).

Le résultat de cette analyse peut avoir notamment un impact décisif sur la mise en cause du donneur d'ordre, voire du maître d'ouvrage, et sur les droits du salarié qui ne sera plus nécessairement considéré par le juge comme un salarié détaché.

***Par exemple, si une entreprise étrangère effectue une vraie prestation de services en France, car son intervention est temporaire, cette prestation sera cependant illégale si elle se résume à une opération de fausse sous-traitance et de marchandage. Le donneur d'ordre français sera***

<sup>13</sup> Au 1<sup>er</sup> janvier 2019, le TASS a été supprimé ; il est remplacé par le pôle social du tribunal de grandes instance.

<sup>14</sup> Il ne faut hésiter à citer, voire à joindre, les décisions pertinentes de la CJUE ou de la Cour de cassation venant conforter la procédure.

<sup>15</sup> 25 jours ouvrables maximum, ramenés à 2 jours ouvrables maximum en cas d'urgence.

*automatiquement mis en cause et le statut de salarié détaché tombera de facto car il sera considéré de plein droit comme le salarié du donneur d'ordre requalifié en employeur.*

.3. Le droit du travail l'emporte sur le droit de la sécurité sociale; les qualifications juridiques retenues par le juge au regard de la législation du travail, notamment celles relevant de la sphère du travail illégal, déterminent les obligations de l'employeur en matière de sécurité sociale et de protection sociale en France, et non pas l'inverse. Il est donc impératif de caler l'analyse de l'activité économique et de la situation de travail du salarié au regard de la législation du travail, et non pas au regard de la législation de sécurité sociale. La bonne application de celle-ci dépendra de la législation du travail applicable.

***Par exemple, si des travailleurs indépendants prestataires sont requalifiés en salariés du donneur d'ordre français, les cotisations sociales seront dues en France par cet employeur de fait, même si chacun de ces travailleurs est muni d'un certificat de détachement. Dans cette hypothèse (comme d'en d'autres), le certificat de détachement est non opposable car hors sujet et, donc, sans objet<sup>16</sup>.***

.4. La jurisprudence de la CJUE relative au certificat de détachement, qui est reprise par la Cour de cassation, pénalise sensiblement la lutte contre le travail illégal et le dumping social, ainsi que les droits des victimes de ces fraudes. Il existe cependant des biais juridiques qui n'ont pas encore été soumis à l'appréciation du juge français, pour contourner la position verrouillée de la CJUE sur ce sujet ; le présent « Mode d'emploi » en suggère plusieurs. Il n'est donc pas acquis que l'analyse de la Cour de cassation soit stabilisée, dès lors que des arguments juridiques pertinents soient soumis à son examen, et dans l'attente d'une modification sensible des règlements communautaires de coordination de sécurité sociale pour contourner la jurisprudence de la CJUE qui sécurise objectivement les comportements frauduleux.

.5. Travail illégal et dumping social sont des notions qui se ne confondent pas, même si elles sont sécantes et souvent associées. Le travail illégal est une appellation juridique, dont le contenu, mentionné à l'article L.8211-1 du code du travail, est précisément défini par les articles L.8221-1 et suivants de ce même code; le travail illégal fait partie incontestablement du dumping social.

A l'inverse, le dumping social est une appellation usuelle doctrinale ou politique, sans contenu juridique précis, et donc à géométrie variable. On peut définir le dumping social comme un ensemble de pratiques commerciales qui visent à permettre à des entreprises (françaises ou étrangères) d'être moins disantes que leurs concurrentes, soit en ne respectant pas la législation sociale en vigueur, soit en optimisant, par un effet d'aubaine délibérément recherché, les facilités offertes par la loi, qui résultent des textes, de la contrariété des textes ou des silences des textes (par un effet *d'a contrario*). Le dumping social peut donc couvrir un champ très large, dès lors qu'il est considéré que toute violation ou tout évitement de la loi sociale ou de l'ordre public social procure un avantage économique à son auteur, au détriment de celui qui applique la loi.

---

<sup>16</sup> Cass. crim. n° 15-80896 du 27 novembre 2017 Eurl BRB ; le certificat de détachement n'interdit pas au juge de requalifier en salarié des prétendus travailleurs indépendants polonais détenteurs de ce formulaire et de condamner pour dissimulation d'emploi salarié le donneur d'ordre considéré comme l'employeur de fait de ces personnes.

**Trois exemples de dumping social du fait d'une entreprise étrangère qui ne constituent pas du travail illégal** : le non-respect du SMIC ou des minima de rémunération conventionnelle étendus, le non paiement des cotisations à la caisse de congés payés et l'utilisation astucieuse des certificats de détachement pour ne pas verser de cotisations et contributions sociales en France.

**Nota**

*Alors que beaucoup dénoncent le dumping social du fait des entreprises étrangères sur le territoire français, aucune étude socio économique publique n'a été conduite en France à ce jour pour évaluer l'impact de la libre prestation de services sur le marché du travail, pour apprécier les effets de substitution en termes d'emploi et pour décrire les stratégies et les comportements des opérateurs économiques français pour optimiser cette liberté communautaire.*

*Cette étude serait pourtant la bienvenue pour documenter le débat politique et adapter l'outillage juridique.*

*Par ailleurs, la répétition de modifications législatives rapprochées depuis 2014<sup>17</sup> relatives au cadre juridique applicable aux entreprises étrangères intervenant sur le territoire français, ainsi qu'à leurs donneurs d'ordre, crée une instabilité et une insécurité préjudiciable à l'efficacité de la lutte contre le travail illégal et le dumping social du fait de ces opérateurs économiques. Ceux-ci peuvent plaider leur bonne foi de l'ignorance d'une législation aussi volatile et changeante.*

*Les agents de contrôle, les services de recouvrement et les magistrats n'arrivent plus à suivre l'évolution de textes aussi mouvants et à s'approprier leur contenu.*

*Cette instabilité législative traduit une difficile maîtrise de ce sujet par les pouvoirs publics qui éprouvent le besoin d'ajuster fréquemment les règles applicables à des fraudes et à des abus pourtant bien connus depuis fort longtemps par les spécialistes.*

*Enfin, ces différentes modifications législatives n'ont toujours pas intégré et rendu obligatoires plusieurs mesures indispensables à la lutte contre le travail illégal et le dumping social (**voir infra p.365 18 propositions pour améliorer le dispositif juridique et opérationnel**).*

<sup>17</sup> Loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre le concurrence sociale déloyale, loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (articles 279 et sq.), loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation di dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (articles 105 et sq), loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017 (article 27), loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel (articles 89 et sq.) et ordonnance n° 2019-116 du 20 février 2019 portant transposition de la directive (UE) 2018/957 du Parlement européen et du Conseil du 28 juin 2018 modifiant la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

## LA NOUVELLE DIRECTIVE DU 28 JUIN 2018 SUR LE DETACHEMENT DE SALARIE

### et sa transposition par l'ordonnance Travail n° 2019-116 du 20 février 2019 et par le décret n° 2020-916 du 28 juillet 2020

#### Quel impact sur la législation du travail applicable en France ?

L'Union européenne vient de publier une troisième directive datée du 28 juin 2018<sup>18</sup> sur le droit du travail applicable à l'entreprise établie dans un Etat de l'Union européenne qui détache un salarié dans un autre Etat membre. La directive du 28 juin 2018 a pour objet principal de modifier, de compléter et de préciser les obligations sociales pesant sur l'entreprise étrangère, qui résultent de la directive du 16 décembre 1996, même si elle a des incidences collatérales sur le contenu de la directive du 15 mai 2014.

La finalité de la directive du 28 juin 2018 est d'assurer une meilleure politique communautaire de lutte contre le dumping social, lorsqu'une entreprise étrangère, dans le cadre de la libre prestation de services, détache un ou plusieurs de ses salariés dans un autre Etat de l'Union européenne.

Les Etats de l'Union européenne ont l'obligation de transposer la directive du 28 juin 2018 dans leur législation nationale pour le 30 juillet 2020 au plus tard.

La France a procédé à la transposition de la directive par l'ordonnance Travail du 20 février 2019 et par le décret du 28 juillet 2020<sup>19</sup>.

La directive du 28 juin 2018, et ces deux textes de transposition, contiennent des mesures, qui sont présentées comme nouvelles et originales et donc destinées à mieux lutter contre le dumping social.

L'analyse détaillée de ces mesures fait ressortir qu'elles ne sont pas novatrices et qu'elles n'apportent aucune amélioration à la législation française, qui en fait application depuis fort longtemps. Par ailleurs, ces mesures n'ont aucun impact juridique sur les fraudes majeures pratiquées par les entreprises étrangères et leurs donneurs d'ordre sur le territoire français (fraude à l'établissement, faux détachement, fausse sous-traitance, faux travail indépendant, fraude aux présomptions de salariat, fraude à l'utilisation des certificats de détachement...).

#### **1<sup>ère</sup> mesure Appliquer aux entreprises étrangères les conventions et accords collectifs étendus en vigueur en France, hors secteur de la construction.**

La directive du 28 juin 2018 impose, de façon explicite, à l'entreprise étrangère qui détache un salarié dans un autre Etat de l'Union européenne de respecter les textes conventionnels

---

<sup>18</sup> Directive 2018/957 du 28 juin 2018 (JOUE du 9 juillet 2018), qui fait suite à la directive 96/71 du 16 décembre 1996 et à la directive 2014/67 du 15 mai 2014.

<sup>19</sup> Les dispositions du décret du 28 juillet 2020 n'ont pas toutes pour objet la transposition de la directive du 28 juin 2018.

étendus qui sont en vigueur dans l'Etat d'accueil et d'emploi. Une lecture biaisée de la directive du 16 décembre 1996 pouvait laisser penser que l'entreprise étrangère était tenue d'appliquer exclusivement les textes conventionnels étendus dans le secteur de la construction, ce qui n'était pas le cas.

Cette précision apportée par la directive du 28 juin 2018, reprise dans l'ordonnance du 20 février 2019, n'a aucune incidence sur la législation française puisque le code du travail rend obligatoire, depuis le mois de juillet 1994, pour l'entreprise étrangère qui détache un salarié, le respect des textes conventionnels étendus, quel que soit le secteur d'activité.

La directive du 28 juin 2018 et l'ordonnance Travail du 20 février 2019 ne conduisent donc pas la France à modifier sa législation sur ce point.

**2<sup>ème</sup> mesure Assurer l'égalité de traitement en matière de rémunération effective avec les salariés des entreprises françaises. Mise en œuvre du principe « A travail égal, salaire égal ».**

Très souvent évoqué lors des discussions et des débats qui ont conduit à l'élaboration de la directive du 28 juin 2018, ce principe n'est pas cependant intégré dans la directive et ne le rend pas obligatoire.

L'obligation pour l'entreprise étrangère de respecter le principe « A travail égal, salaire égal » implique en effet de verser au salarié détaché la même rémunération réelle et effective que celle dont bénéficie le salarié employé dans l'Etat d'accueil, à emploi, qualification, expérience et ancienneté équivalents<sup>20</sup>. Cette obligation n'est pas mentionnée dans la directive. La directive mentionne que l'entreprise étrangère doit uniquement verser la même rémunération que celle prévue par les textes conventionnels étendus, ce qui est sensiblement différent, d'autant qu'en France la rémunération effective, dans de nombreuses branches, est très souvent supérieure à la rémunération conventionnelle.

La directive du 28 juin 2018 n'impose donc pas à la France à modifier sa législation pour faire bénéficier le salarié détaché du principe « A travail égal, salaire égal » qui n'est toujours pas inscrit dans les textes communautaires (*voir supra p.17*).

L'ordonnance Travail du 20 février 2019 ne fait que confirmer l'état du droit depuis le décret du 11 juillet 1994 (*voir supra p.17*).

**3<sup>ème</sup> mesure Faire bénéficier le salarié détaché de tous les éléments de la rémunération prévus par la loi ou par la convention collective étendue**

La directive du 28 juin 2018 stipule que le salarié détaché doit percevoir tous les éléments composant la rémunération versée au salarié de l'Etat d'accueil, tels qu'ils sont prévus par les textes conventionnels étendus. La directive du 16 décembre 1996 se limitait à rendre obligatoire le respect du salaire minimum.

---

<sup>20</sup> A l'identique de ce qui est mentionné au 5<sup>ème</sup> de l'article R.5221-20 du code du travail pour la rémunération que doit percevoir un travailleur primo migrant.



Cette évolution du droit communautaire n'a aucune incidence sur la législation française puisque le code du travail rend obligatoire, depuis le mois de juillet 1994, pour l'entreprise étrangère qui détache un salarié l'application des textes conventionnels étendus, y compris pour ses dispositions relatives aux différents éléments (indemnités, primes, avantages en nature...) composant la rémunération.

La directive du 28 juin 2018 n'oblige donc pas la France à adapter sa législation sur ce point, ce qui est confirmé par la lecture de l'ordonnance Travail du 20 février 2019 et le décret du 28 juillet 2020.

#### **4<sup>ème</sup> mesure Faire bénéficier le salarié détaché des allocations de déplacement prévues par la loi ou par la convention collective étendue**

La directive du 28 juin 2018 mentionne que le salarié détaché dans un autre Etat de l'Union européenne bénéficie des allocations (ou indemnités) de déplacement prévues par la législation ou les textes conventionnels étendus de l'Etat d'accueil et d'emploi ; ces allocations sont destinées à compenser, en général, les frais supplémentaires de transport, de nourriture et d'hébergement supportés par le salarié détaché.

Cette évolution du droit communautaire n'a aucune incidence sur la législation française puisque le code du travail rend obligatoire, depuis le mois de juillet 1994 pour l'entreprise étrangère qui détache un salarié, l'application des textes conventionnels étendus, y compris pour ses dispositions relatives aux déplacements professionnels. Ainsi, si une convention collective étendue prévoit le versement d'une prime de panier ou d'une indemnité de grand déplacement, celle-ci est due au salarié détaché depuis cette date.

La directive du 28 juin 2018 ne contraint donc pas la France à faire évoluer sa législation sur ce point.

Il est à noter que la directive du 28 juin 2018 n'oblige pas l'entreprise étrangère à prendre en charge directement le coût du transport, ni de la nourriture, ni du logement ; elle n'impose pas non plus à l'entreprise étrangère d'assurer le transport, la nourriture ou le logement du salarié détaché.

L'article 1<sup>er</sup> II 2° du décret du 28 juin 2020 ne modifie pas l'état du droit existant.

#### **5<sup>ème</sup> mesure Rembourser au salarié détaché les dépenses qu'il a engagées pour son transport, sa nourriture et son hébergement, dans les conditions prévues par la loi ou par la convention collective étendue**

La directive du 28 juin 2018 mentionne que le salarié détaché dans un autre Etat de l'Union européenne bénéficie du remboursement des dépenses qu'il a engagées pour son voyage, sa nourriture et son hébergement dans les conditions prévues par la législation ou les textes conventionnels étendus de l'Etat d'accueil et d'emploi.

Cette évolution du droit communautaire n'a aucune incidence sur la législation française puisque le code du travail rend obligatoire, depuis le mois de juillet 1994 pour l'entreprise étrangère qui détache un salarié, l'application de la convention collective étendue, y compris

pour ses dispositions relatives à la prise en charge et au remboursement des frais liés aux déplacements professionnels ; à cet égard, le système conventionnel français opte plus fréquemment, non pas pour le remboursement des frais exposés, mais pour le versement de primes ou d'indemnités forfaitaires.

La directive du 28 juin 2018 ne contraint donc pas la France à modifier sa législation sur ce point.

Il est à noter que la directive du 28 juin 2018 n'oblige pas l'entreprise étrangère à prendre en charge directement le coût du transport, ni de la nourriture, ni du logement ; elle n'impose pas non plus à l'entreprise étrangère d'assurer le transport, la nourriture ou le logement du salarié détaché.

L'article 1<sup>er</sup> II 2° du décret du 28 juin 2020 ne fait pas évoluer l'état du droit existant.

### **6<sup>ème</sup> mesure Préciser le régime juridique de l'allocation propre au détachement versé au salarié détaché : salaire ou remboursement de frais professionnels**

La directive du 28 juin 2018 opère une distinction selon finalité et l'objet de l'allocation que l'entreprise étrangère verse au salarié détaché à l'occasion de son détachement, en sus de la rémunération qu'il perçoit habituellement dans l'Etat où il exerce normalement son activité professionnelle, afin d'atteindre le niveau de rémunération de l'Etat d'accueil.

Cette allocation différentielle ou de rattrapage est mentionnée sur le bulletin de paie avec une dénomination variable selon les entreprises ou les Etats<sup>21</sup> ; par ailleurs, elle peut être mensuelle ou calendaire (*per diem*).

La directive confirme le principe selon lequel l'allocation est *a priori* un élément constitutif de la rémunération, et non pas un remboursement de frais à exclure de l'assiette de calcul du niveau de la rémunération. Ce n'est que par exception, et au regard des dispositions contenues dans la convention collective étendue et des autres sommes versées ou non au salarié détaché, que tout ou partie de cette allocation de détachement peut être considérée comme du remboursement de frais professionnels. Dans ce cas, l'entreprise étrangère doit verser un complément de rémunération, correspondant au montant de la part de l'allocation considérée comme du remboursement de frais.

La distinction opérée par la directive relative à la nature des sommes versées au salarié détaché est applicable en France depuis fort longtemps. De jurisprudence constante, il est acquis en France que des remboursements de frais professionnels ne sont pas considérés comme des éléments de la rémunération; cette position de la jurisprudence a été formellement codifiée à l'alinéa 2 de l'article R.1262-8 du code du travail en décembre 2007.

La directive du 28 juin 2018 ne contraint donc pas la France à modifier sa législation sur ce point.

---

<sup>21</sup> Prime de mobilité, indemnité d'expatriation, indemnité calendaire ou per diem, indemnité de dépaysement, prime de détachement....

Cependant, pour assurer sur ce point la transposition de la directive, l'article 1<sup>er</sup> II 2° du décret du 28 juin 2020 mentionne que « *lorsque l'employeur ne justifie pas du versement de tout ou partie de l'allocation propre au détachement au titre de la rémunération ou des dépenses effectivement encourues du fait du détachement en application du contrat de travail ou de la loi qui régit celui-ci, l'intégralité de l'allocation est alors regardée comme payée à titre de remboursement des dépenses et est exclue de la rémunération.* »

De cette formulation peu lisible, il faut sans doute comprendre qu'en cas d'incapacité pour l'entreprise étrangère de justifier que les sommes versées en complément du salaire du pays d'origine constituent l'allocation différentielle, ces sommes litigieuses sont considérées comme des remboursements de dépense et exclues de l'assiette de calcul de la rémunération due.

Mais pour permettre aux services de contrôle de s'assurer que l'allocation versée au salarié ne correspond pas à des remboursements de frais professionnels, il importerait de modifier sensiblement les 3° et 4° de l'article R.1263-1 pour rendre plus explicites et détaillées les mentions portées sur le bulletin de paie ou sur le document équivalent remis au salarié détaché. Par ailleurs, il serait nécessaire d'harmoniser les différentes rédactions utilisées dans le code du travail pour désigner et déterminer la rémunération à verser au salarié détaché<sup>22</sup>.

#### **7<sup>ème</sup> mesure Assurer l'égalité de traitement entre le salarié intérimaire détaché et le salarié de l'entreprise utilisatrice occupant le même poste**

La directive du 28 juin 2018 précise, de façon explicite, quels sont les droits sociaux du salarié intérimaire détaché dans une entreprise utilisatrice établie dans un autre Etat de l'UE. La directive, pour éviter un effet d'aubaine, impose une égalité de traitement, notamment en termes de rémunération, avec le salarié permanent de l'entreprise d'accueil occupant un poste de travail identique.

Cette évolution du droit communautaire n'a aucune incidence sur la législation française puisque le code du travail soumet, depuis le mois de juillet 1994, l'entreprise de travail temporaire étrangère qui détache un salarié intérimaire en France aux mêmes règles que l'entreprise de travail temporaire française ; à ce titre, le 6° de l'article L.1251-43 du code du travail relatif au niveau de la rémunération à verser au salarié intérimaire détaché est applicable depuis cette date.

La directive du 28 juin 2018 ne contraint donc pas la France à modifier sa législation sur ce point; l'article 2 de l'ordonnance Travail du 20 février 2019 est de pure convenance et se limite à confirmer l'état du droit déjà applicable en France.

---

<sup>22</sup> Le code du travail utilise huit rédactions différentes qui sont mentionnées aux articles L.1262-4, L.1262-4-3, L.1263-3, L.8281-1, aux 3°, 4° et 5° de l'article R.1263-1 et R.5221-20.

**8<sup>ème</sup> mesure Limiter la durée du détachement du salarié à douze mois, avec dérogation possible jusqu'à dix huit mois pour un détachement dit « de longue durée »**

La directive du 28 juin 2018 fixe une limite de douze mois au détachement d'un salarié, dont la durée, à titre dérogatoire, peut être prolongée jusqu'à dix huit mois. La directive ne contient aucune explication sur l'encadrement de la durée du détachement, dont la durée n'était pas limitée par la directive du 16 décembre 1996.

La durée du détachement en France n'a jamais été une source de problème, de fraude ou de contentieux, à quelque titre que ce soit, depuis 1986, date de l'entrée de l'Espagne et du Portugal dans l'Union européenne. Il n'existe aucune décision de la Cour de cassation sanctionnant une durée excessive d'un détachement, dont on perçoit mal l'abus intrinsèque. Vouloir limiter la durée du détachement est donc sans objet et sans utilité, au regard de la lutte contre le dumping social et contre la fraude. Son contrôle va par ailleurs se heurter à des difficultés factuelles considérables.

Une telle mesure risque au contraire de générer de nouvelles fraudes, notamment par des effets de substitution, de noria et de turn-over organisés.

Les fraudes commises sur le territoire français par les entreprises étrangères et leurs donneurs d'ordre français sont bien réelles et nombreuses, mais ne sont jamais en relation avec la durée du détachement. Elles sont d'une toute autre nature, bien plus efficaces. Les fraudes résultent du contournement et de la dénaturation, soit des conditions et des règles d'exercice de l'activité économique sur le territoire français par les entreprises étrangères (par exemple, la fraude à l'établissement), soit des critères et des caractéristiques du détachement (par exemple, la subordination juridique assurée par un employeur de fait en France par le recours à de la fausse sous-traitance), soit de l'utilisation frauduleuse du certificat de détachement.

Ces fraudes sont ignorées des textes communautaires et, notamment, par la directive du 28 juin 2018.

L'article 3 II de l'ordonnance du 20 février 2019 assure la transposition de la directive sur ce point en affichant indirectement une limitation de la durée du détachement à 12 mois, tout en permettant à l'entreprise étrangère de prolonger le détachement jusqu'à 18 mois, sur simple déclaration motivée dans l'application SIPSI (système d'information sur les prestations de services internationales) gérée par le ministère chargé du travail,

Pendant la durée des 6 mois prolongés du détachement qui ont fait l'objet d'une déclaration motivée par l'employeur, celui-ci n'est alors tenu que de continuer à appliquer le seul noyau dur de la législation du travail, en application d'une lecture très subtile de l'alinéa 3 II de l'article L.1262-4 du code du travail, modifié par l'ordonnance Travail du 20 février 2019.

Cette disposition aura un effet très relatif, puisque la durée moyenne du détachement en France est de 60 jours ; elle pourra viser quelques salariés en mobilité internationale intragroupe.

## 9<sup>ème</sup> mesure Prendre des dispositions spécifiques et adaptées pour le transport routier transnational

La directive du 28 juin 2018 ne s'applique pas en l'état au transport routier transnational, c'est-à-dire au transport routier de marchandises (TRM), au transport routier de personnes ou de voyageurs et au transport routier de petits colis en messagerie.

La directive du 28 juin 2018 s'applique *a contrario* aux autres modalités de transport terrestre (transport ferroviaire notamment) et au transport fluvial ; le transport maritime a été exclu dès l'origine par la directive du 16 décembre 1996.

Les conditions de détachement du salarié dans le cadre d'un transport routier transnational ont l'objet de discussions spécifiques qui ont abouti à l'adoption le 8 juillet 2020 du Paquet « mobilité » :

<https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/dumping-social-dans-le-transport-routier-communautaire-adoption-le-8-juillet-2020-du-paquet-mobilite>

Les textes adoptés dans le cadre du Paquet mobilité mentionnent que la directive détachement de 1996 s'applique au transport routier transnational, y compris aux opérations de cabotage, sauf opérations bilatérales.

### **Nota**

*La directive du 28 juin 2018 n'a aucune incidence sur la lutte contre l'utilisation de certificats de détachement frauduleux sur le territoire français.*

*La délivrance du certificat de détachement s'effectue dans le cadre des textes communautaires de coordination de sécurité sociale et des accords bilatéraux de sécurité sociale signés avec 38 Etats. Seule une modification de ces textes communautaires spécifiques, qui sont actuellement en révision, est de nature, en neutralisant la jurisprudence pénalisante de la CJUE, à faciliter la lutte contre le travail illégal et le dumping social, du fait de ces formulaires administratifs abusivement invoqués par les entreprises étrangères pour ne pas verser indûment de cotisations sociales en France.*

Pour plus d'informations sur la directive du 28 juin 2018 et les textes de transposition, voir les articles de l'auteur publiés sur son site :

<https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/ordonnance-de-transposition-de-la-directive-du-28-juin-2018-sur-le-detachement-du-salarie>

<https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/nouveau-decret-du-28-juillet-2020-relatif-aux-entreprises-etrangeres>



## **1<sup>ère</sup> partie**

# **L'ENTREPRISE ETRANGERE ET LE DETACHEMENT DU SALARIE SUR LE TERRITOIRE FRANÇAIS<sup>23</sup>**

---

<sup>23</sup> Les relations de l'entreprise étrangère avec son donneur d'ordre et avec le maître d'ouvrage sont examinées dans la 3<sup>ème</sup> partie, p.143 et suivantes.

## .I. QU'EST-CE QU'UNE ENTREPRISE ETRANGERE ?

Savoir si la personne (physique ou morale) qui intervient sur le territoire français peut être réellement considérée comme une entreprise étrangère suffit parfois à clore le contrôle et à établir une procédure.

### .A. Définition

Au sens du présent document, est considérée comme entreprise étrangère tout opérateur économique qui intervient sur le territoire aux deux conditions cumulatives suivantes :

⇒ il apporte la preuve qu'il est juridiquement constitué hors de France, quel que soit l'Etat de domiciliation : Union européenne (UE), Espace économique européen (EEE)<sup>24</sup>, Suisse ou Etat tiers.

⇒ il n'a pas d'établissement en France.

Cette définition englobe :

⇒ d'une part le travailleur indépendant, personne physique, qui intervient sur le territoire français seul, ou avec un ou plusieurs salariés,

⇒ d'autre part, toute personne morale, quelle que soit sa forme (société, association, groupement, structure d'Etat ...)

***Par exemple, sera considérée comme entreprise étrangère une troupe artistique appartenant au ministère de la culture d'un Etat (sous réserve de la détermination du producteur réel du spectacle voir infra p.125).***

### .B. Preuve de la nationalité de l'entreprise

La nationalité d'une entreprise, pas plus que celle d'un individu, ne se présume pas. Elle ne se déduit pas notamment de la nationalité de son responsable, de son représentant ou de son animateur.

La nationalité d'une entreprise, y compris pour le travailleur indépendant, se prouve par la présentation d'un document officiel attestant de sa création, de son immatriculation ou de son enregistrement hors de France. Des papiers commerciaux (devis, factures, papiers d'affaires à « entête ») ne constituent pas une preuve suffisante puisque l'impression et l'édition de ces papiers commerciaux sont libres.

Le document officiel peut être l'un de ceux mentionnés à l'article D.8222-7 2° du code du travail (c'est-à-dire l'un des documents remis au donneur d'ordre) ou tout autre document officiel attestant de la nationalité de l'entreprise<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> L'Espace économique européen comprend l'UE, l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège.

<sup>25</sup> L'intérêt d'un document officiel est de mentionner plusieurs autres informations utiles au contrôle : date de la création, objet social, identité du représentant légal, adresse etc.



C'est à l'opérateur économique, objet du contrôle, de faire les diligences pour apporter cette preuve formelle aux agents de contrôle habilités<sup>26</sup>. Tant que cette preuve n'est pas apportée, il ne peut se déclarer entreprise étrangère et en revendiquer le statut.

Si, à l'issue d'un délai d'attente raisonnable, mais qui ne peut être que très bref compte tenu de la rédaction de l'article L.8271-9 alinéas 1 et 2 du code du travail<sup>27</sup>, l'opérateur économique n'a pas présenté ce document officiel, il est considéré comme effectuant en France du travail dissimulé par dissimulation d'activité économique. Son donneur d'ordre est susceptible d'être mis en cause pour recours à du travail dissimulé.

***Par exemple :*** à l'occasion d'un marché de Noël, un exposant canadien, venu spécifiquement du Québec pour cet événement, vend pendant 3 semaines en France des produits qu'il a importés de son pays. Il n'était pas commerçant dans cet Etat et n'a pas pu produire, par suite, le moindre document officiel attestant qu'il était juridiquement constitué hors de France. De surcroît, il employait sur son stand deux jeunes québécoises arrivées avec lui en France, sans couverture sociale et sans autorisation de travail.

*Le fait qu'il soit ressortissant canadien ne signifiait pas pour autant qu'il était une entreprise canadienne juridiquement constituée et qu'il pouvait prester en France en cette qualité. Il exerçait en France une activité dissimulée, dissimulait de l'emploi salarié et employait deux salariés étrangers démunis de titre de travail.*

---

<sup>26</sup> Rien n'interdit à l'agent de contrôle de tenter de vérifier par lui-même parallèlement cette nationalité, soit auprès du donneur d'ordre, soit par le bureau de liaison ; mais c'est inverser la charge de la preuve qui incombe à l'opérateur économique.

<sup>27</sup> L'article L.8271-9 du code du travail prévoit la présentation immédiate, sans délai, de ce document officiel.

## **.II. QUEL EST LE DROIT APPLICABLE A UNE ENTREPRISE ETRANGERE ?**

**.A.** Le droit social (droit du travail et droit de la sécurité sociale) et le droit fiscal applicables à une entreprise étrangère dépendent des modalités d'exercice de son activité économique sur le territoire français.

En présence d'un établissement, le droit social et le droit fiscal français s'appliquent dans leur plénitude.

Si l'entreprise étrangère intervient dans le cadre d'une prestation de services internationale, seules certaines dispositions limitativement énumérées lui sont applicables ; il s'agit des dispositions (le noyau dur de la législation du travail) qui lui imposent de respecter l'ordre public social et lui interdisent, en principe, de pratiquer du dumping social.

**.B.** Cette différence substantielle de régime juridique est bien connue des entreprises étrangères, des donneurs d'ordre, des maîtres d'ouvrage et de leurs conseils.

Sans remettre en cause la liberté de prestation de services reconnue par les textes communautaires, il est essentiel de s'assurer que les opérateurs économiques n'abusent pas de cette liberté pour contourner les textes communautaires, pour ne pas créer d'établissement en France et pour appliquer un droit social et un droit fiscal allégés. C'est ce que rappelle le juge communautaire (CJCE affaire 33-74 du 3 décembre 1974 Van Bisbergen).

Le contournement des textes communautaires par un abus de la prestation de services internationale porte préjudice au salarié, évite de payer les cotisations et contributions sociales et l'impôt dus en France et génère de la concurrence déloyale.

### ***A propos des clauses Molière (ou Tartuffe ?)***

*Quelques maîtres d'ouvrage publics insèrent dans les clauses de l'appel d'offres l'exigence soit de la maîtrise de la langue française pour les salariés du candidat, soit l'obligation de disposer d'un interprète pour permettre aux salariés du candidat de comprendre les instructions et directives qui lui sont données ou communiquées à l'occasion de l'exécution de son travail.*

*La subtilité rédactionnelle et l'argumentaire habile relatifs à cette exigence linguistique ou d'interprétariat ont une incidence directe sur sa légalité.*

*L'exigence de la maîtrise de la langue française est illégale, si elle a pour finalité d'écartier une entreprise étrangère, notamment communautaire d'un marché public ; l'obligation de disposer d'un interprète est licite, si elle a pour finalité de favoriser la prévention des risques professionnels<sup>28</sup>.*

<sup>28</sup>; CE n° 413366 du 4 décembre 2017 ; TA de Lyon n° 1704697 du 13 décembre 2017 ; CAA Paris n° 17PA03641 du 13 mars 2018. Voir également l'instruction interministérielle du 27 avril 2017 relative aux délibérations et actes des collectivités territoriales imposant l'usage du français dans les conditions d'exécution des marchés.

### **.III. SELON QUELLES MODALITES UNE ENTREPRISE ETRANGERE PEUT-ELLE EXERCER SON ACTIVITE EN FRANCE?**

**.A.** Dès lors qu'une entreprise étrangère est juridiquement constituée hors de France, elle peut intervenir librement sur le territoire français<sup>29</sup>, c'est-à-dire, notamment, sans solliciter d'autorisation préalable ou respecter un délai de prévenance.

Cette liberté est formellement reconnue par les textes communautaires, les accords d'union économique entre l'Union européenne (UE) et l'Espace économique européen (EEE) et les nombreux accords de collaboration entre l'Union européenne (UE) et la Suisse.

De fait, la France a étendu unilatéralement cette liberté à tous les autres Etats, appelés les Etats tiers. Il en résulte qu'une entreprise installée au Mexique ou en Russie peut intervenir sur le territoire français dans les mêmes conditions qu'une entreprise belge ou lettone.

Pour autant, en cas de contentieux, une entreprise domiciliée dans un Etat tiers ne pourra pas invoquer les textes communautaires pour faire valoir un droit, ni la jurisprudence de la CJUE. Le juge français ne sera tenu que par le cadre juridique français.

**.B.** Une entreprise étrangère a la faculté d'exercer son activité économique en France :

- ⇒ **soit sous la forme d'un établissement, pour une activité stable et continue,**
- ⇒ **soit, à titre temporaire, dans le cadre d'une prestation de services (internationale)<sup>30</sup>,**
- ⇒ **soit, à titre temporaire, en auto prestation, pour son propre compte, sans avoir de client.**

#### **Nota**

*La mobilité internationale intragroupe n'est pas une modalité d'exercice de l'activité économique sur le territoire français, et encore moins de la sous-traitance, mais une forme de gestion individuelle du contrat de travail et des compétences professionnelles d'un salarié par son employeur et le groupe auquel il appartient (voir infra p.102 et suivantes).*

L'exercice de l'activité économique sous la forme de l'établissement ou dans le cadre de la prestation de services internationale ne relève pas du libre choix de l'entreprise. Il résulte des conditions objectives et de fait dans lesquelles cette activité économique est réalisée sur le territoire français.

Ces conditions sont fixées par les textes et la jurisprudence communautaires ; elles sont reprises (pour partie) par le code du travail et servent de référence au juge national.

<sup>29</sup> Sous réserve de la législation relative à l'exercice de certaines activités ou certaines professions dites réglementées (professions de santé, par exemple).

<sup>30</sup> Usuellement appelée la PSI.

L'activité économique pour compte propre ne fait pas l'objet d'un encadrement juridique particulier au niveau communautaire et ne pose pas de difficulté d'identification.

L'essentiel des activités économiques des entreprises étrangères qui interviennent en France se fait, soit sous la forme de l'établissement, soit dans le cadre de la prestation de services internationale. L'activité pour compte propre est résiduelle, mais peut néanmoins générer des fraudes conséquentes à la loi.

### **.III-A. L'ACTIVITE EXERCEE SOUS LA FORME D'UN ETABLISSEMENT EN FRANCE ET LE DROIT APPLICABLE**

#### **TRES IMPORTANT**

L'exercice normal d'une activité économique sur le territoire français est l'établissement, et non pas la prestation de services internationale. Le fait qu'un opérateur économique soit établi hors de France ne le dispense pas bien entendu de s'établir en France dès lors qu'il en réunit les conditions.

Tout opérateur économique, y compris lorsqu'il s'agit d'une entreprise étrangère, qui souhaite exercer et développer une activité économique en France, doit en effet créer un établissement. La prestation de services internationale n'est qu'une exception ou une dérogation à ce principe, même si cette exception est garantie et protégée par les textes communautaires.

Ce constat et cette analyse résultent de la conjonction des textes communautaires et nationaux.

.1. En effet, la première des libertés citée dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) est la liberté d'établissement, et non pas la libre prestation de services, c'est-à-dire le droit pour toute personne, physique ou morale, d'un Etat membre d'exercer librement et de façon pérenne son activité économique dans un autre Etat membre. Cette liberté de s'établir est garantie par l'article 49 du TFUE, article mentionné et inscrit dans le Traité avant les articles 56 et 57 relatifs à la liberté de prestation de services. Cette rédaction du TFUE n'est pas anodine, ni le fruit du hasard.

Dès lors qu'une entreprise étrangère souhaite exercer son activité en France, elle a le droit et l'obligation de créer un établissement. La prestation de services est donc une liberté et un droit relatifs qui s'effacent devant la liberté d'établissement, en raison de son caractère dérogatoire et secondaire.

Dans l'arrêt *Ghehard* C-55/94 du 30 novembre 1995<sup>31</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) est à cet égard très explicite puisqu'elle rappelle que « les dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne du chapitre relatif aux services sont subsidiaires par rapport à celles du chapitre relatif au droit d'établissement. Les dispositions

---

<sup>31</sup> Voir infra 7ème partie Jurisprudence p.275 et suivantes.

relatives aux services ne trouvent application que si celles relatives au droit d'établissement ne s'appliquent pas » (considérant 22 de l'arrêt *Gebhard*).

Dans l'arrêt *Inspire* C6167/01 du 30 septembre 2003<sup>32</sup>, la CJUE précise que le fait qu'une entreprise dispose de son siège social dans un Etat membre de l'Union européenne (UE) est sans conséquence sur l'application des règles sur la liberté d'établissement dans un autre Etat membre.<sup>33</sup>

.2. La législation française, notamment par la mention dans le code du travail des articles L.8221-1 et suivants qui interdisent le travail dissimulé, rend obligatoire la création d'un établissement en France dès qu'est exercée une activité économique de production, de transformation, de réparation ou de prestation de services<sup>34</sup> ou l'accomplissement d'actes de commerce. Ce n'est donc que par exception à ces textes nationaux qu'un opérateur économique peut se dispenser de créer un établissement et échapper à l'incrimination de travail dissimulé.

#### **.A. Qu'est ce qu'un établissement<sup>35</sup> au sens du droit communautaire ?**

L'article 49 du TFUE qui garantit la liberté d'établissement de tout opérateur économique de l'Union européenne, pas plus que d'autres dispositions du TFUE, ne donnent une définition de l'établissement. Cette définition résulte de la jurisprudence communautaire, dans deux arrêts incontournables, qui servent de référence juridique au juge national.

.A.1. Dans un premier arrêt, il est indiqué que l'établissement existe dès lors que l'activité économique est exercée dans un Etat membre sans limitation prévisible de durée (CJCE arrêt 196/87 du 5 octobre 1988 *Steymann*<sup>36</sup>). Autrement dit, lorsque l'activité a pour seul objet de faire prospérer l'objet social de l'opérateur économique sur le territoire français, il s'agit d'un établissement.

.A.2. Dans un second arrêt, le juge communautaire précise que l'établissement existe lorsque l'activité est exercée de façon stable et continue dans un Etat membre (arrêt *Gebhard* précité). « La notion d'établissement au sens du traité est donc une notion très large impliquant la possibilité pour un ressortissant communautaire de participer à la vie économique d'un Etat membre autre que son Etat d'origine et d'en tirer profit, favorisant ainsi l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de la Communauté dans le domaine des activités non salariées » (considérant 25 de l'arrêt *Gebhard*).

Plusieurs autres décisions de la CJUE sont venues confirmer cette définition<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup> Voir infra 7ème partie Jurisprudence p.275 et suivantes.

<sup>33</sup> Idem.

<sup>34</sup> Au sens national de cette expression.

<sup>35</sup> Le terme « établissement » est le terme générique utilisé pour faire la distinction avec la prestation de services. L'établissement peut concrètement revêtir des formes différentes selon la législation de chaque Etat de l'Union européenne.

<sup>36</sup> Voir infra 7ème partie Jurisprudence p.275 et suivantes.

<sup>37</sup> Confirmée par CJUE arrêt C-215/01 du 11 décembre 2003 SCHNITZER ; arrêt C-456/02 du 7 septembre 2004 TROJANI.

Il appartient au juge national de se prononcer, au cas par cas, en fonction de cette définition communautaire, en s'appuyant si nécessaire, par la technique du faisceau d'indices, sur des éléments objectifs tels que:

⇒ l'ampleur et la quantification de la durée (plusieurs semaines, plusieurs mois, plusieurs années...),

⇒ la publicité et la recherche de clientèle, sous toutes ses formes. L'existence d'un site internet en français et dédié à des clients français potentiels démontre la volonté d'une activité économique durable et pérenne (CJCE arrêt *Gebhard* précité ; arrêt C-215/01 du 11 décembre 2003 *Schnitzer*<sup>38</sup>),

⇒ le nombre de clients. Un client suffit cependant pour caractériser l'établissement, dès lors que l'opérateur économique exécute plusieurs contrats successifs à son bénéfice<sup>39</sup>.

⇒ la concomitance de clients. La concomitance de clients démontre l'existence d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal.

⇒ le profil, le passé professionnel ou la domiciliation des dirigeants (ancien chef d'entreprise français),

⇒ le nombre de salariés affectés à cette activité,

⇒ la domiciliation des salariés, etc.

#### **Nota**

*.1. L'existence d'une infrastructure en France pour réaliser l'activité économique n'est pas un élément déterminant à soi seul pour caractériser l'existence d'un établissement. En effet, la CJUE considère qu'une infrastructure peut être nécessaire pour réaliser une prestation de services (CJUE arrêt *Gebhard* précité). C'est d'ailleurs pour cette raison que la loi Macron<sup>40</sup> a fait disparaître, par une reformulation, de l'article L.1262-3 du code du travail la référence à l'existence d'une infrastructure sur le territoire français.*

*Pour autant, en présence d'une activité économique correspondant à celle d'un établissement, l'existence d'une infrastructure permet, en second rang, de conforter et de renforcer le faisceau d'indices et l'analyse. Dans ce cas, l'infrastructure doit être précisément décrite.*

*.2. L'infrastructure confortant l'activité économique d'un établissement ne correspond pas nécessairement à des éléments volumineux, imposants, mobiliers ou immobiliers. La jurisprudence a considéré qu'une télécopieuse, un téléphone et du matériel informatique installés et utilisés à des fins professionnelles dans un appartement privé servant de domicile permettait de conforter l'existence d'un établissement<sup>41</sup>. La présence d'un interlocuteur permanent des clients de l'opérateur économique sur le territoire français, avec adresse,*

<sup>38</sup> Voir infra 7ème partie Jurisprudence p.275 et suivantes.

<sup>39</sup> Cas d'une entreprise de travail temporaire (ETT) établie hors de France.

<sup>40</sup> Article 280 II 1° de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron.

<sup>41</sup> Voir infra 7ème partie Jurisprudence p.275 et suivantes.

*téléphone et télécopie, que ces clients contactent en tant que de besoin, constitue également une infrastructure.*

*.3. Les appellations d'agence, de bureau, de succursale ou de représentation ne permettent pas d'échapper à la qualification d'établissement dès lors que l'activité exercée depuis ces locaux est sans limitation prévisible de durée, ou présente un caractère stable et continu (CJCE arrêt 270/83 du 28 janvier 1986 Commission/République française). Ces entités peuvent être considérées comme des établissements. Seul le bureau de liaison, à condition qu'il ne déploie aucune activité commerciale et se limite à des actes préparatoires à la création d'une société, n'est pas en principe un établissement*

*.4) Le pourcentage ou le volume de l'activité réalisé en France par l'opérateur économique est sans aucune incidence sur l'obligation de créer un établissement en France, dès lors que cette activité est déployée sans limitation prévisible de durée ou que cette activité présente un caractère stable et continu. **Ainsi un opérateur économique qui réalise dans ce cadre uniquement 2% de son chiffre d'affaires en France doit s'y établir au titre de cette activité.***

## **.B. Qu'est-ce qu'un établissement au sens du code du travail ?**

Le législateur a souhaité introduire en 2005<sup>42</sup> dans le code du travail une définition indirecte de l'établissement qui est codifiée à l'article L.1262-3 ; cette définition a été sensiblement remaniée, à juste titre, par la loi Macron, notamment pour faire référence à l'activité stable et continue et pour en exclure la référence à l'existence d'une infrastructure<sup>43</sup>.

Cette définition nationale indirecte de l'établissement reste encore réductrice par rapport à la définition communautaire, ce qui est susceptible de porter préjudice à l'efficacité d'un contrôle contre les fraudes et de causer un contentieux. En particulier, l'article L.1262-3 du code du travail ne fait toujours pas état de l'exercice de l'activité économique sans limitation prévisible de durée, qui est un critère communautaire (cf arrêt CJCE *Steymann* précité).

Mieux vaut donc se référer à la jurisprudence communautaire ou à la jurisprudence française qui est plus ouverte et dynamique.

### **Nota**

*Dans le secteur du transport aérien, l'article R.330-2-1 du code de l'aviation civile donne une définition de la base d'exploitation d'une compagnie aérienne, considérée comme un établissement en France :*

*« Une base d'exploitation est un ensemble de locaux ou d'infrastructures à partir desquels une entreprise exerce de façon stable, habituelle et continue une activité de transport aérien avec des salariés qui y ont le centre effectif de leur activité professionnelle. Au sens des dispositions qui précèdent, le centre de l'activité professionnelle d'un salarié est le lieu où, de façon habituelle, il travaille ou celui où il prend son service et retourne après l'accomplissement de sa mission. ».*

<sup>42</sup> Article 89 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

<sup>43</sup> Article 280 II 1° de la loi Macron.

**.C. Quelles démarches sont à accomplir par un opérateur économique établi à l'étranger qui doit s'établir ou qui souhaite s'établir en France ?**

L'opérateur économique, personne morale ou personne physique, déclare la création de son activité au guichet unique du centre de formalités des entreprises (CFE) compétent, selon la procédure de droit commun. Cette déclaration donne lieu à la délivrance d'un récépissé par le CFE, puis d'un numéro SIRET par l'INSEE.

L'opérateur économique domicilié à l'étranger a le choix entre soit la création d'une filiale en France (SA, SARL, SAS, SNC, etc) dotée de la personnalité juridique, soit la création d'un établissement secondaire d'une entreprise étrangère, sans personnalité juridique distincte de la maison mère<sup>44</sup>.

**.D. Quel est le droit applicable à l'opérateur économique qui s'établit en France ?**

L'opérateur économique qui s'établit en France est soumis à la législation française, comme toute entreprise française, notamment en matière de droit du travail et de droit de la sécurité sociale.

Il doit notamment procéder à la DPAE, ouvrir un registre unique du personnel, délivrer des bulletins de paie, adhérer à un service de santé au travail, mettre en place des institutions représentatives du personnel, dès lors que les conditions d'antériorité et d'effectif sont réunies<sup>45</sup>. Il déclare et verse ses cotisations aux différents organismes de protection sociale, ainsi qu'à la caisse de congés payés, si son activité relève de cette institution.

**Nota**

***Quid de l'impact de la Convention de Rome (devenue le règlement 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008) sur le droit du travail applicable à l'opérateur économique établi en France ?***

*La Convention de Rome, signée et ratifiée par la France, précise quelle est la loi applicable au contrat, lorsque le contrat est soumis à un conflit de lois d'Etats différents. La Convention de Rome vise tous les contrats, y compris le contrat de travail du salarié.*

*La Convention de Rome n'a pas d'incidence sur les obligations sociales d'ordre public de l'entreprise étrangère qui s'établit en France, notamment celles dont le respect est vérifié par les agents de contrôle habilités (ex, durée du travail, repos dominical, hygiène, santé, sécurité, travail des enfants, hébergement...). Ce noyau dur est en effet inscrit dans le code du travail et s'impose de plein droit, sans référence à cette Convention.*

*Par contre, la Convention de Rome présente un grand intérêt pour la détermination des droits individuels du salarié devant le conseil de prud'hommes. Elle permet d'éviter que l'entreprise ne prive le salarié qui travaille en France des lois impératives ou des lois de police (par exemple pour le calcul du nombre de jours de congés payés, de la durée du préavis ou du montant de*

<sup>44</sup> Article L.123-1 du code de commerce.

<sup>45</sup> Cass. soc. n° 02-60119 du 14 janvier 2004 AGIO SIGAREN FABRIEKEN ; Conseil d'Etat n° 314968 du 21 juillet 2009 AGIO SIGAREN FABRIEKEN.



*l'indemnité de licenciement), en soumettant son contrat de travail à la loi sociale moins favorable d'un autre Etat<sup>46</sup>*

**.E. Quelle est la sanction de l'exercice d'une activité économique en France sans création d'un établissement, lorsqu'elle est obligatoire?<sup>47</sup>**

**.E.1.** L'exercice d'une activité économique sur le territoire français, sans création d'un établissement, alors qu'elle est obligatoire, constitue à titre principal l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'activité économique<sup>48</sup>, sous une ou plusieurs de ses modalités : défaut d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, défaut de déclaration fiscale et défaut de déclaration sociale. Usuellement, cette pratique est appelée la fraude à l'établissement (**voir infra p.197 et suivantes**)

Cette incrimination pénale justifie et légitime la constitution de partie civile des organismes de protection sociale lésés (URSSAF, MSA, CGSS, RSI, ENIM<sup>49</sup> ou tout autre organisme de protection sociale compétent pour les non salariés non agricoles, retraite complémentaire, Pôle Emploi **voir infra p.264 et suivantes**)<sup>50</sup>.

S'il s'agit d'un travailleur indépendant, les cotisations sociales sont dues en principe au RSI, à la MSA, à l'ENIM à la CGSS ou à tout autre organisme de protection sociale compétent pour les non salariés non agricoles, sauf s'il est titulaire d'un certificat de détachement (**voir infra p.48**).

Le ou les clients (les donneurs d'ordre) qui recourent à cette entreprise s'expose(nt) à leur mise en cause pour recours à du travail dissimulé. Cette mise en cause est possible dès lors qu'ils savaient que cet opérateur aurait dû créer un établissement en France, ce qui dépendra des circonstances et des modalités de leurs relations d'affaire (**voir infra p.153 et suivantes**).

**Nota**

*L'article 99 de la loi Avenir professionnel modifie et complète les éléments constitutifs du délit de travail dissimulé par dissimulation d'activité, en ajoutant un 3° à l'article L.8221-3 du code du travail qui vise, de façon spécifique, l'entreprise étrangère qui pratique en France de la fraude au détachement de salarié induite par de la fraude à l'établissement du fait d'une activité de simple gestion administrative dans son Etat de domiciliation ou du fait d'une activité stable, continue et habituelle sur le territoire français.*

*Cette modification du code du travail n'apporte rien à l'état du droit existant pour mettre en cause un opérateur économique établi à l'étranger, qui pratiquerait en France de la dissimulation d'activité économique par fraude à l'établissement; il ne s'agit pas d'une*

<sup>46</sup> Il existe une abondante jurisprudence communautaire et française sur la Convention de Rome.

<sup>47</sup> Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle du travail dissimulé » du même auteur : [https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_travail\\_dissimule\\_v2\\_diffusion.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_travail_dissimule_v2_diffusion.pdf)

<sup>48</sup> Cass. crim. n° 11-88420 du 11 mars 2014 EASYJET.

<sup>49</sup> Régime social des indépendants.

<sup>50</sup> Voir également « Mode d'emploi des droits des victimes du travail illégal et du dumping social » du même auteur : [https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_victimes\\_2\\_edition\\_avril\\_2018.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_victimes_2_edition_avril_2018.pdf)

*innovation juridique, ni de la création d'un nouveau cas d'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'activité. De nombreuses condamnations sont d'ailleurs déjà intervenues pour fraude à l'établissement sur le fondement de l'article L.8221-3 du code du travail.*

*En effet :*

*.1. le statut de l'opérateur économique exerçant une activité est binaire et reste binaire : soit il est établi en France et dans cette hypothèse les 1° et 2° de l'article L.8221-3 du code du travail s'appliquent s'il se prévaut à tort du régime de la libre prestation de services, soit il n'est pas établi en France ; dans cette hypothèse son activité ne peut pas relever des incriminations mentionnées au 1° et au 2° de l'article L.8221-3.*

*Le 3° de l'article L.8221-3 n'est donc que la reformulation (en creux) des 1° et 2° de ce même article, si cet article a pour objet d'incriminer et de sanctionner la fraude à l'établissement.*

*.2. en réalité, et principalement, le 3° de l'article L.8221-3 du code du travail, ajouté par l'article 99 de la loi Avenir professionnel, ne concerne pas, compte tenu de sa rédaction peu limpide, la dissimulation d'activité économique, mais la dissimulation d'emploi salarié puisqu'est visé le recours non conforme au détachement d'un salarié, consécutif à une fraude à l'établissement.*

*Alors que l'objectif est de simplifier le droit, l'ajout inutile d'un 3° à l'article L.8221-3 du code du travail complexifie, interroge et sème le trouble, puisqu'il mélange à la fois de la fraude au détachement (c'est-à-dire de la dissimulation d'emploi salarié) et de la fraude à l'établissement (c'est-à-dire de la dissimulation d'activité économique).*

*Reste à espérer que cette confusion des fraudes dans la définition d'une incrimination ne va pas nuire à la bonne application des textes qui ne posait aucun problème avant cet ajout rédactionnel inopportun.*

**.E.2.** Le défaut de création d'un établissement en France, alors qu'il est obligatoire, entraîne également les infractions d'entrave à la mise en place des différentes institutions représentatives du personnel, dès lors que l'effectif requis est atteint et l'antériorité d'emploi satisfaite.<sup>51</sup> Ces incriminations pénales justifient et légitimes la constitution de partie civile des organisations syndicales.

**.E.3.** D'autres infractions à la législation du travail peuvent être identifiées et constatées, mais elles se rattachent davantage à l'irrégularité de l'emploi des salariés affectés à cette activité économique exercée de façon illégale en France (**voir infra p.223 et suivantes**).

<sup>51</sup> Cass. crim. n° 11-88420 du 11 mars 2014 EASYJET.

**Nota**

**Quid de l'impact de l'arrêt C-359/16 Altun du 6 février 2018 et de l'arrêt C-370/17 et C-37-18 Vueling du 2 avril 2020 de la CJUE<sup>52</sup>, confortés par l'arrêt C-527/16 Alpenrind du 6 septembre 2018 de la CJUE et par les arrêts Ryanair et City Jet du 18 septembre 2018 de la Cour de cassation, sur la compétence du juge pénal ou civil français à constater d'office une situation de fraude à l'établissement commise par un prétendu travailleur indépendant prestataire de services, détenteur d'un certificat de détachement utilisé frauduleusement sur le territoire français ?**

*.1. La CJUE dénie aux autorités administratives et au juge de l'Etat d'emploi le droit d'apprécier, y compris en présence d'une fraude, le bien fondé d'un certificat de détachement, qui dispense l'opérateur économique, avec ou sans salarié, de verser les cotisations sociales dans cet Etat. Les arrêts Altun et Vueling de la CJUE imposent à l'institution française de sécurité sociale de saisir, dans le cadre d'une enquête judiciaire, son homologue établi dans un autre Etat de l'UE, qui a délivré le formulaire, pour en demander son retrait ou son invalidation. La CJUE précise que l'institution de sécurité sociale qui a émis le certificat de détachement est tenue d'examiner la demande et de répondre dans un délai raisonnable, qui n'est pas quantifié par la CJUE<sup>53</sup>.*

*Si l'institution qui a délivré le certificat de détachement ne procède pas à l'examen de la demande et/ou ne répond pas dans ce délai raisonnable, le juge français peut écarter le certificat de détachement s'il considère la fraude avérée sur le territoire français, et en tirer toutes les conséquences, notamment pour caractériser l'infraction de travail dissimulé. La CJUE ne dit pas comment le juge opère pour vérifier que l'institution émettrice n'a pas procédé à l'examen de la demande de retrait ou d'invalidation dans le délai raisonnable ou n'a pas répondu dans ce délai.*

*Si l'institution de sécurité sociale qui a émis le certificat de détachement fait part, dans le délai raisonnable, de sa décision de ne pas retirer ce formulaire, le juge français est lié par cette décision négative, même si la fraude est avérée sur le territoire français.*

*Il peut cependant attendre l'avis de la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale, qui est une instance communautaire, si elle est saisie d'un recours contre le refus de retrait ou d'invalidation émis par l'institution émettrice. Mais l'avis de cette Commission, qui dispose d'un délai de six mois pour répondre, ne s'impose pas à l'institution émettrice, en application de la décision Alpenrind de la CJUE.*

*En dernier ressort, la décision de refus de l'institution émettrice peut faire l'objet d'une procédure en manquement à l'égard de l'Etat dont relève l'institution de sécurité sociale qui a émis le certificat de détachement ; mais cette procédure exceptionnelle n'est pas prévue pour traiter du contentieux de masse.*

*.2. Le mode d'emploi indiqué par les arrêts Altun et Vueling peut ainsi se décliner devant le juge français :*

<sup>52</sup> Voir infra p.381 et suivantes, le commentaire de l'arrêt Altun du 6 février 2018 de la CJUE, du même auteur.

<sup>53</sup> On peut penser qu'il s'agit du délai de deux fois trois mois mentionnés dans les textes communautaires.

*.- si le juge français est saisi au plan pénal pour le délit de travail dissimulé exclusivement par dissimulation d'activité pour défaut de demande d'immatriculation au RCS ou au RM ou pour défaut de déclarations fiscales, il pourra statuer d'office ; les arrêts Altun et Vueling ne lui sont pas opposables. Il pourra statuer également sur ces deux incriminations, même si les poursuites ou la citation visent en sus de ces deux incriminations, la dissimulation d'activité pour défaut de déclarations sociales. Tel est le sens de la décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 12 janvier 2021 dans l'affaire de l'EPR de Flamanville<sup>54</sup>.*

*.- la fraude à l'établissement avec possession d'un certificat de détachement entraîne le non paiement des cotisations et contributions sociales. Si le juge français est saisi au plan civil par un organisme de protection sociale pour obtenir le paiement des cotisations et contributions éludées, il est également tenu par le mode d'emploi décrit dans les arrêts Altun et Vueling. Il ne peut statuer d'office.*

*Le juge civil est tenu de s'assurer que l'institution de sécurité sociale française a engagé la procédure de demande de retrait ou d'invalidation du certificat de détachement auprès de l'institution de sécurité sociale qui l'a délivré et de s'assurer que cette institution a procédé, dans le délai raisonnable, à un examen de cette demande.*

*Le juge français est tenu par la décision de l'institution émettrice, dès lors que celle-ci a répondu dans le délai raisonnable.*

*Cette jurisprudence contraignante et pénalisante de la CJUE relative à l'opposabilité du certificat de détachement suscite de très nombreuses questions qui sont autant de nouveaux obstacles potentiels à la lutte contre la fraude à l'établissement.*

*Une partie de ces questions est mentionnée dans l'article de l'auteur :*

<https://www.hervequichaoua.fr/actualites/article/etat-des-lieux-sur-le-statut-du-certificat-de-detachement-frauduleux>

*L'attitude du juge français sera déterminante pour préciser la portée de cette jurisprudence de la CJUE, notamment à la suite de l'arrêt Vueling, et son impact sur les fraudes à l'établissement avec un certificat de détachement non justifié.*

<sup>54</sup> Cass. crim. n° 17-82523 du 12 janvier 2021 BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS ET AUTRES ; également par référence à l'arrêt Eurl BRB du 28 novembre 2017 cité en 7<sup>ème</sup> partie **Jurisprudence p.275**.

## **.III-B. L'ACTIVITE EXERCEE SOUS LA FORME D'UNE PRESTATION DE SERVICES INTERNATIONALE EN FRANCE ET LE DROIT APPLICABLE**

### **TRES IMPORTANT**

L'activité économique exercée en France par une entreprise étrangère relève essentiellement, soit de l'établissement, soit de la prestation de services internationale. L'activité pour compte propre est en effet résiduelle et ne pose pas a priori de difficulté d'identification (*voir infra p.99 et suivantes*).

Le choix binaire de la qualification de l'activité entre l'établissement ou la prestation de services internationale repose donc sur des critères *a priori* simples, et nécessairement antinomiques, qui sont soumis à l'appréciation du juge : l'établissement correspond à l'exercice d'une activité stable habituelle et continue dans un Etat membre; la prestation de services internationale relève d'une activité temporaire dans un autre Etat que celui du siège ou de la domiciliation de l'entreprise.

Si la libre prestation de services internationale est reconnue par les textes communautaires, son exercice en France s'inscrit dans un cadre juridique précis.

### **.A. Qu'est ce qu'une prestation de services internationale au sens du droit communautaire ?**

Les articles 56 et 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) définissent et garantissent la libre prestation de services dans un Etat membre de l'Union européenne pour toute entreprise déjà établie dans un autre Etat de l'Union européenne.

Sont considérés comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, notamment dans le domaine industriel, commercial, artisanal, agricoles, artistiques et des professions libérales. Les activités de fourniture licite de salariés, telles celles des entreprises de travail temporaire ou des agences de mannequins, relèvent de la prestation de services<sup>55</sup>.

Au titre de cette liberté, et sans préjudice des dispositions relatives au droit d'établissement, le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans l'Etat membre où sa prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que cet Etat impose à ses propres ressortissants.

La CJCE (arrêt *Gebhard* précité) précise que le caractère temporaire de l'activité s'apprécie en fonction de sa durée, de sa fréquence, de sa périodicité et de sa continuité. A contrario, cette activité ne peut pas être stable et continue, car elle relèverait de celle d'un établissement.

Les agents de contrôle habilités, les organismes de recouvrement et le juge national apprécient les situations d'activité économique en fonction de ces critères.

### **.A.1. Cette définition, qui peut sembler peu opérationnelle, doit être complétée par les précisions suivantes**

---

<sup>55</sup> Il n'est donc pas utile juridiquement de les distinguer en tant que telles des autres prestations de services.

**.A.1.1.** Les **trois éléments constitutifs** de la prestation de services sont les suivants:

- ⇒ une activité temporaire en France,
- ⇒ pour le compte d'un destinataire (terme communautaire officiel), c'est-à-dire un client ou donneur d'ordre ou cocontractant. Ce client peut être quiconque<sup>56</sup>, et n'est pas nécessairement lui-même établi en France<sup>57</sup>.
- ⇒ moyennant le paiement d'un prix (avec facture) par le destinataire, client ou donneur d'ordre.

**.A.1.2.** L'activité temporaire correspond à la réalisation d'une prestation bien identifiée, dans le cadre d'un contrat commercial; ainsi, une entreprise de travail temporaire qui fournit 8 salariés intérimaires accomplit 8 prestation de services<sup>58</sup> (une prestation de services par contrat commercial de mise à disposition de chaque salarié en application de l'article L. 1251-42 du code du travail).

**.A.1.3.** L'activité n'est pas réalisée sans limitation prévisible de durée, conformément à la décision *Steymann* de la CJCE du 5 octobre 1988. Elle ne doit pas correspondre à la simple exécution de son objet social.

**.A.1.4.** Bien que temporaire, la prestation de services peut durer plusieurs mois, voire plusieurs années si cette durée est nécessaire à la réalisation de l'objet du contrat commercial (réalisation d'un ouvrage d'art de grande ampleur ou d'une opération de génie civil d'envergure), même si le détachement du salarié affecté à la réalisation de cette prestation de services est limité à douze mois, pouvant être portés à dix huit mois.

**.A.1.4.** Une entreprise étrangère peut réaliser plusieurs prestations de services successives sur le territoire français, telle que la construction de trois chalets à trois moments nettement différents (janvier, puis juin, puis septembre d'une même année). L'absence de continuité dans la construction de ces chalets ne permet pas en effet de considérer que cette entreprise est tenue de créer un établissement en France<sup>59</sup>.

Bien que cette jurisprudence et ces critères ressortent de l'application d'un texte communautaire, la France les applique de fait dans les mêmes conditions à l'entreprise étrangère installée dans un Etat tiers qui intervient sur le territoire français<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> Un particulier, une autre entreprise, une personne morale de droit public.

<sup>57</sup> Une prestation de services peut être réalisée en sous-traitance de deuxième niveau pour le compte d'une autre entreprise non établie en France qui intervient déjà elle-même dans le cadre d'une première prestation de services.

<sup>58</sup> Ainsi certaines ETT établies hors de France accomplissent (légalement ?) des centaines, voire des milliers, de prestation de services en France.

<sup>59</sup> Il en irait autrement si cette entreprise construisait des chalets plus fréquemment, voire tous les mois, avec de surcroît, recherche de clientèle et infrastructure en France. Idem pour les ETT.

<sup>60</sup> Cass. crim. n° 02-86287 du 25 mars 2003 MOHAMED (opérateur se déclarant entreprise de droit égyptien).

**Nota**

*Une entreprise étrangère, qui est juridiquement constituée hors de France, ne peut pas cependant se prévaloir du régime de la prestation de services dès lors qu'elle n'exerce pas normalement son cœur de métier dans l'Etat où elle est établie. L'entreprise étrangère doit en effet justifier qu'elle réalise son activité de façon substantielle, prépondérante et significative dans cet Etat et qu'elle ne se limite pas à y effectuer de simples actes de gestion administrative, comptable ou financière (CJUE arrêt 35-70 du 17 décembre 1970 Manpower ; arrêt C-202/97 du 10 février 2000 Fitzwilliam ; arrêt C-404/98 du 9 novembre 2000 Joseph Plum ; arrêt C-784-19 du 3 juin 2021 Team Power Europe ). En clair, elle doit avoir l'essentiel de ses clients dans l'Etat où elle est juridiquement constituée.*

*Voir également l'article de l'auteur :*

<https://www.hervequichaoua.fr/actualites/article/condition-de-validite-de-delivrance-du-certificat-de-detachement-notion-d-activites-substantielles-de-l-employeur-dans-son-etat-de-domiciliation>

*Cette précision est désormais (et enfin) inscrite dans l'article L.1262-3 du code du travail, modifié par la loi Macron<sup>61</sup>.*

*C'est à l'entreprise étrangère d'apporter la preuve aux agents de contrôle habilités, aux organismes de recouvrement et au juge national qu'elle respecte cette jurisprudence communautaire, désormais intégrée dans le code du travail.*

*Cette preuve se fait notamment par la production des factures qu'elle émet, sur la période qui paraîtra la plus appropriée, aux agents de contrôle habilités, aux organismes de recouvrement et au juge national. Cette exigence de la jurisprudence communautaire est d'autant plus pertinente à justifier que l'entreprise se crée et vient prester aussitôt sur le territoire français.*

## **.A.2. L'ACTIVITE SAISONNIERE: ETABLISSEMENT OU PRESTATION DE SERVICES INTERNATIONALE ?**

**.A.2.1.** Par nature, l'activité saisonnière est temporaire. Pour autant, l'activité saisonnière réalisée en France par une entreprise étrangère relève-t-elle automatiquement du régime de la prestation de services internationale (et du régime du détachement pour les salariés qui y sont affectés) ?

De très nombreuses activités économiques à la mer, à la montagne ou à la campagne sont en cause<sup>62</sup> ; des milliers d'emplois sont concernés.

Le caractère saisonnier se définit, en référence au célèbre arrêt Tour Eiffel<sup>63</sup>, comme l'accomplissement de tâches normalement appelées à se répéter chaque année à des dates à

<sup>61</sup> Article 280 II 1° de la loi Macron.

<sup>62</sup> Hôtellerie de plein air, tour opérator, restauration, club de plongée ou de jet ski, ballade en montgolfière, vol à voile, parapente, acrobancane, saut en parachute etc...).

<sup>63</sup> Cass. soc. n° 97-40915 du 12 octobre 1999. Jurisprudence codifiée par la loi Travail n° 2016-1088 du 8 août 2016, au 3° de l'article L.1242-2 du code du travail.

peu près fixes, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs. Si l'entreprise étrangère s'inscrit dans cette définition, pourquoi ne pas la lui appliquer ?

Il s'agit en effet de critères objectifs qui limitent la durée de l'activité, indépendants de la volonté des opérateurs économiques ou de l'exécution d'un contrat commercial déterminé. Par ailleurs, si l'activité est incontestablement temporaire, elle est également stable et continue pendant toute la saison.

Lorsque l'activité saisonnière présente un caractère commercial, ce qui est très souvent le cas, elle se traduit par l'accomplissement de très nombreux actes de commerce et par la multiplicité de la facturation ; chaque client, très souvent des particuliers, génère une facture. Il ne s'agit pas d'une prestation, mais de prestations concomitantes et répétées.

L'activité saisonnière est très souvent réalisée grâce à une infrastructure, qui peut être très conséquente (cas de l'hôtellerie de plein air).

Cette activité saisonnière fait fréquemment l'objet de publicité et de recherche de clientèle.

Enfin, il resterait à démontrer, même si cet élément n'est pas déterminant, que l'entreprise étrangère exerce à titre principal et significatif cette activité saisonnière dans son Etat de domiciliation, ce qui n'est pas une évidence compte tenu de la spécificité des activités saisonnières développées en France, souvent liées au climat et à la météo qui sont différents dans l'Etat d'établissement.

**.A.2.2.** On perçoit difficilement dans ces conditions ce qui expliquerait, au titre du respect de concurrence loyale entre opérateurs économiques, l'application deux régimes juridiques différents pour une activité économique exercée avec la même justification économique, dans le même environnement et selon des modalités strictement identiques.

Sauf décision de principe contraire<sup>64</sup>, plusieurs arguments invitent donc à considérer qu'une activité saisonnière exercée en France par une entreprise étrangère ne relève pas de la prestation de services internationale, mais nécessite la création d'un établissement en France.

L'opérateur économique français qui exerce la même activité saisonnière avec le même objet social, très souvent à caractère commercial, doit dès lors s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés.

**.B. Quel est le droit applicable à l'entreprise étrangère qui effectue une prestation de services internationale sur le territoire français ?**

**.B.1. L'entreprise étrangère est un travailleur indépendant, sans salarié**

Le travailleur indépendant établi hors de France, qui vient prêter sur le territoire français, est soumis à une double obligation, outre l'obligation d'émettre des factures :

⇒ justifier d'une couverture sociale. La couverture sociale résulte, soit de son immatriculation au RSI, à la MSA, à l'ENIM ou à tout autre organisme de protection sociale

---

<sup>64</sup> Il n'existe pas à ce jour de décision de principe de la CJUE ou de la Cour de cassation qualifiant l'activité saisonnière en relation avec la notion d'établissement ou de prestation de services.



compétent en France pour les non salariés non agricoles, avec versement des cotisations sociales, soit de la présentation d'un certificat de détachement.

Le travailleur indépendant installé dans un autre Etat de UE, l'EEE et en Suisse est susceptible de présenter un certificat de détachement, puisque ce document est prévu par les règlements communautaires de coordination de sécurité sociale qui s'applique au travailleur indépendant (**voir infra p.83**). Par contre, seul le travailleur indépendant de l'un des 16 des 38 Etats tiers qui ont signé des conventions bilatérales de sécurité sociale avec la France est susceptible de présenter ce formulaire. Les autres travailleurs indépendants doivent s'immatriculer au RSI, à la MSA, à l'ENIM, à la CGSS ou à tout autre organisme compétent pour les non salariés non agricoles, car les conventions bilatérales de sécurité sociale signées par les Etats dont ils relèvent ne concernent que les travailleurs salariés<sup>65</sup>.

Une simple assurance privée n'est pas suffisante et n'est pas conforme à la législation.

#### **Nota**

*L'article 27 de la loi du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017 a codifié dans le code de la sécurité sociale un article L.114-15-1 qui prévoit que le certificat de détachement dont est titulaire un travailleur indépendant établi à l'étranger doit être présenté, lorsque ce document est obligatoire, aux agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé, par celui-ci ou son donneur d'ordre. Ce document est produit, soit lors du contrôle, soit dans les deux mois qui suivent celui-ci lorsqu'un justificatif de demande de ce formulaire est produit lors du contrôle.*

*Le défaut de présentation du certificat de détachement, lorsqu'il est obligatoire, est passible d'une pénalité civile due par le donneur d'ordre. Le montant de cette pénalité est de 3428 euros (plafond mensuel de la sécurité sociale 2021).*

*La pénalité civile prévue par l'article L.114-15-1 du code de la sécurité sociale ne doit pas occulter l'existence de l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'activité économique par défaut de déclaration sociale, qui est le manquement le plus significatif d'un défaut de présentation d'un certificat de détachement, lorsque, par ailleurs, le travailleur indépendant ne s'est pas immatriculé auprès du RSI, de la MSA, de l'ENIM ou de tout autre organisme de protection sociale des non salariés non agricoles compétent (**voir infra p.97 et suivante**).*

⇒ justifier du respect de ses obligations déclaratives fiscales, c'est-à-dire, soit avoir sollicité un numéro de TVA intracommunautaire auprès du guichet unique de l'administration fiscale (service des impôts des entreprises étrangères SIEE à Noisy Le Grand 93), s'il est établi dans un autre Etat de l'UE, soit avoir désigné un représentant fiscal auprès de l'administration fiscale locale et procéder à ses déclarations fiscales périodiques, s'il est établi dans un Etat tiers.

Le travailleur indépendant établi hors de France qui vient prester en France n'est pas tenu de faire une déclaration de (auto) détachement, ni son client ou donneur d'ordre. La déclaration

<sup>65</sup> Voir le détail sur le site du CLEISS.

de détachement ne vise que le salarié et ne s'applique qu'à son employeur établi hors de France.

Le délai dans lequel le travailleur indépendant non établi en France qui vient prester sur le territoire français doit se déclarer est le délai de droit commun prévu :

- soit par l'article 2 de l'arrêté du 11 juillet 1950 du ministre chargé de la sécurité sociale ; le délai est de 8 jours pour s'immatriculer au régime français de sécurité sociale, hors professions agricoles,

- soit par l'article R.722-19 du code rural ; le délai est de 30 jours pour s'immatriculer au régime français de sécurité sociale des professions agricoles,

- soit par l'article 286 I 1° et 2° du code général des impôts ; le délai est de 15 jours lorsque l'opérateur économique est assujetti à la TVA.

**REMARQUES SUR LES PRESOMPTIONS DE SALARIAT (voir également p.128 et suivantes)**

*Les présomptions de salariat posées par le code du travail ou par le code rural sont opposables à la personne qui vient en France exercer le métier ou la profession d'artiste, de mannequin<sup>66</sup> ou de bûcheron et, par suite, à la personne qui recourt à ses services ; celle-ci en est donc son employeur et non pas un simple donneur d'ordre. Compte tenu des rédactions différentes du code du travail et du code rural, il convient cependant d'apporter les précisions suivantes.*

**.1. Les présomptions de salariat de l'artiste du spectacle vivant ou enregistré et du mannequin** posées par les articles L.7121-3 et L.7123-3 du code du travail sont susceptibles d'être remises en cause pour considérer qu'un artiste ou un mannequin peuvent prester en France en qualité de travailleur indépendant. Les articles L.7121-5 et L.7123-4-1 du code du travail mentionnent en effet que ces deux présomptions ne s'appliquent pas aux artistes et aux mannequins reconnus comme prestataires de services établis dans un autre Etat membre de l'Union européenne ou dans un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen où ils fournissent habituellement des services analogues et qui viennent exercer leur activité en France, à titre temporaire et indépendant. A contrario, la présomption de salariat s'applique sans réserve à l'artiste et au mannequin de la Suisse et des Etats tiers.

*Outre le fait que cette rédaction du code du travail est très restrictive pour neutraliser la levée de la présomption de salariat, la Cour de cassation considère qu'il appartient au producteur du spectacle, lorsqu'il s'agit d'un artiste, d'apporter la preuve que les artistes se trouvent bien dans la situation permettant d'écarter la présomption de salariat.*

*Cette position de la Cour de cassation, commune aux trois chambres concernées, conforte la force de la présomption de salariat ; elle facilite la requalification de la relation de travail puisque c'est au producteur, et non pas aux organismes de recouvrement ou au juge, de démontrer que les conditions posées par l'article L.7121-5 du code du travail sont réunies et qu'il s'agit d'un travailleur indépendant.*

<sup>66</sup> Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi des mannequins » du même auteur : [https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_mannequins.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_mannequins.pdf)

*Cette jurisprudence est sans doute transposable au mannequin, compte tenu de la similitude de la rédaction des articles L.7121-5 et L.7123-4-1 du code du travail.*

**.2. La présomption de salariat du bûcheron** posée par l'article L.722-23 du code rural n'est pas assortie de la même réserve que celle relative à l'artiste et au mannequin. Dès lors, les bûcherons employés en France, quelle que soit leur nationalité, y compris ceux qui sont ressortissants d'un des nouveaux Etats membres de l'UE, ont la qualité de salarié, sans pouvoir apporter la preuve contraire, et non pas celle de travailleur indépendant, et ceci tant que la présomption de salariat n'a pas été levée par la commission ad hoc. Celui pour le compte duquel travaille le bûcheron est son employeur.

**.3.** De façon plus générale, il convient de rappeler que si la présomption de salariat est écartée, soit au titre du code du travail, soit au titre du code rural après la levée de la présomption, l'artiste, le mannequin ou le bûcheron peut continuer à être considéré comme un salarié, dès qu'un lien de subordination juridique permanente est établi avec le donneur d'ordre qui, de surcroît, lui fournit le travail.

## **.B.2. L'entreprise étrangère est un travailleur indépendant ou une société avec un ou des salariés détachés**

L'entreprise étrangère qui effectue une prestation de services internationale en France avec un ou plusieurs salariés est tenue de respecter « le noyau dur » du code du travail et les règles relatives à leur protection sociale. Ces salariés sont appelés des salariés détachés, en application de la directive communautaire 96/71 du 16 décembre 1996.

### **.B.2.1. Qu'est ce qu'un salarié détaché ?**

Il existe deux notions du détachement, à ne pas confondre.

#### **.B.2.1.1. Le salarié détaché au sens de la législation du travail**

Un salarié d'une entreprise étrangère est considéré comme détaché sur le territoire français dans l'une des trois situations suivantes<sup>67</sup> :

⇒ lorsqu'il vient travailler en France pour permettre à son employeur de réaliser une prestation de services internationale, y compris dans le cadre de l'activité d'une entreprise de travail temporaire ou d'une agence de mannequins,

⇒ lorsqu'il vient travailler en France pour permettre à son employeur de réaliser une activité pour son propre compte (**voir infra p.99 et suivantes**),

⇒ lorsqu'il vient travailler en France dans le cadre de sa mobilité professionnelle à l'intérieur du groupe auquel appartient son employeur (**voir infra p.102 et suivantes**).

- Le salarié détaché doit avoir préalablement travaillé, à titre habituel, pour le compte de l'entreprise qui le détache en France, selon l'article 2 1. de la directive du 16 décembre 1996

<sup>67</sup> Articles 2 et 3 de la directive 96/71 du 16 décembre 1996 et articles L.1262-1 et L.1262-2 du code du travail.

et l'article L.1261-3 du code du travail, c'est-à-dire soit dans l'Etat de domiciliation de son employeur, soit dans un autre Etat qui n'est pas la France.

**Nota**

*L'article 94 de la loi Avenir professionnel du 5 septembre 2018 a souhaité apporter une précision à la définition du salarié détaché, en ajoutant dans l'article L.1261-3 du code du travail que ce salarié doit travailler hors du territoire national avant son détachement en France ; cet ajout, de confort rédactionnel, ne modifie pas la définition du salarié détaché.*

Aucune précision, aucune quantification n'est donnée sur l'antériorité d'emploi minimale requise avant le détachement, ni par la directive du 16 décembre 1996, ni par le code du travail<sup>68</sup>. A ce jour, il n'existe pas non plus de jurisprudence topique de la CJUE sur le sujet ; les décisions de la Cour de cassation se rapportent très souvent à des situations où les salariés sont embauchés et immédiatement envoyés en France ou embauchés en France, c'est-à-dire des salariés justifiant d'aucune antériorité d'emploi<sup>69</sup>.

On peut cependant considérer que cette antériorité d'emploi s'apprécie de façon moins rigoureuse, en présence de nature d'emploi ou de métier spécifique du salarié détaché.

Ainsi, il sera délicat de contester l'absence d'antériorité d'emploi préalable ou une antériorité d'emploi symbolique d'un salarié intérimaire dans l'entreprise de travail temporaire qui le détache ou celle d'un artiste ou d'un technicien recruté pour assurer une prestation de services artistique en France (ex, un concert), qui est, par nature ponctuelle et intermittente.

Mais en règle générale, l'exigence d'une antériorité d'emploi réelle et significative dans l'entreprise est nécessaire avant de détacher le salarié. Une entreprise ne peut pas détacher un salarié, sitôt son embauche effectuée ou après quelques jours de travail, notamment si cette pratique vise plusieurs de ses salariés (**voir infra p.226**).

.- Le salarié est lié par un contrat de travail avec l'entreprise qui le détache, pendant la durée de son détachement ; il doit travailler en France sous la subordination juridique de cette entreprise (ce qui est à relativiser pour un salarié détaché par une ETT ou par une agence de mannequins). Cette absence de subordination juridique permet d'identifier *a contrario* l'employeur réel du prétendu salarié détaché qui est, très souvent, une entreprise, employeur de fait, qui est établie dans l'Etat dans lequel le salarié travaille au moment du contrôle.

Tel est le sens de la décision de référence de la CJUE dans l'affaire C-610/8 du 16 juillet 2020 AFMB :

<https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/determination-de-l-employeur-reel-du-salarie-en-mobilite-transnationale>

<sup>68</sup> L'antériorité d'emploi au sens de la directive du 16 décembre 1996 et de la législation du travail ne doit pas être confondue avec l'antériorité d'assujettissement préalable d'un mois du salarié détaché dans l'Etat d'origine, exigée par les textes communautaires de coordination de sécurité sociale (**voir infra p.226**).

<sup>69</sup> **Voir infra 7<sup>ème</sup> partie Jurisprudence p.275.**

Cette décision de la CJUE ne fait que confirmer la jurisprudence française sur la détermination de l'employeur effectif du salarié.

.- La CJUE, dans l'affaire C-16/18 du 19 décembre 2019 *Dodersberger*, a considéré qu'un salarié très mobile, travaillant au service de restauration dans un train assurant un service transnational, ne pouvait pas être considéré comme détaché au sens de la directive du 16 décembre 1996 au motif que l'exécution de son travail ne présente pas un lien suffisant avec l'Etat ou les autres Etats desservis par le train.

.- Le détachement du salarié est par nature temporaire ; il est directement conditionné et limité par la durée de l'activité elle-même temporaire de son entreprise sur le territoire français<sup>70</sup>, à l'exception notable du détachement du salarié dans le cadre de sa mobilité professionnelle intra groupe (*voir infra p.102 et suivantes*). Le caractère temporaire du détachement ne signifie pas que le détachement est nécessairement de courte durée ; un salarié affecté à la construction d'un ouvrage d'art de grande ampleur travaillera en France sous le régime du détachement jusqu'à la livraison de l'ouvrage.

.- La directive du 28 juin 2018 limite désormais la durée du détachement à douze mois, qui peut être portée, au cas par cas, à dix huit mois par l'Etat d'accueil et d'emploi, sur demande motivée de l'entreprise étrangère (*voir supra p.23 et suivantes*). L'article 3 de l'ordonnance Travail du 20 février 2019, en complétant l'article L.1262-4 du code du travail, rend effective cette limitation de la durée du détachement sur le territoire français, tout en atténuant sensiblement sa portée ; l'article 3 de l'ordonnance prévoit en effet que cette durée peut être prolongée de plein droit jusqu'à dix huit mois, sur simple déclaration motivée de l'entreprise étrangère à l'autorité administrative, ce qui n'est ni la lettre, ni l'esprit de la directive.

L'article 1<sup>er</sup> II 4° du décret du 28 juillet 2020, en insérant un article R.1262-18-1 dans le code du travail, précise que cette prolongation de six mois est acquise par simple déclaration de l'entreprise étrangère dans l'application SIPSI gérée par le ministère chargé du travail; le détachement devient ainsi de longue durée.

La conséquence de cette déclaration motivée de prolongation du détachement a pour effet de continuer à faire bénéficier le salarié des seules dispositions du noyau dur de la législation du travail, sans le faire bénéficier en sus des dispositions du code du travail mentionnées à l'alinéa 1<sup>er</sup> du II de l'article L.1262-4 de ce code, même si ces dispositions sont particulièrement virtuelles (*voir infra p.80*).

La durée limitée du détachement du salarié à douze mois, ou dix huit mois, est applicable sur le territoire français depuis le 30 juillet 2020.

#### **Nota**

*Il est souvent affirmé qu'un salarié détaché ne peut pas remplacer un autre salarié détaché ; mais cette interdiction du détachement en cascade ou successif ne se retrouve ni dans la directive du 16 décembre 1996, ni dans le code du travail. Au contraire, la directive du 28 juin 2018, en ajoutant un paragraphe 1 bis à l'article 3 de la directive du 16 décembre 1996,*

<sup>70</sup> Compte tenu également des règles spécifiques au travail temporaire.

*reconnait et valide la possibilité pour une entreprise étrangère de remplacer, sur le même poste de travail, un salarié détaché par un autre salarié détaché, dès lors que la durée cumulée de ces détachements n'excède pas douze mois (ou dix huit mois).*

*L'article 3 de l'ordonnance Travail, en complétant l'article L.1262-4 du code du travail par un paragraphe II, intègre expressément cette possibilité dans la législation depuis le 30 juillet 2020.*

*Par contre ce détachement en cascade ou successif, c'est-à-dire le remplacement sur le même poste de travail, d'un salarié détaché par un autre salarié détaché, y compris lorsque leur employeur est différent, est interdit par les textes communautaires de sécurité sociale<sup>71</sup>, ce qui est confirmé par l'arrêt Alpenrind du 6 septembre 2018 de la CJUE<sup>72</sup>.*

*Cette contrariété du droit communautaire sur un sujet aussi ciblé est difficile à comprendre.*

### **.B.2.1.2. Le salarié détaché au sens de la législation de sécurité sociale<sup>73</sup>**

Un salarié détaché en France au sens de la législation du travail peut être également détaché au sens de la législation de sécurité sociale, c'est-à-dire rester maintenu au régime de protection sociale de l'Etat dans lequel il travaille habituellement. L'une des conséquences de ce maintien est que l'entreprise étrangère n'aura pas à cotiser en France; les cotisations continueront d'être versées dans cet Etat.

Le maintien du salarié détaché en France au régime de sécurité sociale de l'Etat dans lequel il travaille habituellement n'est pas automatique. En effet, le principe posé par l'article L.111-2-2 du code la sécurité sociale reste l'affiliation de plein droit au régime français de toute personne qui travaille en France ; le maintien à un autre régime est une exception qu'il faut justifier.

Le salarié détaché au sens de la sécurité sociale doit, soit travailler, quelle que soit sa nationalité<sup>74</sup>, dans un autre Etat de l'Union européenne, de l'Espace économique européen ou en Suisse ; soit travailler, mais uniquement s'il est un ressortissant de cet Etat, dans un des 38 Etats qui ont signé une convention bilatérale de sécurité sociale avec la France<sup>75</sup>. A ce titre, et en application des textes communautaires, il doit justifier d'une antériorité d'affiliation d'au moins un mois (qui devait être portée à trois mois<sup>76</sup>) dans l'Etat depuis lequel l'entreprise étrangère va le détacher en France.

Il doit par ailleurs posséder un formulaire nominatif en cours de validité, appelé certificat de détachement, qui prouve ce maintien ; ce formulaire est délivré, non pas par la France, mais par l'institution de sécurité sociale à laquelle il est rattaché<sup>77</sup>. En principe, ce formulaire n'est

<sup>71</sup> Ce qui permet à la sécurité sociale française d'en tirer toutes les conséquences.

<sup>72</sup> Voir infra 7<sup>ème</sup> partie Jurisprudence p.275.

<sup>73</sup> Voir le site du CLEISS pour des explications plus complètes.

<sup>74</sup> Ex, un ressortissant turc travaillant en Allemagne.

<sup>75</sup> Voir sur le site du CLEISS la liste des conventions.

<sup>76</sup> La proposition de modification des textes communautaires de coordination de sécurité sociale n'a pu aboutir avant les élections européennes du mois de mai 2019.

<sup>77</sup> Ce formulaire se dénomme A1 pour l'UE et la Suisse, E 101 pour l'EEE et SE XXX pour les 38 Etats signataires d'une convention bilatérale de sécurité sociale.

donc délivré que pour un salarié assujéti au moins depuis un mois à la législation de sécurité sociale de l'Etat émetteur de ce document<sup>78</sup>.

Si le salarié détaché au sens de la législation du travail remplit ces conditions, il aura également la qualité de détaché au sens de la législation de sécurité sociale et les cotisations en raison de son emploi de détaché ne seront pas dues en France ; elles restent payées dans l'Etat d'origine (*voir infra p.83 et suivantes*).

Selon les textes communautaires de sécurité sociale, confirmés par la décision *Alpenrind* du 6 septembre 2018 de la CJUE, un salarié en mobilité transnationale, qui remplace sur le même poste de travail un salarié détaché, ne peut avoir lui-même cette qualité, y compris lorsque leur employeur est différent. Il ne peut pas être détenteur d'un certificat de détachement ; les cotisations sociales sont dues dans l'Etat d'accueil et d'emploi. Mais il peut rester détaché au sens des directives du 16 décembre 1996 et du 28 juin 2018.

Cette contrariété du droit communautaire sur un sujet aussi ciblé est difficile à comprendre.

#### **Nota**

*Le détachement au sens de la sécurité sociale dispense de payer en France les cotisations du régime de base (Urssaf, MSA, CGSS, ENIM, etc...), des retraites complémentaires et de l'assurance chômage (Pôle Emploi) pour les salariés travaillant dans un autre Etat de l'UE, de l'EEE et en Suisse, qui sont couverts par les textes communautaires de coordination de sécurité sociale.*

*Les 38 conventions bilatérales de sécurité sociale n'exonèrent que du paiement des cotisations du régime de base et du régime des retraites complémentaires. Les cotisations au titre de l'assurance chômage (Pôle Emploi) restent dues en France.*

En résumé, détachement au sens de la législation du travail et détachement au sens de la sécurité sociale sont deux notions à ne pas confondre dans une analyse de dossier et de procédure.

Un salarié détaché au sens du code du travail n'est pas nécessairement un salarié détaché au sens de la sécurité sociale.

A l'inverse, un salarié détaché au sens de la sécurité sociale est toujours détaché au sens du code du travail.

#### **.B.2.1.3. Détachement et pluriactivité**

La pluriactivité est une appellation doctrinale de sécurité sociale communautaire, qui vise une autre situation de travail transnationale, différente de celle du détachement en matière de

<sup>78</sup> L'expérience montre cependant que des certificats de détachement sont parfois indûment délivrés à des salariés qui n'ont jamais travaillé dans l'Etat ou durant une très courte période (*voir infra p.226 et suivantes*). Sinon, comment expliquer que 7 930 salariés de nationalité française ont été détachés en France en 2017 ?

sécurité sociale ; la situation de pluriactivité est mentionnée à l'article 13 du règlement n°884/04 du 29 avril 2004.

Le travailleur, salarié ou non salarié, reconnu comme pluriactif, c'est-à-dire exerçant son activité professionnelle, de façon simultanée ou alternante, dans deux ou plusieurs Etats de l'Union européenne, relève d'un seul régime de sécurité sociale d'un de ces Etats, auquel il verse ses cotisations sociales. S'agissant d'un salarié, celui-ci peut exercer cette activité de pluriactif pour le compte du même employeur ou pour le compte de différents employeurs.

La détermination du régime de sécurité sociale applicable au travailleur pluriactif se fait en fonction de deux critères principaux : le lieu de sa résidence et l'Etat dans lequel il exerce une partie substantielle de son activité<sup>79</sup>. Est considéré comme substantiel, le fait d'exercer en durée et/ou en rémunération 25% de l'activité professionnelle globale<sup>80</sup>.

Contrairement au détachement sécurité sociale qui est limité à 24 mois, la situation de pluriactivité n'est pas limitée dans le temps.

La qualité de pluriactif d'un salarié n'a aucune incidence sur sa qualité de détaché, au sens de la législation du travail. Un employeur établi hors de France, qui fait travailler sur le territoire français un salarié reconnu comme pluriactif au sens de la sécurité sociale, reste tenu par toute la législation du travail relative au détachement.

### **.B.2.2. Quelle est la législation sociale applicable à une entreprise étrangère qui détache en France un ou des salariés dans le cadre d'une prestation de services internationale?**

Comme tout employeur de salarié sur le territoire français, une entreprise étrangère est tenue de respecter la législation du travail qui lui est applicable et la législation de sécurité sociale. Ce *corpus* de dispositions a pour objectif d'obtenir le respect de l'ordre public social français par l'entreprise étrangère.

#### **.B.2.2.1. La législation du travail**

L'entreprise étrangère est tenue de respecter des obligations déclaratives et des règles de fond, ce qui est appelé le noyau dur du code du travail.

##### **.B.2.2.1.1. Les obligations déclaratives et autres formalités**

#### **.1. La déclaration nominative de détachement du salarié (articles L.1262-2-1 I, L.1262-6, L.1263-8, L.1264-1, R1263 3 et suivants du code du travail)<sup>81</sup>**

**.1.1.** La déclaration de détachement du salarié, qui est obligatoire depuis le décret du 11 juillet 1994<sup>82</sup>, a fait l'objet de modifications substantielles lors du vote de la loi Avenir professionnel, remettant en cause son principe d'universalité.

La déclaration de détachement, créée en juillet 1994, correspond dans son esprit de transparence à l'équivalent de la DPAE instaurée 3 ans auparavant, pour la transparence de

<sup>79</sup> Pour plus d'informations, voir le site du CLEISS.

<sup>80</sup> Voir la décision C-570/15 du 13 septembre 2017 de la CJUE STAATSSSECRETARIS VAN FINANCIEN.

<sup>81</sup> Modèle fixé par arrêté du 20 novembre 2017 du ministre chargé du travail et du ministre chargé des transports (3 CERFA dématérialisés disponibles).

<sup>82</sup> Décret n° 94-574 du 11 juillet 1994.



l'emploi salarié direct par un employeur établi en France. La déclaration de détachement est effectuée avant le détachement du salarié sur le territoire français et permet de connaître en temps réel, si elle est respectée, la présence temporaire de ce salarié détaché sur le territoire français.

Depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2016, l'entreprise étrangère est tenue d'utiliser la télédéclaration, via l'application SIPSI gérée par le ministère chargé du travail, pour procéder à la déclaration de détachement<sup>83</sup>; la déclaration papier, en vigueur depuis le mois de juillet 1994, est supprimée. L'application SIPSI a été créée par le décret du 29 juillet 2016<sup>84</sup>.

La déclaration de détachement effectuée via l'application SIPSI donne lieu par celle-ci à la délivrance d'un accusé de réception qui vaut preuve de l'accomplissement de cette formalité et qui, notamment, est remis au donneur d'ordre et au maître d'ouvrage au titre de leur obligation de vigilance.

**Nota**

*Aucun texte, codifié ou non dans le code du travail, ne prévoit expressément la délivrance d'un accusé de réception de la déclaration de détachement par l'application SIPSI, contrairement à ce qui est mentionné à l'article R.1221-7 du code du travail pour la déclaration préalable à l'embauche.*

*L'accusé de réception n'est évoqué que de façon incidente, notamment par les articles R.1263-12-1 et D.1221-24-1 du code du travail.*

*L'accusé de réception n'a donc aucun fondement juridique et les procédures de sanction ou de pénalité en relation avec l'existence de cet accusé de réception n'ont pas de base légale.*

La loi Travail du 8 août 2016 avait prévu que l'entreprise étrangère qui procède à la déclaration de détachement s'acquitte d'une contribution d'un montant qui n'excède pas 50 euros par salarié<sup>85</sup>, au titre de la participation au financement de l'application déclarative obligatoire SIPSI. Cette mesure, qui n'a jamais été mise en œuvre, a été abrogée à juste titre, compte tenu d'un risque évident d'entrave à la libre prestation de services<sup>86</sup>.

Le défaut d'accomplissement de la déclaration de détachement est passible, en application de l'article L.1264-1 du code du travail, d'une amende administrative de 4 000 euros par salarié détaché, dans la limite d'un plafond de 500 000 euros.

L'amende est prononcée et modulée par le Direccte ou le Dieccte, sur rapport de l'agent de l'inspection du travail qui a constaté le manquement. Le délai de prescription de l'action de

<sup>83</sup> Accessible depuis le site SIPSI : <https://sipsi.travail.gouv.fr>

<sup>84</sup> Décret n° 2016-1044 du 29 juillet 2016 relatif à la transmission dématérialisée des déclarations et attestations de détachement de salariés et autorisant un traitement des données à caractère personnel qui y figurent.

<sup>85</sup> Article 106 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ; article L.1262-4-6 du code du travail ; décret n° 2017-751 du 3 mai 2017 qui fixe le montant de la contribution à 40 euros.

<sup>86</sup> Décret n° 2018-82 du 9 février 2018, puis article 92 de la loi Avenir professionnel.

l'administration pour la sanction du défaut de déclaration de détachement est de deux années révolues à compter du jour où le manquement a été commis.

Le recours est directement porté devant le tribunal administratif.

**Nota**

*Le décret n° 2019-555 du 4 juin 2019 pris pour l'application des articles 89 et suivants de la loi Avenir professionnel modifie les informations contenues dans la déclaration de détachement, notamment celle relative à la rémunération versée au salarié détaché.*

*Auparavant, la déclaration de détachement précisait « le montant de la rémunération brute mensuelle » due au salarié détaché ; cette information est remplacée par la mention du « taux horaire de rémunération appliqué pendant la durée du détachement ». Cette modification opportune dans son principe est cependant obérée par sa rédaction peu appropriée qui va susciter des difficultés. En effet, est visé le taux de la rémunération et non pas le taux du salaire, ce qui permet d'y inclure des accessoires nombreux et indéterminés de salaire interdisant toute comparaison avec le salaire minimum conventionnel français ou, à défaut, avec le Smic ; par ailleurs, il n'est plus question d'un montant brut. Le montant inscrit dans la déclaration de détachement pourra être, selon les entreprises étrangères déclarantes, brut ou net.*

*Ces deux malfaçons rédactionnelles interdisent toute vérification et tout contrôle utiles du respect des normes salariales françaises.*

Malgré l'intérêt indiscutable de cette formalité déclarative, le principe de déclaration préalable pour tout détachement de salarié, quelle que soit la nature ou la durée du détachement, vient d'être sensiblement remis en cause par les articles 89, 90 et 91 de la loi Avenir professionnel, qui prévoient trois tempéraments significatifs à cette obligation, par l'introduction des articles L.1262-6, L.1262-7 et L.1263-8 dans le code du travail et par la modification de l'article L.1262-2-1 de ce même code.

⇒ L'article L.1262-6 nouveau du code du travail envisage la possibilité de supprimer par arrêté du ministre du travail la déclaration de détachement pour des détachements opérés dans le cadre de prestations ou d'opérations de courte durée ou dans le cadre d'événements ponctuels ; aux termes de l'article L.1262-7 du code du travail, cette mesure ne s'applique pas au détachement d'un salarié effectué par une entreprise de travail temporaire ou par une agence de mannequins.

L'arrêté du 4 juin 2019 liste quatre catégories d'activités exercées par des salariés, dispensées de la déclaration de détachement (pour le détail et les conditions d'éligibilité, **voir l'arrêté infra en annexe p.311**): les artistes du spectacle vivant ou enregistré, les sportifs, arbitres, membres de l'équipe d'encadrement des sportifs, délégués officiels rattachés à la pratique ou à l'organisation, les apprentis en mobilité temporaire, les colloques, séminaires, manifestations scientifiques et les activités d'enseignement.

S'agissant des spectacles vivants ou enregistrés, la dispense de déclaration de détachement est limitée aux artistes ; elle ne s'applique pas aux techniciens, y compris lorsqu'ils sont salariés du producteur de spectacles qui détache les artistes en France.

⇒ L'article L.1263-8 nouveau du code du travail permet à l'autorité administrative, qui est à déterminer, d'aménager, à la demande d'une entreprise étrangère ou d'un organisme ayant un mandat, les modalités de la déclaration de détachement et donc, en fait, de dispenser l'entreprise étrangère d'une déclaration systématique de détachement lorsque cette entreprise détache en France de façon récurrente des salariés ; les aménagements sont consentis par une durée maximale d'un an ; ils peuvent être renouvelés sous réserve que l'entreprise étrangère ait respecté les dispositions légales et conventionnelles mentionnées à l'article L.1262-4 du code du travail.

Un décret en Conseil d'Etat déterminera la nature des aménagements susceptibles d'être apportés à la déclaration de détachement ; compte tenu de la formulation de l'article L.1263-8, l'aménagement principal va être la suppression de la déclaration de détachement systématique pour chaque détachement et son remplacement par une déclaration moins détaillée et moins précise que la déclaration de droit commun, valant pour une période d'un an. Les entreprises frontalières sont visées à titre principal, mais pas exclusif<sup>87</sup>.

L'article L.1263-8 du code du travail ne prévoit aucune sanction si l'entreprise étrangère ne respecte pas les termes de la décision administrative d'aménagement de la déclaration de détachement ; en outre, aucune précision n'est apportée sur l'obligation de vigilance du donneur d'ordre qui ne vise pas de façon expresse l'article L.1263-8 du code du travail.

⇒ L'article L.1262-2-1 modifié du code du travail supprime la déclaration de détachement pour le salarié détaché en France dans le cadre d'une prestation pour compte propre effectuée par son employeur (**voir infra p.99 et suivantes la définition de la prestation pour compte propre ou auto prestation**).

#### **Nota**

*La mise en cause du principe d'universalité de la déclaration de détachement, tel qu'il existe depuis 1994, soit par sa suppression, soit par son aménagement, affaiblit considérablement la lutte contre le travail illégal et le dumping social puisqu'elle empêche les agents de contrôle et les services de recouvrement de localiser les lieux de travail temporaire des salariés et donc d'y faire des contrôles.*

*Elle constitue une rupture d'égalité de traitement entre les entreprises étrangères et leurs donneurs d'ordre.*

*Cette décision, qui affecte l'outil de base indispensable au contrôle de l'intervention des entreprises étrangères, va à l'encontre de toutes les déclarations des pouvoirs de publics de renforcer la lutte contre ces pratiques. Elle s'explique peut être par la volonté politique de faire décroître les chiffres officiels du nombre de salariés détachés sur le territoire français, sans que ces détachements eux-mêmes soient en diminution.*

<sup>87</sup> Dans le projet de loi initial, seules les entreprises frontalières étaient visées par cet aménagement.

*Dans l'étude d'impact du projet de loi<sup>88</sup>, il est mentionné que la suppression de la déclaration de détachement pourrait intervenir dans des secteurs peu fraudogènes, tels que les activités sportives, les activités culturelles, les exposants et visiteurs de foire et salons. Or, il est bien connu des professionnels (inspection du travail, Urssaf, gendarmerie, police) que ces secteurs sont, au contraire, hautement fraudogènes et sensibles au travail illégal. L'étude d'impact ajoute, pour convaincre, que ces secteurs sont peu soumis au dumping social ou à des atteintes aux droits des salariés détachés. Les explications données pour envisager de supprimer la déclaration de détachement dans ces secteurs d'activité ne sont pas sérieuses et crédibles, eu égard à la réalité du monde du travail et au fait que plusieurs de ces secteurs sont inclus dans le plan national d'action de lutte contre le travail illégal.*

*Par ailleurs, rien n'explique ou ne justifie la suppression de la déclaration de détachement dans le cadre de l'auto prestation, d'autant que l'auto prestation peut correspondre à l'exécution de chantiers à fort risques professionnels (exemple : démontage industriel par l'acheteur de machines, d'installations ou de bâtiments).*

*S'agissant des aménagements envisagés pour les détachements récurrents, pour limiter le nombre et la répétition des déclarations de détachement par une même entreprise étrangère intervenant fréquemment en France, il serait plus judicieux de rappeler à l'entreprise concernée l'obligation de s'établir en France, dès lors qu'elle déploie sur le territoire français une activité stable, continue et habituelle par ces détachements récurrents. L'effet d'un tel aménagement sera sans doute de légaliser des situations de fraude à l'établissement, d'empêcher les services de contrôle de verbaliser pour travail dissimulé ou de conduire à des classements sans suite par le procureur de la République.*

*De surcroît, il est à noter qu'aucune sanction n'est prévue à l'égard de l'entreprise qui ne respecte pas les termes de la décision administrative qui aménage la déclaration de détachement.*

*Enfin, par effet collatéral, l'entreprise étrangère redevable d'une amende administrative, mais dispensée d'effectuer la déclaration de détachement ou bénéficiant d'un aménagement de ses modalités déclaratives ne peut faire l'objet de l'interdiction de prêter en France mentionnée à l'article L.1263-4-2 du code du travail pour défaut de paiement de cette amende (**voir infra p.90 et suivantes**).*

**.1.2.** La déclaration de détachement est une formalité substantielle (au même titre que la DPAAE), mais sa force et son efficacité ont été sensiblement remises en cause par le décret du 30 mars 2015<sup>89</sup> d'application de la loi Savary du 10 juillet 2014<sup>90</sup>. En effet, la législation prévoit depuis le mois de juillet 1994 que la déclaration de détachement est adressée à l'inspection du travail du lieu du détachement du salarié. Or le décret du 30 mars 2015 mentionne que la déclaration de détachement est adressée à l'unité départementale de la Direccte ou de la

<sup>88</sup> Page 395.

<sup>89</sup> Décret n° 2015-364 du 30 mars 2015.

<sup>90</sup> Loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale.

Dieccte, qui est une autre autorité administrative compétente, différente de l'inspection du travail.

Cette non-conformité du décret à la loi risque d'entraîner l'annulation des procédures de mise en recouvrement de la pénalité administrative de l'article L.1264-3 du code du travail prévue par la loi Savary pour défaut de déclaration de détachement (**voir infra p.89**), alors que cette pénalité, qui est très conséquente, est une des avancées intéressantes de cette loi.

De surcroît, la loi précise que la pénalité administrative est automatique et s'applique de plein droit ; seul son montant est modulable. Or, le décret du 30 mars 2015 rend cette pénalité facultative, à la discrétion du Direccte ou du Dieccte, ce qui dénature la volonté du législateur et atténue sensiblement la volonté de lutte contre le dumping social.

**Nota**

*De façon inattendue, la loi Macron<sup>91</sup> reconnaît que cette obligation déclarative, qui s'impose à l'entreprise étrangère, pourra ne pas être respectée par celle-ci, puisqu'elle prévoit elle-même cette hypothèse, et ceci malgré une sanction particulièrement dissuasive; dans ce cas, la loi Macron prévoit qu'une déclaration de substitution est effectuée auprès de l'inspection du travail par le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre (**voir infra p.175 et suivantes**).*

**.1.3.** Outre l'amende administrative pour défaut de déclaration de détachement du salarié, l'article L.1263-4-1 du code du travail permet au Direccte ou au Dieccte de suspendre la prestation de services de l'entreprise étrangère défaillante lorsque la déclaration de détachement n'est pas effectuée par l'entreprise étrangère, ni, par substitution, par le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage dans les 48h. à compter du début du détachement, sur rapport de l'inspection du travail, jusqu'à régularisation de l'envoi de la déclaration par l'un de ces trois déclarants, et dans la limite d'un mois.

L'emploi des termes « prestation de services » dans l'article L.1263-4-1 du code du travail, issu de la loi Travail du 8 août 2016, ne permet pas de faire application de cette mesure de suspension d'activité au détachement du salarié dans le cas d'une mobilité internationale intragroupe.

La suspension de la prestation de services est cumulable avec l'amende administrative pour défaut de déclaration de détachement par l'entreprise étrangère.

Ce cumul de sanctions pour le même manquement n'est pas sans risque juridique.

**.1.4. Cas particulier de certaines activités de transports**

Depuis le décret du 7 avril 2016<sup>92</sup>, la déclaration de détachement est remplacée par une attestation de détachement, lorsque l'entreprise étrangère est une entreprise de transport

<sup>91</sup> Article 280 II 3° de la loi Macron qui complète l'article L.1262-4-1 issu de la loi Savary.

<sup>92</sup> Décret n° 2016-418 du 7 avril 2016 adaptant le titre VI du livre II de la première partie du code du travail aux

qui détache en France un salarié roulant terrestre (transport routier ou ferroviaire) ou un salarié navigant (transport fluvial ou non)<sup>93</sup>.

Le décret du 7 avril 2016 s'applique à tous les cas de détachement d'un salarié, et pas uniquement à celui réalisé dans le cadre du cabotage (**voir infra p.135**)<sup>94</sup>. Il exclut la situation du salarié qui effectue une opération de simple transit par le territoire français<sup>95</sup>.

L'entreprise étrangère de transport est tenue par une triple obligation. Elle transmet (à qui ? le I de l'article R.1311-7 du code des transports est muet) l'attestation de détachement de façon dématérialisée via le télé-service SIPSI, elle remet un autre exemplaire au salarié détaché pour le conserver à bord du moyen de transport et elle en remet une copie à son donneur d'ordre cocontractant. Elle n'est pas tenue d'en communiquer un exemplaire ou une copie à son représentant en France.

L'attestation de détachement est rédigée en français, avec une durée maximale de validité de 6 mois, pouvant couvrir plusieurs détachements du même salarié, y compris lorsque celui-ci un salarié intérimaire d'une entreprise de travail temporaire établie à l'étranger<sup>96</sup>.

En application de l'article R.1331-7 du code des transports, l'attestation de détachement est présentée aux agents de contrôle habilités en matière de travail illégal.

Le défaut de tenue de l'attestation de détachement à bord du moyen de transport est passible d'une amende de 4<sup>ème</sup> classe ; la même sanction est applicable si l'attestation n'est pas conforme au décret, ou qu'elle comporte une mention incomplète, erronée, illisible ou effaçable.

Le défaut d'établissement de l'attestation de détachement, c'est-à-dire celle rédigée et adressée via l'application SIPSI, est passible de l'amende administrative prévue par l'article L.1264-1 du code du travail.

#### **Nota**

*Le décret du 7 avril 2016 appelle les remarques suivantes :*

*.- codifié dans le code des transports, son contrôle relève de la compétence des contrôleurs des transports terrestres de la Dréal, de la gendarmerie et de la police ; à défaut d'habilitation expresse, les agents de l'inspection du travail ne disposent pas de cette compétence.*

---

entreprises de transport détachant des salariés roulants ou navigants sur le territoire national et modifiant le code des transports (articles R.1331-1 et suivants du code des transports).

<sup>93</sup> Le transport aérien continue de relever de la déclaration de détachement ; le transport maritime est non assujéti.

<sup>94</sup> Voir également les informations en ligne sur le site du ministère des transports, rubriques « Secteur routier » ou « Secteur maritime et fluvial ».

<sup>95</sup> Saisi par une organisation professionnelle polonaise, le Conseil d'Etat a validé ce décret (n° 400530 du 9 juin 2017).

<sup>96</sup> L'arrêté du 20 novembre 2017 du ministre chargé du travail et du ministre chargé des transports fixe les modèles dématérialisés de CERFA spécifiques disponibles depuis le site SIPSI : <https://www.sipsi.travail.gouv.fr>

*.- la sanction administrative financière prévue à l'article L.1264-1 du code du travail pour défaut d'attestation de détachement ou pour défaut de désignation d'un représentant en France, via l'attestation de détachement, de l'entreprise de transport n'est pas applicable, car l'inspection du travail, qui initie la procédure en application de l'article L.1264-3 du code du travail, n'est pas compétente pour constater l'un de ces deux manquements au code des transports et saisir le Direccte ou le Dirccte ; par ailleurs, les articles R.8115-1 et suivants du code du travail ne visent pas le non-respect du code des transports.*

**.1.5.** Les déclarations de détachement et les attestations de détachement sont enregistrées dans la base nationale SIPSI, alimentée directement par les entreprises étrangères qui accomplissent ces formalités dématérialisées, via cette application.

La rédaction du décret du 29 juillet 2016, qui a créé la base SIPSI, ne vise dans le I de son article 1<sup>er</sup> que la déclaration dématérialisée de détachement mentionnée à l'article L.1262-2-1 du code du travail, c'est-à-dire celle effectuée par l'employeur ; un second décret du 15 décembre 2016<sup>97</sup> précise que la déclaration de détachement de substitution est également effectuée via SIPSI, par le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage (***voir infra p.175 et suivantes***).

En application du II de l'article 3 du décret du 29 juillet 2016 modifié par le décret du 28 juillet 2020, la base nationale SIPSI est consultable de façon nominative par :

- l'ensemble des agents de contrôle habilités en matière de lutte contre le travail illégal,
- par les agents de l'association l'UCF CIBTP pour la gestion de la carte d'identification professionnelle dans le BTP (***voir infra p.73***),
- par les agents du CLEISS pour l'application des textes internationaux et européens de sécurité sociale.

Les données sont conservées pendant 5 ans ; ce délai est prolongé si un recours administratif ou juridictionnel est ouvert, jusqu'à épuisement de la procédure engagée.

**Nota**

*La création de la base nationale SIPSI est intervenue 7 ans et 4 mois après la publication de l'arrêté interministériel du 3 mars 2009 qui avait créé FRAMIDE, la première base nationale des déclarations de détachement<sup>98</sup>.*

*Pour des raisons jamais expliquées, le ministère du travail n'a pas mis en œuvre la base FRAMIDE, ce qui a privé pendant une longue période les services de l'Etat d'un précieux outil de contrôle des entreprises étrangères.*

<sup>97</sup> Décret n°2016-1748 du 15 décembre 2016 ; article R.1263-13 du code du travail.

<sup>98</sup> En 2004, le ministère du travail a acté le principe de la création d'une base nationale des déclarations de détachement, offrant aux agents de contrôle les mêmes fonctionnalités et potentialités que la base CIRSO. (notamment conservation pendant 5 ans des déclarations de détachement). Cette base, appelée FRAMIDE, élaborée avec le concours d'agents de l'inspection du travail et validée par la CNIL, a été créée par un arrêté du 3 mars 2009 (JO du 28 avril 2009).

Le respect de la déclaration de détachement (ou de l'attestation de détachement dans le secteur des transports roulants ou navigants) par l'entreprise étrangère, qui reste une formalité substantielle (malgré les tempéraments apportés par la loi Avenir professionnel), peut être « l'arbre qui cache la forêt », et masquer, sous cette apparence de légalité formelle, des fraudes majeures à la loi (**voir infra p.197 et suivantes et p.223 et suivantes**) qui rendent accessoire et secondaire, voire trompeur, le respect de cette formalité.

## **.2 La désignation d'un représentant en France de l'entreprise étrangère (articles L.1262-2-1 II, L.1262-6, L.1263-8, L.1264-1 et R.1263-2-1 du code du travail)**

**.2.1.** Le représentant en France de l'entreprise étrangère est théoriquement l'interlocuteur privilégié des agents habilités en matière de lutte contre le travail illégal, pour faciliter le contrôle de cette entreprise.

La désignation d'un représentant de l'entreprise étrangère est obligatoire, depuis le mois de juillet 1994, quel que soit le nombre de salariés détachés ou la durée de l'intervention de l'entreprise étrangère<sup>99</sup>.

Le défaut d'accomplissement de la désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère est passible, en application de l'article L.1264-1 du code du travail, d'une amende administrative de 4 000 euros par salarié détaché, dans la limite d'un plafond de 500 000 euros.

L'amende est prononcée et modulée par le Direccte ou le Dieccte, sur rapport de l'agent de l'inspection du travail qui a constaté le manquement. Le délai de prescription de l'action de l'administration pour la sanction du défaut de déclaration de détachement est de deux années révolues à compter du jour où le manquement a été commis.

Le recours est directement porté devant le tribunal administratif.

**.2.2.** Les modalités et les conditions de la désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère ont fait l'objet de plusieurs modifications récentes.

⇒ Le décret n° 2019-555 du 4 juin 2019, pris en application de la loi Avenir professionnel, a introduit deux modifications au cadre juridique de cette formalité.

Le 3° de l'article 1<sup>er</sup> du décret fusionne la déclaration de détachement et la désignation du représentant en France, qui ne fait plus l'objet d'une désignation séparée. Cette fusion met fin à l'incertitude concernant le destinataire de la désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère qui n'était pas auparavant mentionné dans le code du travail.

Le 4° de l'article 1<sup>er</sup> du décret exige que le représentant en France soit un professionnel, et non plus quiconque comme le permettait jusqu'à présent le code du travail ; en effet, la désignation du représentant en France comporte désormais le numéro SIRET, sauf s'il s'agit du dirigeant présent, d'un salarié de l'entreprise étrangère ou le client de celle-ci.

L'article 3 du décret du 4 juin 2019 confirme l'intégration de la désignation du représentant en France dans l'attestation de détachement.

---

<sup>99</sup> Elle est obligatoire pour un seul salarié intérimaire.



⇒ Par ailleurs, et malgré son intérêt, le principe de la désignation d'un représentant en France pour tout détachement de salarié, quelle que soit la nature ou la durée du détachement, est sensiblement remis en cause, à l'identique de la déclaration de détachement, par les articles 89, 90 et 91 de la loi Avenir professionnel. Ces dispositions prévoient trois tempéraments significatifs à cette obligation, introduits par la création des articles L.1262-6, L.1262-7 et L.1263-8 dans le code du travail et par la modification de l'article L.1262-2-1 du code du travail.

- L'article L.1262-6 nouveau du code du travail introduit la possibilité de supprimer par arrêté du ministre du travail la désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère pour des détachements opérés dans le cadre de prestations ou d'opérations de courte durée ou dans le cadre d'événements ponctuels ; aux termes de l'article L.1262-7 du code du travail, cette mesure ne s'applique pas cependant au détachement d'un salarié effectué par une entreprise de travail temporaire ou par une agence de mannequins.

L'arrêté du 4 juin 2019 liste quatre catégories d'activités exercées par des salariés, dispensées de la désignation du représentant en France (pour le détail et les conditions d'éligibilité **voir l'arrêté infra en annexe p.311**): les artistes du spectacle vivant ou enregistré, les sportifs, arbitres, membres de l'équipe d'encadrement des sportifs, délégués officiels rattachés à la pratique ou à l'organisation, les apprentis en mobilité temporaire, les colloques, séminaires, manifestations scientifiques et les activités d'enseignement.

S'agissant des spectacles vivants ou enregistrés, la dispense de désignation du représentant en France est limitée aux artistes ; elle ne s'applique pas aux techniciens, y compris lorsqu'ils sont salariés du producteur de spectacles qui détache les artistes en France. De ce fait, ce producteur de spectacles établi à l'étranger reste tenu de désigner un représentant en France au titre des techniciens qu'il détache conjointement avec les artistes sur le territoire français.

- L'article L.1263-8 nouveau du code du travail permet à l'autorité administrative, qui reste à préciser, d'aménager, à la demande d'une entreprise étrangère ou d'un organisme ayant un mandat, les modalités de la désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère et donc, en fait, de dispenser l'entreprise étrangère d'une désignation systématique d'un représentant en France de l'entreprise étrangère lorsque cette entreprise détache de façon récurrente des salariés ; les aménagements sont consentis par une durée maximale d'un an ; ils peuvent être renouvelés sous réserve que l'entreprise étrangère ait respecté les dispositions légales et conventionnelles mentionnées à l'article L.1262-4 du code du travail.

Un décret en Conseil d'Etat déterminera la nature des aménagements susceptibles d'être apportés à la désignation du représentant de l'entreprise en France; compte tenu de la formulation de l'article L.1263-8, l'aménagement principal va être la suppression de la désignation systématique du représentant en France pour chaque détachement et son remplacement par une désignation valable pour plusieurs détachements et plusieurs interventions effectués par une entreprise étrangère, valant pour une période d'un an. Les entreprises frontalières sont visées à titre principal, mais pas exclusif<sup>100</sup>.

- L'article L.1263-8 du code du travail ne prévoit aucune sanction si l'entreprise étrangère ne respecte pas les termes de la décision administrative d'aménagement de la désignation de son

---

<sup>100</sup> Dans le projet de loi initial, seules les entreprises frontalières étaient visées par cet aménagement.

représentant en France; en outre, aucune précision n'est apportée sur l'obligation de vigilance du donneur d'ordre qui ne vise pas de façon expresse l'article L.1263-8 du code du travail.

.- Enfin, l'article L.1262-2-1 modifié du code du travail supprime la désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère lorsque celle-ci intervient pour son propre compte, en auto prestation (**voir infra p.99 et suivantes la définition de la prestation pour compte propre ou auto prestation**).

#### **Nota**

*La mise en cause du principe d'universalité de la désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère, soit par sa suppression, soit par son aménagement, affaiblit considérablement la lutte contre le travail illégal et le dumping social puisqu'elle prive les agents de contrôle et les services de recouvrement d'une facilité unanimement reconnue et appréciée dans le cadre de leurs investigations. Cette décision, ajoutée à celle de supprimer ou d'assouplir de façon substantielle la déclaration de détachement à l'égard des mêmes entreprises étrangères, va à l'encontre de toutes les déclarations des pouvoirs de publics de renforcer la lutte contre ces pratiques.*

*Elle constitue une rupture d'égalité de traitement entre les entreprises étrangères et leurs donneurs d'ordre.*

*Dans l'étude d'impact du projet de loi, il est mentionné que la suppression de la désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère, pourrait intervenir, comme pour la déclaration de détachement, dans des secteurs peu fraudogènes, tels que les activités sportives, les activités culturelles, les exposants et visiteurs de foire et salons. Or, il est bien connu des professionnels (inspection du travail, Urssaf, gendarmerie, police) que ces secteurs sont, au contraire, hautement fraudogènes et sensibles au travail illégal. L'étude d'impact ajoute, pour convaincre, que ces secteurs sont peu soumis au dumping social ou à des atteintes aux droits des salariés détachés. Les explications données pour envisager de supprimer la désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère dans ces secteurs d'activité ne sont pas sérieuses et crédibles, eu égard à la réalité du monde du travail et eu égard au fait que plusieurs de ces secteurs sont ciblés comme prioritaires dans le plan national d'action contre le travail illégal.*

*Par ailleurs, rien n'explique ou ne justifie la suppression de la désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère qui effectue une prestation pour son propre compte sur le territoire français, d'autant que l'auto prestation peut correspondre à l'exécution de chantiers à fort risques professionnels (exemple : démontage industriel par l'acheteur de machines, d'installations ou de bâtiments).*

*S'agissant des aménagements envisagés pour les détachements récurrents, pour limiter le nombre et la répétition des désignations de son représentant en France par une même entreprise étrangère intervenant fréquemment sur le territoire français, il serait plus judicieux de rappeler à l'entreprise concernée l'obligation de s'établir en France, dès lors qu'elle déploie sur le territoire français une activité stable, continue et habituelle par ces détachements récurrents. L'effet d'un tel aménagement sera sans doute de légaliser des situations de fraude à l'établissement, d'empêcher les services de contrôle de verbaliser*

*pour travail dissimulé ou de conduire à des classements sans suite par le procureur de la République.*

*Enfin, il est à noter qu'aucune sanction n'est prévue à l'égard de l'entreprise qui ne respecte pas les termes de la décision administrative qui aménage la désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère.*

La loi précise que la pénalité administrative est automatique et s'applique de plein droit ; seul son montant est modulable. Or le décret du 30 mars 2015 rend cette pénalité facultative, à la discrétion du Direccte ou du Dieccte, ce qui dénature la volonté du législateur et la volonté de lutte contre le dumping social.

**.2.3.** Le décret du 30 mars 2015 a par ailleurs réduit sensiblement la mission du représentant telle qu'elle semblait résulter de l'article L.1262-2-1 II du code du travail. En effet, l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article R.1263-2-1 du code du travail stipule, *a contrario*, que le représentant est uniquement chargé de présenter à l'inspection du travail une liste limitative de documents sociaux mentionnés à l'article R.1263-1. Rien n'est dit sur ses obligations à l'égard des autres agents de contrôle, et notamment à l'égard des agents de contrôle des organismes de recouvrement<sup>101</sup>.

Dans le secteur des transports roulants ou navigants, la mission circonscrite du représentant de l'entreprise étrangère a été élargie sur deux points par le décret du 7 avril 2016 :

⇒ il présente la liste limitative des documents sociaux à l'ensemble des agents de contrôle habilités en matière de travail illégal, et pas uniquement à l'inspection du travail,

⇒ il reste l'interlocuteur des agents de contrôle pendant 18 mois après le détachement du salarié.

### **.3. La déclaration d'accident du travail survenant à un salarié détaché (articles L.1262-4-4, .1264-1 et R.1262-2 du code du travail)**

**.3.1.** L'article 105 I 3° de la loi Travail a sensiblement modifié le régime juridique applicable à la déclaration de l'accident du travail survenant à un salarié détaché, en changeant la nature de la sanction applicable en cas de défaut de déclaration de l'accident, ce qui pénalise la victime de l'accident du travail. Par ailleurs, le décret d'application du 5 mai 2017<sup>102</sup> de la loi Travail a lui-même modifié pour partie la procédure déclarative prévue par l'article 105 de la loi, ce qui complique la compréhension de ce nouveau dispositif<sup>103</sup>.

Depuis l'origine, le décret du 11 juillet 1994 prévoyait, via l'article R.1262-2 du code du travail, que :

⇒ si le salarié détaché n'est pas couvert par un certificat de détachement et relève du régime français de sécurité sociale, la déclaration est faite à l'Urssaf de Strasbourg, à l'Urssaf

<sup>101</sup> Il aurait été plus opérationnel de mentionner que le représentant fournit tous documents et renseignements utiles au contrôle à l'ensemble des agents de contrôle habilités.

<sup>102</sup> Article 2 du décret n° 2017-825 du 5 mai 2017 relatif au renforcement des règles visant à lutter contre les prestations de services internationales illégales.

<sup>103</sup> **Voir en annexe p.289** tableau de présentation des modalités de la déclaration d'accident du travail.

des Alpes Maritimes pour les entreprises monégasques, à l'Urssaf du Gard pour le secteur de la tauromachie ou la caisse de MSA d'Alsace pour les secteurs agricoles et forestiers ;

⇒ si le salarié détaché est couvert par un certificat de détachement, et donc non assujetti au régime de sécurité sociale français, la déclaration est adressée à l'inspection du travail du lieu de survenance de l'accident.

L'article 105 I 3° de la loi Travail, en introduisant l'article L.1262-4-4 dans le code du travail, prévoyait désormais que toutes les déclarations d'accident du travail sont effectuées auprès de l'inspection du travail, y compris lorsque le salarié détaché est assujetti au régime français de sécurité sociale ; la déclaration à la sécurité sociale était donc supprimée pour le salarié détaché assujetti.

Mais l'article 2 du décret du 5 mai 2017, pris en application de la loi Travail, modifie pour partie les dispositions de la loi. En effet, l'article 2 précise, au dernier alinéa de l'article R.1262-2 du code du travail, que la déclaration d'accident du travail est effectuée selon les modalités spécifiques relatives au travail temporaire, prévues par l'article R.412-2 du code de la sécurité sociale ou par le deuxième alinéa de l'article D.751-93 du code rural et de la pêche maritime, lorsque le salarié intérimaire détaché dans les conditions prévues par l'article L.1262-2 du code du travail est affilié à un régime français de sécurité sociale, ce qui entraîne donc une double modalité de déclaration pour cette catégorie de salarié détaché, non prévue par la loi.

Ainsi, la déclaration d'accident du travail survenu à un salarié détaché est adressée :

⇒ soit à la sécurité sociale française (guichet unique CNFE Strasbourg, Urssaf des Alpes Maritimes, Urssaf du Gard ou MSA d'Alsace) et à l'inspection du travail<sup>104</sup>, lorsque le salarié victime est affilié à la sécurité sociale française (c'est-à-dire n'est pas titulaire d'un certificat de détachement); cette double déclaration résulte de l'application des dispositions de l'article R.412-2 du code de la sécurité sociale et de l'article D.751-93 du code rural et de la pêche, auxquels renvoie le dernier alinéa de l'article R.1262-2 du code du travail.

⇒ soit uniquement à l'inspection du travail, lorsque le salarié victime n'est pas affilié à la sécurité sociale française (c'est-à-dire est titulaire d'un certificat de détachement), en application des articles L.1262-4-4 et R.1262-2 du code du travail.

La déclaration d'accident du travail est effectuée, dans les deux jours ouvrables suivant la survenance de l'accident du travail, soit par l'entreprise étrangère en auto prestation pour son propre compte, soit par le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage cocontractant du prestataire de services, y compris en mobilité internationale intragroupe ou dans le cadre du travail temporaire.

Cette formulation de l'article L.1262-4-4 du code du travail relative à l'obligation déclarative va poser un problème en cas de contentieux. En effet, le salarié en mobilité internationale intragroupe n'est pas détaché dans le cadre d'une prestation de services, et l'entreprise d'accueil du salarié en mobilité n'a la qualité, ni de donneur d'ordre, ni de maître d'ouvrage, à l'égard de l'entreprise d'accueil.

---

<sup>104</sup> Du lieu de l'accident ? L'article R.412-2 du code de la sécurité sociale et l'article D.751-93 du code rural ne le précisent pas.

Par ailleurs, ni la loi Travail, ni le décret du 5 mai 2017 n'obligent quiconque à prévenir le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage de la survenance de l'accident du travail, ce qui rend cette obligation déclarative très aléatoire, voire théorique, et donc difficilement sanctionnable, malgré son importance et son intérêt.

**.3.2.** Le défaut de déclaration d'accident du travail est (en principe) dépenalisé ; il fait désormais l'objet d'une sanction administrative financière d'un montant maximum de 4 000 euros<sup>105</sup>, prise en application des articles L.1264-1, L.1264-2 2° et L.1264-3 du code du travail. Cette sanction s'applique, soit à l'employeur, lorsque le salarié est détaché dans le cadre d'une activité économique en auto prestation pour compte propre, soit au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage dans les autres cas de détachement (sous réserve de considérer en droit l'entreprise d'accueil qui reçoit un salarié en mobilité intragroupe comme un donneur d'ordre ou un maître d'ouvrage, ce qui n'est pas acquis).

Cependant, cette dépenalisation est elle-même sans doute remise en cause partiellement par l'article 2 du décret du 5 mai 2017.

En effet, dès lors que l'article 2 de ce décret prévoit, par dérogation au principe posé par l'article L.1262-4-4 du code du travail, que la déclaration de l'accident du travail survenu à un salarié détaché affilié à la sécurité sociale française se fait selon les dispositions particulières du code de la sécurité sociale et du code rural, le défaut de respect de ces règles entraîne en principe l'application de la pénalité prévue par les textes de sécurité sociale, c'est-à-dire une contravention de 5<sup>ème</sup> classe, et non plus la pénalité administrative.

Ainsi, selon le statut du salarié détaché, affilié ou non à la sécurité sociale française, le défaut de déclaration de son accident du travail est passible, soit d'une contravention de 5<sup>ème</sup> classe (1 500 euros), soit d'une sanction administrative (4 000 euros). Cette différence de quantum de peine, *a priori* injustifiée, pose, en outre, un problème d'égalité de traitement.

#### **Nota**

*La dépenalisation partielle du défaut de déclaration de l'accident du travail survenu à un salarié détaché va porter préjudice au salarié détaché victime ou à ses ayants droit :*

*.- la dépenalisation du défaut de déclaration d'accident du travail ne permet plus au salarié détaché, ou à ses ayants droit, de porter plainte auprès du procureur de la République ; celui-ci ne peut plus diligenter une enquête et engager des poursuites. Les services de gendarmerie et de police ne sont plus compétents. Cette différence de traitement entre deux victimes d'un accident du travail qui n'a pas fait l'objet d'une déclaration ne se justifie par aucun élément objectif.*

*.- l'absence de procès pénal empêche le salarié détaché, ou ses ayants droit, d'avoir accès au dossier et à la procédure ; il ne peut plus se constituer partie civile et éclairer le juge sur les circonstances de son accident. Il n'y aura plus de débat contradictoire qui, au-delà de la seule absence de déclaration d'accident du travail, permettrait de caractériser d'autres manquements à la loi.*

<sup>105</sup> Porté à 8 000 euros en cas de réitération dans un délai de deux ans.

*.- la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur devient difficile pour le salarié détaché, ou pour ses ayants droit, car souvent cette reconnaissance s'appuie sur le procès pénal et les éléments produits et débattus à cette occasion.*

*.- le salarié détaché, ou ses ayants droit, n'aura pas accès au dossier d'enquête administrative, qui ne sera pas rendu public et qui sera couvert par le secret professionnel de l'inspection du travail, du Direccte et du Dieccte. Il ne pourra pas en faire état devant le TASS<sup>106</sup> dans le cadre d'une procédure en reconnaissance de faute inexcusable.*

*Le salarié détaché, dont le défaut de déclaration d'accident du travail a été dépénalisé, se trouve, de surcroît, dans une situation moins favorable que le salarié détaché dont le défaut de déclaration d'accident du travail reste soumis à une sanction et à une procédure pénales.*

#### **.4. L'obligation de conserver et de présenter à l'inspection du travail des documents traduits en français (articles L.1263-7, L.1263-8, R.1263-1 et suivants du code du travail)**

##### **.4.1. Le principe articles L.1263-7, R.1263-1, R.1263-2 et R.1263-2-1 du code du travail**

Les articles L.1263-7, R.1263-1, R.1263-2 et R.1263-2-1 du code du travail fixent diverses obligations de transparence documentaire à l'entreprise étrangère, mais qui ne valent qu'à l'égard de l'inspection du travail.

Il s'agit pour l'employeur ou son représentant en France de conserver et de présenter des documents énumérés par l'article R.1263-1 du code du travail.

⇒ l'entreprise étrangère doit conserver ces documents sur le lieu de travail du salarié, ou en cas d'impossibilité matérielle, dans tout autre lieu accessible à son représentant en France,

⇒ l'entreprise présente ces documents sans délai à la demande de l'inspection du travail,

⇒ les documents présentés sont traduits en français,

⇒ les sommes mentionnées dans les documents sont converties en euros, lorsque l'entreprise n'est pas établie dans l'Union européenne,

⇒ la liste de ces documents est énumérée par le II de l'article L.1263-1 II du code du travail. La liste de ces documents concerne d'une part la justification du respect de la législation sociale et d'autre part la justification que l'entreprise étrangère exerce une activité substantielle dans son Etat de domiciliation.

#### **Nota**

*Le droit de présentation de l'inspection du travail va bien au-delà de cette liste restreinte de documents. En effet, ils disposent :*

<sup>106</sup> AU 1<sup>er</sup> janvier 2019, le TASS a été supprimé ; il est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance.

*.- de l'article L.8113-4 du code du travail qui leur accorde un droit de communication général,*

*.- des articles L.8271-9, L.8271-15 et L.8271-16 du code du travail qui leur accordent un droit de communication utile aux enquêtes de recherche et de constat de travail illégal.*

Compte tenu des enjeux de la lutte contre le travail illégal et le dumping social, on peut s'étonner du caractère très restrictif de ce droit de présentation documentaire :

⇒ l'obligation la présentation et de la traduction des documents en français ne vaut que pour l'inspection du travail, pas pour les autres agents de contrôle habilités, ni pour les services de recouvrement. Ils devront se contenter de documents en langue étrangère. Pourquoi les priver de cette facilité dans leurs investigations ?

⇒ l'obligation de traduction est circonscrite à certains documents et ne concerne pas tous les documents utiles au contrôle<sup>107</sup>,

⇒ la présentation des documents traduits en français ne s'applique pas au détachement du salarié dans le cadre de la mobilité intragroupe qui n'est pas une prestation au sens de l'article L.1263-7 du code du travail. Pourquoi cette exclusion ?

Les agents de contrôle, autres que ceux de l'inspection du travail, conservent leur propre droit de communication prévu par les textes qui leur sont applicables.

Dans le secteur des transports roulants ou navigants, la liste des documents à conserver et à présenter, par l'employeur ou son représentant en France, est fixée par l'article R.1331-4 du code des transports. Elle est différente de celle mentionnée à l'article R.1263-1 du code du travail et les documents mentionnés sont à présenter à tous les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal.

#### **.4.2. Les dérogations articles L.1262-6 et R.1263-1-1 du code du travail**

L'article 89 de la loi Avenir professionnel prévoit la possibilité d'adapter (et non plus d'aménager : quelle est la différence ?) l'obligation de conserver sur le territoire français et l'obligation de présenter à l'inspection du travail des documents traduits en français, en introduisant les articles L.1262-6 et L.1262-7 dans le code du travail.

Cette adaptation vise les entreprises étrangères mentionnées à l'article L.1262-6 nouveau du code du travail qui bénéficient déjà de la suppression de la déclaration de détachement et de la suppression de la désignation de leur représentant en France. La rupture du principe d'égalité de traitement entre les entreprises étrangères et leurs donneurs d'ordre est accentuée.

Le 2° de l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 2019-555 du 4 juin 2019 précise la nature de ces adaptations, en introduisant un article R.1263-3-1 dans le code du travail :

---

<sup>107</sup> Par exemple, l'équivalent de l'extrait K bis de l'Etat de domiciliation de l'entreprise étrangère ne relève pas du Titre VI du Livre II de la première partie du code du travail et ne doit pas être traduit en français.

⇒ l'employeur qui détache un des salariés visés par l'arrêté du 4 juin 2019 (**voir l'arrêté infra en annexe p.311**), c'est-à-dire celui qui est dispensé de la déclaration de détachement et de la désignation de son représentant en France, dispose d'un délai qui ne peut être supérieur à quinze jours pour présenter la totalité des documents mentionnés dans l'article R.1263-1 du code du travail.

⇒ l'employeur qui détache un salarié dans le cadre d'une auto prestation pour compte propre dispose d'un délai qui ne peut être supérieur à quinze jours pour présenter la totalité des documents mentionnés à l'article R.1263-1 du code du travail, à l'exception de la justification de l'examen médical du salarié dans l'Etat d'établissement et des justificatifs attestant d'une activité économique réelle et significative dans son Etat d'établissement.

#### **Nota**

*.1. Le délai de quinze jours maximum accordé à l'entreprise étrangère ne concerne que les documents listés par l'article R.1263-1 du code du travail ; ce délai ne s'applique pas aux autres documents, tels que les rapports de vérifications techniques sur les chantiers du BTP.*

*.2. Le délai de quinze jours prévu par voie réglementaire par le décret du 4 juin 2019 n'est pas conforme à l'article L.8113-4 du code du travail qui ne prévoit aucun délai de présentation des documents.*

*.3. L'article 89 de la loi Avenir professionnelle et l'article 1<sup>er</sup> du décret du 4 juin 2019 sont en contradiction directe avec l'article 103 de la même loi qui étend de façon significative et justifiée le droit de communication des agents de l'inspection du travail, auprès de l'employeur et auprès de tiers. Selon l'article 103, ces agents sont désormais habilités à demander tout document propre à faciliter l'accomplissement de leur mission. L'article 89 réduit ce droit de communication à l'égard de certaines entreprises étrangères, ce qui rend moins performant le contrôle des agents de l'inspection du travail.*

*L'addition de ces quatre dérogations n'est pas compatible avec l'efficacité des contrôles opérés en direction des entreprises étrangères. Elle ne peut que rendre plus difficile le contrôle des entreprises étrangères et de leurs donneurs d'ordre. Elle rend plus complexe l'appropriation de cette législation, sans cesse mouvante et peu lisible, par les services de contrôle.*

*L'adaptation de l'obligation de présenter des documents traduits en français prévue par l'article 89 de la loi Avenir professionnel ne s'applique pas au détachement d'un salarié effectué par une entreprise de travail temporaire ou par une agence de mannequins.*

**.5. La carte d'identification professionnelle dans le BTP (articles L.8291-1 et suivants, R.8291-1 et suivants du code du travail)**



**.5.1.** Créée par l'article 282 IV de la loi Macron<sup>108</sup>, sur l'insistante demande des organisations professionnelles du BTP, elle vise toutes les entreprises du BTP, y compris l'entreprise étrangère qui détache un salarié sur le territoire français. Comme son nom l'indique, cette carte, qui est en possession du salarié détaché lorsqu'elle a été fabriquée et remise, est destinée à mieux identifier les salariés qui travaillent sur un chantier, pour s'assurer que leur emploi est officiel et connu de la caisse des congés payés (et intempéries) compétente.

Mais, compte tenu de sa rédaction et de la place de sa codification, la carte d'identification professionnelle n'a aucune relation juridique avec le dispositif de lutte contre le travail illégal.

Ce dispositif est entré en vigueur le 22 mars 2017.

**Nota**

*Le décret d'application n° 2016-173 du 22 février 2016 de l'article L.8291-1 du code du travail qui crée la carte d'identification professionnelle a sensiblement réduit son champ d'application qui vise tous les détachements de salariés, en limitant l'obligation de cette carte aux seules entreprises étrangères qui détachent des salariés dans le cadre d'une prestation de services internationale (cf l'alinéa 3 de l'article R.8291-1 du code du travail issu du décret du 22 février 2016). En sont donc dispensées les entreprises qui détachent des salariés pour leur propre compte, en auto prestation et dans le cadre de la mobilité internationale intragroupe.*

La carte est obtenue, après déclaration du salarié détaché, auprès de l'association Congés payés intempéries Union des Caisses de France (UCF-CIBTP)<sup>109</sup>, par l'entreprise étrangère ou l'utilisateur<sup>110</sup> du salarié détaché lorsqu'il est intérimaire ; la déclaration est effectuée, avant le détachement du salarié, sur un site internet dédié de l'UCF-CIBTP appelé SI-CIP.

Pour simplifier les démarches des entreprises étrangères assujetties, l'article 3 du décret du 15 décembre 2016<sup>111</sup> précise que la déclaration de détachement d'un salarié dans le BTP vaut déclaration auprès de l'UCF-CIBTP en vue de l'obtention de la carte d'identification professionnelle ; l'interopérabilité des applications SIPSI des déclarations de détachement et SI-CIP<sup>112</sup>, opérationnelle à compter du 1<sup>er</sup> avril 2017, permet cette simplification en assurant des transferts de données.

L'article 5 4° du décret du 28 juillet 2020 autorise les agents de l'UCF-CIBTP à consulter la base SIPSI pour la gestion de la carte d'identification professionnelle.

<sup>108</sup> Article L.8291-1 et suivants du code du travail ; décret n° 2016-175 du 22 février 2016, codifié aux articles R.8291-1 et suivants du code du travail.

<sup>109</sup> Saisi par une association et des entreprises s'estimant lésées, le Conseil d'Etat a validé l'attribution de la gestion de la carte d'identification professionnelle à l'association UCF-CIBTP (arrêt n° 398948 du 26 juin 2017).

<sup>110</sup> Cas de l'entreprise de travail temporaire.

<sup>111</sup> Décret n° 2016-1748 du 15 décembre 2016.

<sup>112</sup> Le traitement automatisé SI-CIP de la carte d'identification professionnelle est créé par l'arrêté du 20 mars 2017 du ministre chargé du travail.

La carte est adressée par l'association UCF-CIBTP à l'employeur ou à son représentant et à l'entreprise utilisatrice du salarié intérimaire détaché.

Dans l'attente de la fabrication et de la délivrance de la carte, une attestation provisoire valable 72 heures est établie par l'association UCF-CIBTP et adressée aux mêmes destinataires..

La durée de validité de la carte est celle du détachement. La carte est restituée par l'entreprise étrangère ou l'utilisateur à l'association UCF-CIBTP à la fin du détachement.

Rien n'est dit dans la loi sur le port de la carte par le salarié détaché, mais le décret du 22 février 2016<sup>113</sup> précise qu'elle doit être présentée sans délais, ainsi que l'attestation provisoire, par le salarié aux agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé, ainsi qu'au donneur d'ordre et au maître d'ouvrage (qui devront donc justifier de leur qualité auprès du salarié détaché, ce qui est un exercice susceptible de créer nombre de difficultés dans sa mise en œuvre concrète)<sup>114</sup>.

Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage a la faculté de s'adresser à l'association UCF-CIBTP pour savoir si l'entreprise étrangère a demandé la carte d'identification professionnelle et si elle a été délivrée. Cette facilité n'est pas prévue pour les agents de contrôle qui ne peuvent donc pas questionner l'association UCF-CIBTP.

**.5.2.** Le défaut de déclaration du salarié auprès de l'association UCF-CIBTP par l'entreprise étrangère ou par l'utilisateur du salarié intérimaire mis à sa disposition pour obtenir la carte d'identification professionnelle est passible d'une amende administrative d'un montant de 4 000 euros<sup>115</sup> par salarié, dans la limite de 500 000 euros.

Le défaut de port ou de présentation par le salarié détaché n'est pas sanctionné (sauf à passer par la procédure d'obstacle à fonction pour les agents des corps de contrôle protégés par une telle disposition ?).

Curieusement, le décret du 22 février 2016 envisage deux procédures de mise en recouvrement de l'amende administrative, qui exclut *a contrario* l'intervention de plusieurs catégories d'agents de contrôle pourtant habilités, en application de l'article R.8294-5 du code du travail, à constater le non-respect de la réglementation relative à la carte d'identification professionnelle.

En effet, l'article R.8115-7 du code du travail mentionne que la procédure de mise en recouvrement est initiée par l'inspection du travail, qui transmet au Direccte ou au Dieccte un rapport dans ce sens.

D'autre part, l'article R.8115-8 du code du travail mentionne que la procédure de mise en recouvrement est initiée par un agent des services fiscaux ou par un agent des douanes, qui transmet, sous couvert du directeur sous l'autorité duquel il est placé, au Direccte ou au Dieccte un rapport dans ce sens.

---

<sup>113</sup> Article R.8294-7 du code du travail.

<sup>114</sup> Prérogative qui relève en principe du domaine de la loi.

<sup>115</sup> 8 000 euros en cas de récidive dans un délai d'un an à compter de la notification de la première amende.

Le décret du 22 février 2016 n'évoque pas les constats effectués par les autres agents de contrôle, ce qui ne permet pas de faire application de l'amende administrative lorsque l'un de ces autres agents constate le non-respect des articles L.8291-1 et suivants du code du travail.

En outre, le décret du 22 février 2016 modifie sensiblement la loi et rend facultative l'amende administrative, puisque sa mise en œuvre se fait à la discrétion du Direccte ou du Dieccte qui «peut décider », alors que le législateur a prévu une pénalité financière applicable de plein droit dès lors que la loi n'est pas respectée.

Cette contrariété à la loi, qui se traduit par une atténuation sensible de l'efficacité de ce dispositif, est assez peu compréhensible, compte tenu des grandes vertus attribuées à cette carte pour lutter contre la fraude à l'emploi salarié sur les chantiers.

Enfin, la loi Travail<sup>116</sup>, en complétant l'article L.8291-1 du code du travail, prévoit que l'association UCF-CIBTP remet au salarié détaché, en même temps que la carte d'identification professionnelle, un document d'information sur la réglementation qui lui est applicable, rédigé dans une langue qu'il comprend. L'article 7 du décret d'application du 5 mai 2017, codifié à l'article R.8294-8 du code du travail, précise que ce document présente au salarié détaché la réglementation française de droit du travail qui lui est applicable et les modalités selon lesquelles il peut faire valoir ses droits. Ce document est publié sur le site internet de l'UCF-CIBTP, pour permettre à son employeur de lui en remettre un exemplaire dans une langue qu'il comprend.

L'arrêté du 12 juillet 2017 du ministre chargé du travail publie ce document d'information<sup>117</sup>.

#### **Nota**

*La carte d'identification professionnelle a été refusée par le gouvernement lors de la préparation et du vote de la loi du 31 décembre 1991<sup>118</sup>, alors qu'à l'époque, certaines organisations professionnelles du BTP souhaitaient déjà la mettre en place. Plusieurs raisons ont conduit à cette position du gouvernement, après expertise par la MILUTMO, le ministère du travail et le ministère de la justice :*

*.1. un risque fort d'anti constitutionnalité car cette mesure crée une rupture d'égalité de traitement et une différence de traitement entre les entreprises, qui ne sont pas justifiées par l'objectif recherché ; pourquoi en effet ne pas soumettre d'autres secteurs aussi sensibles, tels que le déménagement, le gardiennage, le nettoyage, la distribution de prospectus, les travaux forestiers, le ramassage de volailles, les activités saisonnières etc.. à ce dispositif. L'objectif d'efficacité de la lutte contre le travail illégal, qui est une fraude diffuse, justifie encore moins cette différence de traitement. A l'époque, la mesure n'était, de surcroît, assortie d'aucune sanction.*

<sup>116</sup> Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

<sup>117</sup> Ce document contient une erreur non anodine (à corriger) à la rubrique « Rémunération », puisque ni l'alinéa 2 de l'article R.1262-8 du code du travail, ni les textes communautaires, ne permettent au salarié détaché d'obtenir le remboursement des frais (transport, nourriture, logement...) qu'il expose lors de son détachement en France (**voir infra p.77 et suivantes**).

<sup>118</sup> La loi du 31 décembre 1991 est la première grande loi structurante de lutte contre le travail illégal.

*.2. une mesure redondante et inutile pour déceler la fraude à la dissimulation d'emploi salarié. La loi du 31 décembre instaurait la DPAE et le gouvernement considérait que la DPAE suffisait, la carte n'apportant aucune plus value de transparence de l'emploi par rapport à la DPAE<sup>119</sup>.*

*.3. une mesure qui allait à l'encontre de la démarche de simplification des formalités administratives; illustrée notamment à l'époque, par la mise en place du chèque service. D'autant que la DPAE pouvait déjà être considérée comme une contrainte administrative supplémentaire pour les entreprises.*

*.4. le fait que les agents de l'inspection du travail et les contrôleurs des caisses de congés payés disposaient des moyens suffisants de vérifier l'immatriculation des salariés et le paiement des cotisations aux caisses de congés payés,*

*.5. un risque de fraude, voire de trafic à l'identité, de nature à fragiliser et à décrédibiliser la mesure,*

*.6. un transfert de la preuve de la transparence de l'emploi de l'employeur vers le salarié, en obligeant celui-ci à présenter aux agents de contrôle un document qu'il devait détenir sur lui,*

*.7. une articulation juridique incertaine avec le pouvoir disciplinaire de l'employeur et le règlement intérieur, si le salarié refusait ou n'était pas en capacité de porter ou de présenter cette carte lors d'un contrôle.*

## **.6 L'affichage sur chantier de l'identité de l'entreprise (article R.8221-1 du code du travail)**

L'affichage sur chantier est visible depuis la voie publique et comporte l'identité de l'entreprise étrangère, qui vaut pour toute entreprise, y compris sous-traitante, intervenant sur un chantier ayant donné lieu à la délivrance d'un permis de construire.

En application de l'article R.8224-1, le défaut d'affichage sur chantier est passible de l'amende prévue pour les contraventions de 5<sup>ème</sup> classe.

## **.7. La déclaration de l'hébergement collectif des salariés détachés (loi du 27 juin 1973 modifiée)**

L'employeur des salariés détachés, pas plus que quiconque d'autre, n'a l'obligation d'assurer leur logement lorsqu'ils viennent travailler en France.

Cependant, ces salariés peuvent être hébergés, par leur employeur ou toute autre personne, dans des conditions rendant cette déclaration obligatoire, en application de la loi du 27 juin 1973 modifiée<sup>120</sup>. La déclaration d'hébergement est faite, en préfecture et auprès de l'inspection du travail où est situé l'hébergement<sup>121</sup>, en utilisant le CERFA n° 61-2091. La déclaration d'hébergement collectif est effectuée par l'entreprise employeur des salariés détachés, si elle procède elle-même à l'hébergement de ses salariés ou par toute autre

<sup>119</sup> Depuis, la déclaration de détachement, créée en juillet 1994, remplit, pour le salarié détaché, le même objectif que la DPAE

<sup>120</sup> Loi n° 73-548 du 27 juin 1973 et décret n° 75-59 du 20 janvier 1975.

<sup>121</sup> Nouveauté introduite par l'article 280 V de la loi Macron qui a complété dans ce sens la loi n° 78-548 du 27 juin 1973 relative à l'hébergement collectif.

personne qui assure l'hébergement. L'hébergeur dispose d'un délai de 30 jours pour procéder à la déclaration, à compter de l'ouverture de l'hébergement.

La loi Macron<sup>122</sup> a créé un article L.8113-2-1 du code du travail qui précise qu'un agent de l'inspection du travail peut entrer dans tout local affecté à l'hébergement d'un salarié, avec l'autorisation de ou des occupant(s), ce qui va de soi et qui était déjà le droit positif.

Le droit d'entrée dans cet hébergement par les autres agents de contrôle est régi par le droit qui leur est applicable dans l'exercice de leur mission.

Le non respect de la déclaration d'hébergement collectif dans le délai de 30 jours, quelles que soient la qualité ou les caractéristiques du logement, est passible des sanctions prévues par l'article 4 de la loi du 27 juin 1973 modifiée.

#### **.B.2.2.1.2. Les règles de fond (ou noyau dur de la législation du travail)**

Les dispositions suivantes s'appliquent :

**.a.** les textes conventionnels étendus qui sont ceux dont bénéficient les salariés employés par des entreprises établies en France exerçant une activité principale identique au travail accomplis par les salariés détachés sur le territoire français.

L'entreprise étrangère est donc tenue de verser non seulement les salaires minima conventionnels, mais également les primes et indemnités<sup>123</sup> prévues par le texte conventionnel applicable<sup>124</sup>.

**.b.** le SMIC, mais uniquement par défaut, si les textes conventionnels étendus ne sont pas plus favorables ; les heures supplémentaires et le paiement du salaire.

S'agissant de la rémunération que doit percevoir un salarié détaché, ni la directive du 28 juin 2018, ni l'ordonnance Travail du 20 février 2019, ni le décret du 28 juillet 2020 n'ont modifié, pour le bonifier, le droit existant depuis le décret du 11 juillet 1994.

#### **Nota**

#### ***Comment se vérifie le respect du salaire minimal, légal ou conventionnel étendu, dû par l'entreprise étrangère ?***

**.1.** *L'expression « salaire minimal » doit être entendue comme étant le salaire de base perçu, hors primes et indemnités conventionnelles, qui s'ajoutent à celui-ci. Sinon, le*

<sup>122</sup> Article 280 IV de la loi Macron.

<sup>123</sup> Prime de panier, de poste, d'équipe, de salissure, de nuit, indemnité de grand déplacement...

<sup>124</sup> Une proposition de révision de la directive de 96 sur le détachement, entérinée au Conseil européen du 23 octobre 2017, envisage de faire bénéficier le salarié détaché de la même rémunération effective que le salarié de l'Etat d'accueil et d'emploi (à qualification et ancienneté équivalente ?). Cette évolution très attendue des textes communautaires ne serait que la restauration du principe « A travail égal, salaire égal » que la France a supprimé discrètement et sans explication par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005. Et que la France pouvait rétablir dans sa législation de façon unilatérale.

*salarié ne bénéficierait pas de toutes les dispositions conventionnelles étendues, ce qui serait contraire au code du travail et constituerait une discrimination par rapport au salarié en emploi direct.*

*Le salarié détaché a ainsi droit aux indemnités conventionnelles de grand déplacement, aux indemnités de repas (panier), aux indemnités d'outillage, de salissure, de travail posté, de travail de nuit etc. à l'identique d'un salarié en emploi direct en France.*

*Sont inclus dans l'assiette de calcul du salaire minimal : le salaire maintenu de l'Etat d'origine, des indemnités calendaires ou per diem, ou une indemnité mensuelle forfaitaire de détachement, d'expatriation ou de dépaysement (lorsqu'elles sont versées au salarié détaché). A défaut, l'employeur verse une somme différentielle pour atteindre et respecter le niveau du salaire français obligatoire.*

*.2. Les sommes incluses dans l'assiette de calcul sont intégrées brutes, c'est-à-dire chargées des cotisations sociales, françaises ou de l'Etat de domiciliation.*

*Ne sont pas intégrés dans l'assiette de calcul : les remboursements de frais professionnels exposés par le salarié détaché ou les dépenses engagées par l'employeur du fait du détachement, telles les dépenses de voyage, de logement ou de nourriture. En clair, l'entreprise étrangère ne peut pas prendre en compte le montant des avantages en nature qu'elle accorde au salarié détaché.*

*.3. L'entreprise étrangère n'a pas l'obligation de rembourser les frais de transport, de logement, de nourriture ou autre engagés par le salarié détaché en France, ni d'assurer le transport, le logement ou la nourriture de ce salarié, sauf si la convention collective étendue applicable le prévoit.*

*Si elle assure le transport, le logement et la nourriture, les frais qu'elle expose restent à sa charge. Si elle ne le fait pas, ces frais sont à la charge du salarié détaché, sous réserve pour celui-ci de percevoir, si la convention collective étendue le prévoit et si les conditions sont réunies, les indemnités de grand déplacement, de nourriture ou d'hébergement ou équivalentes.*

*.4. Pour assurer sur ce point la transposition de la directive du 28 juin 2018, l'article 1<sup>er</sup> II 2° du décret du 28 juin 2020 mentionne que « lorsque l'employeur ne justifie pas du versement de tout ou partie de l'allocation propre au détachement au titre de la rémunération ou des dépenses effectivement encourues du fait du détachement en application du contrat de travail ou de la loi qui régit celui-ci, l'intégralité de l'allocation est alors regardée comme payée à titre de remboursement des dépenses et est exclue de la rémunération. ».*

*De cette formulation peu lisible, il faut sans doute comprendre qu'en cas d'incapacité pour l'entreprise étrangère de justifier que les sommes versées en complément du salaire du pays d'origine constituent l'allocation différentielle, ces sommes litigieuses sont*

*considérées comme des remboursements de dépense et exclues de l'assiette de calcul de la rémunération due.*

*.5. La vérification du respect du salaire minimal, légal ou conventionnel étendu, ainsi que du versement de toutes les indemnités prévues par la convention collective étendue, reste objectivement compliquée, notamment pour deux raisons :*

*.- le bulletin de salaire remis au salarié détaché, en application de l'article R.1263-1 3) du code du travail, n'impose pas de mentionner les accessoires de salaire et autres ajouts au salaire de base,*

*.- la déclaration de détachement fait état d'un taux horaire de rémunération, et non pas du taux horaire du salaire de base, sans préciser par ailleurs, s'il s'agit d'un taux horaire brut ou net.*

*Enfin, le code du travail utilise cinq appellations et cinq notions différentes pour désigner ce qui est dû au salarié détaché<sup>125</sup>.*

- .c. les libertés individuelles et collectives dans la relation de travail,
- .d. les textes relatifs aux discriminations et à l'égalité professionnelle femmes hommes,
- .e. la législation relative aux ETT et aux agences de mannequins,
- .g. l'exercice du droit de grève,
- .h. la durée du travail, les repos compensateurs, les jours fériés (après un mois de détachement), les congés annuels payés, la durée du travail et le travail de nuit des jeunes travailleurs,
- .i. l'assujettissement aux caisses de congés payés (et intempéries),
- .j. les textes relatifs à la santé et à la sécurité au travail,
- .h. la médecine du travail,
- .l. les dispositions relatives aux absences pour maladie ou accident, si la durée du détachement est supérieure à un mois,
- .m. l'âge d'admission au travail et le travail des enfants,
- .n. le travail illégal.
- .o. les remboursements effectués au titre de frais professionnels correspondants à des charges de caractère spécial, inhérentes à la fonction ou à l'emploi, lors de l'accomplissement de la mission du salarié détaché, en matière de transport, de repas et d'hébergement<sup>126</sup>.

<sup>125</sup> Voir les articles L.1262-4, L.1262-4-3, L.1263-3, L.8281-1, aux 3°, 4° et 5° de l'article R.1263-1 et R.5221-20 du code du travail.

<sup>126</sup> Ajout rédactionnel introduit par l'ordonnance Travail du 20 février 2019.

Lorsque l'employeur prolonge le détachement du salarié au-delà de douze mois et jusqu'à dix huit mois maximum (**voir supra p.53**), le salarié bénéficie de nouveaux droits sociaux mentionnés à l'alinéa 1<sup>er</sup> du II de l'article L.1262-4 du code du travail ; pour l'essentiel, il s'agit de congés particuliers individuels ouverts en raison de la situation personnelle ou familiale de tout salarié (congé d'adoption, congé sabbatique, congé de proche aidant...), mais qui restent très virtuels, en raison de leur nature, pour le salarié détaché.

Cependant, en application de l'alinéa 3 du II de l'article L.162-4 du code du travail, l'employeur peut s'affranchir de l'application de ces nouveaux droits sociaux, et s'en tenir à l'application du noyau dur, s'il procède dans l'application SIPS à une déclaration motivée de prolongation du détachement, au plus tard la veille du treizième mois, au-delà de douze mois, dans la limite de dix huit mois.

Le détail de la législation du travail dont bénéficie le salarié détaché se trouve sur le site du ministère du travail :

<https://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/detachement-des-salaries/>

#### **Nota**

**.1. le bulletin de paie.** La loi Travail a comblé un vide juridique datant de 9 ans<sup>127</sup> qui interdisait depuis 2007 de relever à l'encontre de l'entreprise étrangère le délit de défaut de remise de bulletin de paie ou de dissimulation d'heures de travail et contre le donneur d'ordre le délit de recours à travail dissimulé par défaut de remise de bulletin de paie ou de dissimulation d'heures de travail. La loi Travail a rectifié la rédaction du 2<sup>ème</sup> alinéa de l'article L.8221-5 du code du travail, en supprimant la référence à l'article L.3243-2 du code du travail et en introduisant la notion de document équivalent (au bulletin de paie). Ces deux infractions sont désormais restaurées.

**.2. la médecine du travail.** L'entreprise étrangère est tenue de respecter toutes les obligations en matière de médecine du travail (visite initiale d'information et de prévention, périodique, reprise, spéciale, visite d'embauche renforcée.. .); cette responsabilité est partagée avec l'entreprise française donneur d'ordre ou utilisatrice ou d'accueil, lorsque le salarié est détaché dans le cadre d'une prestation de services internationale, y compris du fait d'une ETT, ou dans le cadre d'une mobilité internationale intragroupe (**voir infra p.102 et suivantes**).

En effet, l'entreprise étrangère est notamment tenue, en sa qualité d'employeur, de faire passer au salarié détaché l'équivalent de la visite d'embauche. L'entreprise étrangère est dispensée de faire passer cette visite médicale d'embauche si elle est établie dans un autre Etat de l'UE, dans l'EEE ou en Suisse et qu'elle produit la fiche de visite médicale attestant de l'accomplissement d'une prise en charge équivalente.

Mais l'entreprise française donneur d'ordre, ou utilisatrice d'un salarié intérimaire détaché ou d'accueil d'un salarié en mobilité intragroupe, prend en charge l'organisation matérielle des visites médicales auprès de son service de santé au travail (adhésion, prise de rendez-vous...). Dans les autres cas de détachement (compte propre et particulier donneur d'ordre),

<sup>127</sup> Par amendement parlementaire. Cf « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères » Septembre 2015 1<sup>ère</sup> édition. Propositions pour améliorer le dispositif juridique et opérationnel p.174, du même auteur.



*l'organisation matérielle incombe à l'entreprise étrangère, y compris l'adhésion au service de santé au travail territorialement et professionnellement compétent.*

**.3. le versement des cotisations à la caisse de congés payés (et intempéries).** *Il s'agit essentiellement des caisses du BTP et de la caisse des congés des spectacles. En pratique, l'adhésion et le paiement des cotisations à ces caisses sont obligatoires depuis le mois de juillet 1994. Quasiment toutes les entreprises étrangères du BTP (communautaires, EEE Suisse ou Etat tiers) qui détachent des salariés sur le territoire français ont l'obligation de verser les cotisations de congés payés (et intempéries) en France.*

*En effet, pour ne pas verser des cotisations à la caisse du BTP, l'entreprise doit réunir les 2 conditions suivantes :*

⇒ *être une entreprise communautaire ou établie dans l'EEE (la Suisse n'est pas visée),*

*et*

⇒ *justifier que dans l'un de ces 30 Etats, il existe un système de caisse de congés payés offrant au salarié des droits équivalents au code du travail en matière de congés payés (nombre de jours, assiette de calcul et montant de l'indemnité, notamment).*

*Or, dans le secteur du BTP, il n'existe que 3 Etats communautaires (Allemagne, Autriche et Italie) qui disposent d'un système de caisse de congés payés offrant des droits équivalents. Les entreprises établies dans l'un de ces trois Etats sont donc dispensées d'adhérer et de verser des cotisations en France, mais sous réserve cependant de présenter une attestation exonératoire délivrée par la caisse de congés payés de l'un de ces trois Etats.*

*A contrario, toutes les autres entreprises étrangères, quelle que soit leur nationalité, doivent cotiser depuis 1994 à la caisse de congés payés BTP du lieu de leur intervention.*

*Le non versement des cotisations par l'entreprise à la caisse de congés payés compétente est une source directe de concurrence déloyale et prive le salarié détaché de droits plus avantageux.*

***Dans le secteur des spectacles vivants et enregistrés, les conditions de dispense de versement de cotisations en France sont légèrement différentes du BTP, mais tout aussi exigeantes. Dans la pratique, la quasi-totalité des producteurs de spectacles établis à l'étranger qui prestent en France sont tenus de payer les cotisations à la caisse de congés payés des spectacles, c'est-à-dire à Audiens (voir infra p.125 et suivantes).***

*Pour s'en dispenser, il leur faut en effet démontrer que la législation en matière de congés payés dans l'Etat d'établissement est aussi favorable qu'en France (nombre de jours et montant de l'indemnité de congés payés calculé sur un montant de rémunération équivalent au salaire – cachet - français), voire qu'ils sont à jour du paiement des cotisations à leur caisse de congés payés lorsqu'elle existe dans leur Etat de domiciliation.*

*En application de l'article R.3143-1 du code du travail, le défaut d'affiliation à la caisse des congés payés est passible de l'amende prévue pour les contraventions de 5<sup>ème</sup> classe.*

### **.B.2.2.1.3. L'autorisation de travail est-elle nécessaire pour le salarié détaché ?<sup>128</sup>**

**.a.** Le salarié détaché ressortissant d'un autre Etat de l'Union européenne, de l'Espace économique européen ou de la Suisse n'a pas besoin d'une autorisation de travail délivrée par l'administration française pour occuper un emploi sur le territoire français.

**.b.** Si le salarié détaché est un ressortissant d'un Etat tiers, le principe est que l'autorisation de travail délivrée par l'administration française est obligatoire, même si le détachement est de très courte durée<sup>129</sup>. A contrario, une entreprise étrangère ne peut détacher en France un salarié ressortissant d'un Etat tiers que si celui-ci possède une autorisation de travail délivrée par les autorités françaises. Cette règle vaut pour le salarié détaché couvert par une présomption de salariat<sup>130</sup>.

**.c.** Il existe deux exceptions au principe de l'autorisation de travail.

⇒ L'autorisation de travail n'est pas obligatoire si le salarié détaché, ressortissant d'un Etat tiers, travaille pour le compte d'une entreprise d'un autre Etat de l'UE, de l'EEE ou de Suisse, et possède déjà une autorisation de travail en cours de validité concernant le même métier<sup>131</sup>. Si le métier autorisé dans l'Etat d'origine et le métier exercé dans le cadre du détachement sont différents, l'autorisation de travail de l'Etat d'origine n'est pas valable. Une autorisation de travail française devra être préalablement sollicitée et obtenue.

Il appartient à l'entreprise étrangère et à son donneur d'ordre de justifier de cette autorisation de travail délivrée par un autre Etat auprès des agents de contrôle habilités, en leur présentant le document original délivré par cet Etat, accompagné d'une traduction<sup>132</sup>.

⇒ L'autorisation de travail n'est pas obligatoire pour le salarié étranger qui entre en France pour exercer une activité professionnelle pour une durée au plus égale à trois mois, dans un des domaines mentionnés à l'article D.5221-2-1 du code du travail<sup>133</sup>, au titre duquel sont notamment visées l'artiste, le mannequin et le sportif. Cette dispense d'autorisation de travail s'applique au salarié étranger en emploi direct et au salarié détaché.

**.d.** Cette dispense d'autorisation de travail n'entraîne pas une dispense de titre de séjour si le salarié détaché ressortissant d'un Etat tiers reste sur le territoire français plus de trois mois pour exercer son activité professionnelle, en application de l'article L.311-1 du CESEDA, le titre de séjour est obligatoire au-delà de trois mois<sup>134</sup>.

<sup>128</sup> Se reporter également au « Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi illégal du salarié étranger sans titre de travail » du même auteur :

[https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_controle\\_emploi\\_illegal\\_salarie\\_etranger\\_sans\\_titre\\_1ere\\_edition.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_controle_emploi_illegal_salarie_etranger_sans_titre_1ere_edition.pdf)

<sup>129</sup> Par exemple pour un mannequin, un artiste ou un technicien du spectacle vivant ou enregistré.

<sup>130</sup> Par exemple, pour un mannequin brésilien détaché en France.

<sup>131</sup> Article R.5221-2 2) du code du travail ; par exemple, un salarié capverdien travaillant pour le compte d'une ETT portugaise.

<sup>132</sup> Un visa voyage d'affaires, une carte consulaire ou simple titre de séjour délivré par l'Etat d'origine n'est pas une autorisation de travail.

<sup>133</sup> Voir décret n° 2016-1461 du 28 octobre 2016 et les notes d'information des 2 novembre et 19 décembre 2016 du ministère de l'intérieur-Direction générale des étrangers en France.

<sup>134</sup> CE n° 415818 du 30 janvier 2019 TERRA FECUNDIS.

**Nota**

*L'article 3 de l'ordonnance Travail du 20 février 2019, qui modifie et complète l'article L.1262-4 du code du travail, prévoit que l'ensemble des dispositions du code du travail, à l'exception de celles qu'il énumère<sup>135</sup>, s'applique à l'entreprise étrangère et au salarié détaché lorsque la durée du détachement dépasse douze mois (**voir supra p.53**) ; dans ce cas, dès le treizième mois du détachement, et dans la limite de dix huit mois, le droit commun du code du travail se substitue à la seule application du noyau dur du code du travail.*

**.B.2.2.2. La législation de sécurité sociale****.B.2.2.2.1. Le principe**

L'entreprise étrangère qui détache un salarié sur le territoire français lui assure une couverture sociale conforme à la législation, quelle que soit la durée de son détachement. Le principe posé par la législation sociale française<sup>136</sup> est que toute personne qui travaille sur le territoire français, quels que soient son temps de travail et sa nationalité, est couvert (c'est-à-dire affilié), de plein droit par la législation de sécurité sociale française, ce qui emporte trois conséquences lorsque cette personne est un salarié :

⇒ son premier employeur en France doit s'immatriculer<sup>137</sup> et l'immatriculer au régime de sécurité sociale obligatoire dont il relève<sup>138</sup>,

⇒ son employeur doit déclarer, tous les mois ou tous les trois mois, sa rémunération à ce régime obligatoire et verser les cotisations sociales afférentes,

⇒ il bénéficie des prestations en nature et en espèces du régime obligatoire dont il relève.

**.B.2.2.2.2. La dérogation**

Par dérogation à ce principe d'ordre public d'affiliation de plein droit au régime de sécurité sociale français, l'entreprise étrangère peut maintenir le salarié qu'elle détache en France au régime de sécurité sociale de l'Etat dans lequel il travaille normalement, c'est-à-dire, en règle générale, l'Etat de domiciliation de l'entreprise.

Ce maintien (c'est-à-dire le détachement au sens de la sécurité sociale) dispense l'entreprise étrangère de s'immatriculer en France, d'immatriculer le salarié détaché, de procéder aux

<sup>135</sup> Notamment les dispositions relatives à la formation du contrat de travail, au transfert du contrat de travail, à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée, aux contrats de travail à durée déterminée, ainsi qu'aux chèques et titres simplifiés de travail.

<sup>136</sup> Article L.111-2-2 du code de la sécurité sociale.

<sup>137</sup> S'il s'agit d'un primo employeur.

<sup>138</sup> Régime général, régime agricole, ENIM ou autre régime spécial.

déclarations mensuelles et trimestrielles et de verser les cotisations sociales afférentes à l'emploi détaché.

Cette dérogation n'est pas automatique ; il est donc tout à fait inexact de considérer que l'entreprise étrangère qui détache un salarié en France n'a pas *ipso facto* de cotisations sociales à verser.

Le maintien au régime de l'Etat d'emploi habituel n'est possible qu'à deux conditions :

**.a.** une condition de nationalité qui vise uniquement :

- ⇒ les ressortissants de l'UE, de l'EEE et de la Suisse,
- ⇒ les ressortissants des Etats tiers qui travaillent dans un des ces Etats,
- ⇒ les ressortissants des Etats tiers qui ont signé avec la France une convention bilatérale de sécurité sociale<sup>139</sup>.

**.b.** Une condition administrative, par la possession d'un formulaire nominatif de maintien, appelé communément certificat de détachement, qui est délivré, non pas par la France, mais par l'institution de sécurité sociale de l'Etat de rattachement qui assure sa protection sociale pendant la durée de sa mobilité professionnelle sur le territoire français. Ce formulaire atteste, en principe, d'une antériorité d'emploi, et donc d'assujettissement préalable d'un mois dans cet Etat (qui devait être portée à trois mois<sup>140</sup>) exigée par les textes communautaires de coordination de sécurité sociale, dans l'Etat qui le délivre<sup>141</sup>

**Nota**

**.1.** Les certificats de détachement sont appelés eux-mêmes :

*.- certificat A1, valable 24 mois, pour les salariés de l'UE et de la Suisse,*

*.- certificat E101, valable 12 mois, renouvelable une ou deux fois, pour les ressortissants de l'EEE,*

*.- certificat SE XXX, à durée variable<sup>142</sup> en fonction de la convention bilatérale, pour les ressortissants des Etats tiers.*

*Le certificat nominatif de détachement a donc une durée de validité variable et limitée. Lorsque la durée de validité du certificat de détachement a expiré, l'entreprise peut continuer à détacher le salarié en France, mais elle doit alors se déclarer auprès du régime français de sécurité sociale français et verser les cotisations sociales.*

<sup>139</sup> Voir la liste des conventions bilatérales sur le site du CLEISS.

<sup>140</sup> La proposition de modification des textes communautaires de coordination de sécurité sociale n'a pu aboutir avant les élections européennes du mois de mai 2019.

<sup>141</sup> L'expérience montre cependant que des certificats de détachement sont parfois indûment délivrés à des salariés qui n'ont jamais travaillé dans l'Etat ou durant une très courte période (**voir infra p.226 et suivantes**). Sinon, comment expliquer que 7 930 salariés de nationalité française ont été détachés en France en 2017 ?

<sup>142</sup> Voir le site du CLEISS.

*Le certificat de détachement est sans relation et sans effet sur l'adhésion obligatoire à la caisse des congés payés, qui relève de la législation du travail et non de la législation de sécurité sociale.*

*.2. L'article 27 de la loi du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017 a codifié dans le code de la sécurité sociale un article L.114-15-1 qui prévoit que le certificat de détachement dont est titulaire le travailleur salarié ou non salarié détaché doit être présenté, lorsque ce document est obligatoire, aux agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé, par celui-ci, par son employeur ou son représentant ou par le donneur d'ordre de l'employeur. Ce document est produit, soit lors du contrôle, soit dans les deux mois qui suivent celui-ci lorsqu'un justificatif de demande de ce formulaire est produit lors du contrôle.*

*Le défaut de présentation du certificat de détachement, lorsqu'il est obligatoire, est passible d'une pénalité civile due par le donneur d'ordre.*

*Le montant de cette pénalité est de 3428 euros (plafond mensuel de la sécurité sociale 2021) par salarié. La pénalité civile prévue par l'article L.114-15-1 du code de la sécurité sociale ne doit pas occulter l'existence de l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié par défaut de déclaration sociale, qui est le manquement le plus significatif d'un défaut de présentation d'un certificat de détachement, lorsque, par ailleurs, l'employeur du salarié ne s'est pas immatriculé auprès du guichet unique compétent (**voir infra p.223 et suivantes**).*

### **.B.2.2.3 Le régime applicable à l'entreprise étrangère : le principe ou la dérogation ?**

Pour ne pas se déclarer (s'immatriculer) auprès du régime français obligatoire de sécurité sociale et payer des cotisations, l'entreprise étrangère doit présenter pour chaque salarié qu'elle détache, un certificat nominatif de détachement; autant de certificats nominatifs que de salariés détachés.

L'entreprise étrangère ne dispose pas d'un délai pour présenter le ou les certificats de détachement. Elle doit les produire immédiatement aux agents de contrôle habilités, en application de l'article L.8271-9 1° du code du travail<sup>143</sup>. La production immédiate de ces documents est d'autant plus facile et prévisible pour l'entreprise étrangère qu'elle les a déjà nécessairement remis au donneur d'ordre, au titre de la législation sur la solidarité financière. D'autre part, son intervention sur le territoire français n'a été ni précipitée, ni inopinée, ni soudaine, ce qui lui a permis de solliciter et d'obtenir en temps utile ces formulaires auprès de son institution<sup>144</sup>. Elle ne peut invoquer l'ignorance de la loi.

A défaut de présentation du certificat nominatif de détachement pour chaque salarié détaché non titulaire du formulaire, l'entreprise étrangère s'immatricule au guichet unique :

⇒ du centre national des firmes étrangères (CNFE) à l'Urssaf de Strasbourg, pour le régime général, y compris pour les DOM,

<sup>143</sup> Selon une « rumeur », l'entreprise étrangère disposerait d'un délai de 15 jours, voire d'un délai plus large, pour présenter le certificat de détachement ; cette « rumeur » ne résiste pas à la prescription très explicite de l'article L.8271-9 1° du code du travail.

<sup>144</sup> Aussi important qu'un permis de conduire valable en France pour un salarié détaché.

- ⇒ de l'Urssaf des Alpes Maritimes pour les entreprises monégasques,
- ⇒ de l'Urssaf du Gard pour les entreprises du secteur de la tauromachie,
- ⇒ de la MSA d'Alsace pour le régime agricole, y compris pour les DOM.

A cet effet, l'entreprise étrangère accomplit quatre formalités auprès du guichet unique:

- ⇒ deux formalités, via la déclaration unique d'embauche (DUE): l'immatriculation en qualité de primo employeur et l'immatriculation du salarié détaché en qualité de primo salarié,
- ⇒ la déclaration mensuelle ou trimestrielle de la masse salariale et des cotisations sociales afférentes,
- ⇒ le paiement effectif des cotisations sociales.

Ces formalités déclaratives sont accomplies par l'entreprise étrangère elle-même, ou par un représentant qu'elle mandate à cet effet. Dans une décision du 9 février 2017<sup>145</sup>, la Cour de cassation a considéré, en application des dispositions combinées des articles L.241-8 et L.243-1-2 du code de la sécurité sociale, que ce représentant ne pouvait pas être le salarié objet de ces déclarations, ni tout autre salarié de l'entreprise.

#### **Nota**

*En aucun cas, la protection sociale du salarié détaché ne peut résulter d'une assurance privée. Une assurance privée vient uniquement compléter la couverture sociale du régime obligatoire français ou du régime obligatoire de l'Etat d'origine. La protection sociale est donc assurée de façon binaire : soit par le régime français, soit par le régime maintenu de l'Etat d'origine, attesté par un certificat de détachement.*

*Lorsque le salarié relève du régime français de sécurité sociale, il est détaché au sens du code du travail, mais pas au sens de la sécurité sociale. Lorsque le salarié est maintenu au régime de sécurité sociale de l'Etat d'origine, il est détaché au sens du droit du travail et au sens de la sécurité sociale.*

### **.B.2.2.3. L'entreprise étrangère doit-elle verser des cotisations sociales à la caisse de retraite complémentaire et à Pôle Emploi ?**

#### **.B.2.2.3.1. Le principe**

<sup>145</sup> Cass. civ. 2 n° 16-10796 du 9 février 2017 FARA.

En application de l'article L.111-2-2 du code de la sécurité sociale et de l'article L.5422-13 du code du travail, tout employeur de salarié sur le territoire français doit justifier d'une adhésion à une caisse de retraite complémentaire<sup>146</sup> et d'une couverture relative à l'assurance chômage contre la privation involontaire d'emploi (Pôle Emploi).

Cette double obligation vise l'entreprise étrangère qui est tenue de verser aux institutions compétentes les cotisations qui résultent de ces adhésions, en sus de celles dues au titre du régime de base (général ou spécial) et, éventuellement, à la caisse des congés payés.

#### **.B.2.2.3.2. La dérogation**

Par exception à ce principe, l'entreprise étrangère établie dans l'UE, l'EEE et la Suisse est dispensée de verser les cotisations sociales au régime de retraite complémentaire et à Pôle Emploi, dès lors que le salarié qu'elle détache est titulaire d'un certificat de détachement. Le certificat de détachement couvre en effet les régimes de retraite complémentaire et de l'assurance chômage.

Cette exception ne vaut que partiellement pour l'entreprise établie dans un Etat tiers, lorsque le salarié qu'elle détache en France est titulaire d'un certificat de détachement délivré en application d'une convention bilatérale de sécurité sociale. Les cotisations ne sont pas à verser au régime de retraite complémentaire ; mais elles restent dues à Pôle Emploi.

L'immatriculation et le versement des cotisations à Pôle Emploi s'effectuent via le guichet unique au CNFE de l'Urssaf à Strasbourg, à l'Urssaf des Alpes Maritimes pour les entreprises monégasques, à l'Urssaf du Gard pour les entreprises du secteur de la tauromachie ou à la caisse de MSA d'Alsace.

#### **.B.3.3. Quelle est la législation fiscale applicable à l'entreprise étrangère qui détache en France un ou des salariés dans le cadre d'une prestation de services internationale ?**

L'entreprise étrangère qui effectue une prestation de services internationale en détachant des salariés est assujettie à des déclarations fiscales, non pas en raison du détachement d'un salarié, mais en raison de la facturation et du chiffre d'affaires effectués en France.

L'entreprise étrangère, redevable de la TVA en France, se fait connaître de l'administration fiscale pour accomplir ses obligations déclaratives fiscales, soit en sollicitant un numéro de TVA intracommunautaire auprès du guichet unique de l'administration fiscale<sup>147</sup>, si elle est établie dans un autre Etat de l'UE, soit en désignant un représentant fiscal auprès de l'administration fiscale locale et en procédant à ses déclarations fiscales périodiques, si elle est établie dans un autre Etat.

En application de l'article 286 I 1° et 2° du code général des impôts, cette formalité déclarative s'effectue dans un délai de 15 jours à compter du début de la prestation commerciale en France.

<sup>146</sup> Depuis l'arrêté du 27 mars 1962.

<sup>147</sup> Service des impôts des entreprises étrangères (SIE) à Noisy Le Grand 93.

## **.C. Quelles sont les sanctions applicables à l'entreprise étrangère qui intervient en France dans le cadre d'une vraie prestation de services internationale?<sup>148</sup>**

### **.C.1. Les sanctions applicables au travailleur indépendant qui intervient sans salarié**

Les sanctions qui lui sont applicables sont les suivantes:

- ⇒ travail dissimulé par défaut de déclaration fiscale, s'il n'a pas accompli les démarches pour obtenir un numéro de TVA intracommunautaire ou s'il n'a pas désigné un représentant fiscal,
- ⇒ travail dissimulé par défaut de déclaration sociale, s'il ne s'est pas déclaré auprès du RSI, de la MSA, de l'ENIM ou de tout autre organisme de protection sociale compétent pour les non salariés non agricoles et s'il ne possède pas de certificat nominatif de détachement,
- ⇒ défaut d'affichage de son identité sur un panneau visible depuis la voie publique, s'il intervient sur un chantier ayant donné lieu à la délivrance d'un permis de construire,
- ⇒ exclusion préfectorale des marchés publics pendant une durée ne pouvant excéder six mois.

#### **Nota**

*L'article 27 de la loi du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017 a codifié dans le code de la sécurité sociale un article L.114-15-1 qui prévoit que le certificat de détachement dont est titulaire un travailleur indépendant non établi en France doit être présenté, lorsque ce document est obligatoire, aux agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé, par celui-ci ou par son donneur d'ordre. Ce document est produit soit lors du contrôle, soit dans les deux mois qui suivent celui-ci lorsqu'un justificatif de demande de ce formulaire est produit lors du contrôle.*

*Le défaut de présentation du certificat de détachement, lorsqu'il est obligatoire, est passible d'une pénalité civile due par le donneur d'ordre. Le montant de cette pénalité est de 3428 euros (plafond mensuel de la sécurité sociale 2021).*

*La pénalité civile prévue par l'article L.114-15-1 du code de la sécurité sociale ne doit pas occulter l'existence de l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'activité économique par défaut de déclarations sociales, qui est le manquement le plus significatif d'un défaut de présentation d'un certificat de détachement, lorsque, par ailleurs, le travailleur indépendant ne s'est pas immatriculé auprès du RSI, de la MSA, de l'ENIM ou de tout autre organisme de protection sociale des non salariés non agricoles compétent (**voir infra p.223 et suivantes**).*

### **.C.2. Les sanctions applicables à l'entreprise étrangère qui détache un ou des salariés**

#### **.C.2.1. Les sanctions qui lui sont spécifiques en qualité d'entreprise étrangère**

<sup>148</sup> A l'exception des situations de fraude traitées (**voir infra p.197 et suivantes**). Voir également le «Mode d'emploi pour le contrôle du travail dissimulé» 1<sup>ère</sup> édition Juin 2017, du même auteur.



⇒ l'amende administrative<sup>149</sup> prononcée par le Direccte ou le Dieccte pour défaut de déclaration de détachement, via l'application SIPSI, du ou des salariés<sup>150</sup>. Mais attention, grande fragilité juridique de cette pénalité financière (**voir supra p.56**).

⇒ la suspension de son activité pendant un mois maximum par le Direccte ou le Dieccte, si la déclaration de détachement, via l'application SIPSI, n'a pas été adressée à l'inspection du travail dans les 48h. du détachement par l'entreprise étrangère (ou par son donneur d'ordre (**voir supra p.56**),

⇒ l'amende administrative<sup>151</sup>, créée par l'ordonnance Travail du 20 février 2019<sup>152</sup>, prononcée par le Direccte ou le Dieccte, pour défaut de déclaration motivée à l'autorité administrative, via l'application SIPSI, de la prolongation du détachement au-delà de douze mois, et jusqu'à dix huit mois, pour ne pas appliquer le statut du salarié détaché longue durée au-delà de ce délai de douze mois (**voir supra p.53**),

⇒ l'amende administrative pour non-respect de la réglementation relative à l'attestation de détachement prévue par le décret du 7 avril 2016 dans le secteur du transport roulant ou navigant. Mais attention, grande fragilité juridique de la mise en œuvre cette pénalité financière dans ce secteur d'activité (**voir supra p.56**).

⇒ la contravention de 4<sup>ème</sup> classe lorsque l'attestation de détachement, pour l'entreprise de transport, ne se trouve pas à bord du moyen de transport roulant ou navigant,

⇒ la contravention de 4<sup>ème</sup> classe lorsque l'attestation de détachement, pour l'entreprise de transport roulant ou navigant, n'est pas conforme ou qu'elle comporte une mention incomplète, erronée, illisible ou effaçable,

⇒ la contravention de 3<sup>ème</sup> classe, pour l'entreprise de transport roulant ou navigant, lorsque les autres documents obligatoires suivants ne se trouvent pas à bord du moyen de transport : le contrat de travail, le contrat de travail temporaire ou la convention de mise à disposition,

⇒ l'amende administrative<sup>153</sup> prononcée par le Direccte ou le Dieccte pour défaut de désignation d'un représentant en France de l'entreprise étrangère, intégrée dans la déclaration de détachement ou l'attestation de détachement<sup>154</sup>. Mais attention, grande fragilité juridique de cette pénalité financière, y compris dans le secteur des transports puisque, de surcroît, (**voir supra p.62**), l'inspection du travail n'a pas compétence pour contrôler la bonne application du décret du 7 avril 2016.

---

<sup>149</sup> 4 000 euros au plus par salarié, portés à 8 000 euros au plus si réitération dans les deux ans, et dans la limite de 500 000 euros ; le 2° de l'article 2 du décret du 4 juin 2019 d'application de la loi Avenir professionnel précise que le délai de prescription de l'action en recouvrement de l'amende administrative est de cinq ans à compter du de la date de notification du titre de perception.

<sup>150</sup> Sauf pour détachement pour activité en auto prestation de l'entreprise étrangère, pour détachement mentionné dans l'arrêté du 4 juin 2019 et pour détachement visé par la décision administrative prévue à l'article L.1263-8 du code du travail.

<sup>151</sup> 4 000 euros au plus par salarié, portés à 8 000 euros au plus si réitération dans les deux ans qui suit, et dans la limite de 500 000 euros.

<sup>152</sup> Article 4 de l'ordonnance Travail, codifié à l'article L.1264-1 du code du travail.

<sup>153</sup> Même montant que pour le défaut de déclaration de détachement.

<sup>154</sup> Mêmes exceptions que pour la déclaration de détachement.

⇒ l'amende administrative<sup>155</sup> prononcée par le Direccte ou le Dieccte pour défaut de déclaration à l'inspection du travail d'un accident du travail survenu à un salarié détaché lorsque celui-ci est muni d'un certificat de détachement et qu'il est détaché pour réaliser une prestation pour le propre compte de son employeur (**voir supra p.67**),

⇒ l'amende administrative<sup>156</sup>, créée par la loi Macron<sup>157</sup>, prononcée par le Direccte ou le Dieccte, pour défaut de présentation à l'inspection du travail sur le lieu de la prestation<sup>158</sup> de documents traduits en français permettant de vérifier que les dispositions du Titre VI du Livre II de la première partie du code du travail relatives aux entreprises étrangères sont respectées (**voir supra p.70**),

### **Nota**

*L'amende administrative prévue par la loi Macron, qui pénalise le défaut de présentation de documents à l'inspection du travail, correspond à une quasi sanction d'obstacle à fonction d'un agent de l'inspection du travail, traditionnellement sanctionnée au seul plan pénal.*

*L'instauration de cette amende administrative pour défaut de présentation de documents, et réservée à l'entreprise étrangère, constitue une différence de traitement avec l'entreprise française qui ne présente pas des documents obligatoires car celle-ci ne fait pas l'objet d'une pénalité administrative, et n'encourt pas un quantum aussi élevé en cas d'obstacle à fonction d'un agent de l'inspection du travail.*

*Cette différence de traitement est particulièrement défavorable à l'entreprise étrangère car elle s'expose à une amende de 500 000 euros, sans élément intentionnel de ne pas respecter la loi, contre une amende de 37 500 euros, et un élément intentionnel d'enfreindre la loi, pour les mêmes faits soumis au juge pénal pour une entreprise française.*

*Que pourra dire la Commission européenne qui est gardienne de la libre prestation de services ?*

⇒ la suspension d'activité au cours de l'intervention de l'entreprise étrangère sur le territoire français (**voir infra p.315 et suivantes tableaux descriptifs**), soit pour le non-respect de certaines dispositions législatives, soit pour le non paiement de ou des amendes administratives dues pour le non respect de ces dispositions législatives. La loi Macron<sup>159</sup>, complétée par la loi Avenir professionnel<sup>160</sup>, permet à l'autorité administrative, c'est à dire le Direccte ou le Dieccte, de suspendre temporairement l'activité de l'entreprise étrangère qui

<sup>155</sup> Même montant que pour le défaut de déclaration de détachement.

<sup>156</sup> Idem..

<sup>157</sup> Article 280 III 1° de la loi Macron, codifié aux articles L.1263-7 et L.1264-1 du code du travail.

<sup>158</sup> L'article 9 du décret du 5 mai 2017, en complétant l'article R.1331-4 du code des transports, précise que ces documents sont présentés lors d'un contrôle routier, sans délai et traduits en français, aux agents de contrôle habilités en matière de travail illégal.

<sup>159</sup> Article 280 I de la loi Macron codifié aux articles L.1263-3 à L.1263-6 du code du travail et décret n° 2015-1579 du 3 décembre 2015 codifié aux articles R.1263-11-1 du code du travail.

<sup>160</sup> Article 96 II de la loi Avenir professionnel, codifié à l'article L.1263-3 du code du travail.

détache un salarié en France, pour l'un des motifs suivants énumérés par l'article L.1263-3 du code du travail:

- un manquement grave au repos quotidien, au repos hebdomadaire, à la durée quotidienne maximale du travail et à la durée hebdomadaire maximale du travail,
- le non paiement total ou partiel du SMIC ou du salaire conventionnel,
- le non respect de l'obligation de présentation à l'inspection du travail sur le lieu de travail des documents traduits en français relatifs au détachement du salarié concernant le paiement du SMIC ou du minima conventionnel<sup>161</sup>, le respect des repos quotidien et hebdomadaire et la durée maximale du travail,
- des conditions de travail ou la tenue d'un hébergement incompatibles avec la dignité humaine<sup>162</sup>,
- le non paiement de ou des amendes administratives notifiées pour l'un des manquements qui précèdent ou qui sont dues en application des articles L.1263-6, L.1264-1 et L.8115-1 du code du travail<sup>163</sup> ; l'article L.1263-3 du code du travail fait également référence au non paiement d'une amende notifiée au titre de l'article L.1264-2 du code du travail ; il s'agit d'une erreur de plume du législateur car l'article L.1264-2 du code du travail ne concerne que le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage.

Le manquement est constaté par un agent de l'inspection du travail, qui informe et enjoint le représentant en France l'entreprise étrangère qu'elle dispose d'un délai de 3 jours<sup>164</sup> pour régulariser. A défaut de régularisation, l'agent de l'inspection du travail transmet un rapport au Direccte ou au Dieccte qui prononce la suspension d'activité.

La suspension de l'activité est notifiée au représentant en France de l'entreprise étrangère, prononcée à la suite d'une procédure contradictoire écrite du Direccte ou du Dieccte auprès de ce représentant en France. Elle ne peut excéder un mois. La suspension de la prestation de services n'entraîne ni rupture, ni suspension du contrat de travail, ni aucun préjudice pécuniaire pour les salariés détachés.

Le Direccte ou le Dieccte en informe sans délai le préfet et le donneur d'ordre, cocontractant de l'entreprise étrangère ; sur les chantiers du BTP, il en informe également simultanément le

---

<sup>161</sup> Le salaire minimal conventionnel a été ajouté par la loi Travail.

<sup>162</sup> La Cour de cassation considère que l'hébergement indigne n'est pas nécessairement un hébergement qui est exploité en violation des normes législatives ou réglementaires ; il peut s'agir d'un hébergement objectivement indécemment : Cass. crim. n° 14-80041 du 22 juin 2016 ABL.

<sup>163</sup> Amende due pour non respect d'une décision de suspension d'activité par le Direccte ou le Dieccte, absence de déclaration de détachement, absence de désignation d'un représentant en France, absence de déclaration d'un accident du travail, défaut de présentation à l'inspection du travail de documents traduits en langue française, pour un manquement grave au respect du SMIC, du salaire conventionnel, du repos quotidien, du repos hebdomadaire, de la durée quotidienne maximale du travail, de la durée hebdomadaire maximale du travail, pour le non respect de la législation sur le décompte du temps de travail, pour le non respect des obligations relatives aux installations sanitaires, à l'hébergement et à la restauration, ainsi que pour des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine.

<sup>164</sup> Ramené à 1 jour en cas de circonstances exceptionnelles.

maître d'ouvrage et « le responsable du chantier ». La décision du Direccte ou du Dieccte fait l'objet d'un affichage sur le chantier.

Le Direccte ou le Dieccte dispose d'un pouvoir d'opportunité ; il n'est pas tenu de donner suite au rapport de l'agent de l'inspection du travail. Il prend en compte la gravité et la répétition des faits.

Si l'entreprise étrangère ne respecte pas la décision de suspension de son activité, elle est passible d'une amende administrative d'un montant égal ou inférieur à 10 000 euros par salarié, prononcée par le Direccte ou le Dieccte, qui peut moduler le montant, à la suite d'un second rapport de l'agent de l'inspection du travail.

La loi Travail rend applicable la procédure de suspension d'activité à l'entreprise étrangère exerçant une activité mentionnée dans le code rural et de la pêche maritime, en complétant l'article L.1263-3 du code du travail par un 4<sup>ème</sup> alinéa *ad hoc*.

#### **Nota**

*La mesure de suspension de l'activité de l'entreprise étrangère pour cause de dumping social est a priori séduisante. Cependant :*

*.1. cette mesure réservée à l'entreprise étrangère risque d'être perçue par la Commission européenne comme une entrave à la libre prestation de services puisque l'entreprise française qui pratique le même dumping social est épargnée; cette mesure aurait dû viser toutes les entreprises.*

*.2. la suspension d'activité a en réalité une portée très limitée, car le non-respect du repos quotidien, du repos hebdomadaire ou des durées maximales de travail ne sont pas « régularisables ». Seuls peuvent être « régularisés » le non-respect du SMIC, des minima conventionnels et l'hébergement indigne.*

*.3. alors que le code du travail est d'application directe et immédiate, pourquoi donner à l'entreprise étrangère un délai pour régulariser et appliquer le code du travail, ce dont ne bénéficie pas l'entreprise française commettant les mêmes faits ? La suspension d'activité pouvait intervenir au moment du premier constat de l'inspection du travail<sup>165</sup>.*

*.4. l'agent de l'inspection du travail doit disposer de l'information relative au non paiement de l'amende administrative ; or, bien que la loi ait été votée en septembre 2018, aucun texte d'application n'a été pris à ce jour pour permettre à l'agent de l'inspection du travail, puis au Direccte ou au Dieccte, de savoir auprès du Trésor Public ou de la DGFIP si une entreprise étrangère est redevable du paiement d'une amende administrative et/ou si elle a assuré ce paiement après l'injonction de l'agent de l'inspection du travail. La mesure de suspension temporaire d'activité n'est donc applicable au défaut de paiement d'une amende administrative par une entreprise étrangère.*

<sup>165</sup> Toutes les autres suspensions d'activité mentionnées dans le code du travail sont d'application directe et immédiate et à la main de l'inspection du travail. Pourquoi ces différences ?

*.5. le délai de procédure (plusieurs jours, voire plusieurs semaines) institué par l'article L.1263-3, et jusqu'à la décision du Direccte ou du Dieccte, est assez peu compatible avec le caractère temporaire de la présence de l'entreprise temporaire en France,*

*.6. le délai de procédure (plusieurs jours, voire plusieurs semaines) institué par l'article L.1263-3, et jusqu'à la décision du Direccte ou du Dieccte, est assez peu compatible avec le caractère temporaire de la présence de l'entreprise temporaire en France,*

*.7. la décision du Direccte ou du Dieccte est notamment notifiée au « responsable du chantier » BTP, qualité et statut qui n'existent pas,*

*.8. l'article L.1263-4 du code du travail ne s'applique qu'à l'exécution d'une prestation de services internationale en France; en sont donc exclus le non-respect de la loi et les pratiques de dumping social dans le cadre d'un détachement effectué à l'occasion d'une auto prestation pour compte propre et d'une mobilité internationale intragroupe,*

*.9. comment s'articulent l'article L.1263-3 du code du travail (loi Macron) qui accorde un délai de trois jours pour faire cesser l'hébergement indigne et l'article L.4231-1 du code du travail (loi Savary) qui impose la cessation immédiate de l'hébergement indigne (ce qui est logique) ?*

⇒ l'interdiction préventive d'activité pour une durée maximum de deux mois, avant une nouvelle prestation de services de l'entreprise étrangère sur le territoire français, lorsque celle-ci ne s'est pas acquittée du paiement d'une amende administrative due à l'occasion d'une précédente intervention en France (**voir infra p.315 et suivantes tableaux descriptifs**). L'interdiction préventive d'activité est introduite à l'article L.1263-4-2 du code du travail par l'article 96 III de la loi Avenir professionnel. Cette disposition du code du travail permet à l'autorité administrative, c'est à dire le Direccte ou le Dieccte, d'empêcher la prestation de services de l'entreprise étrangère qui a l'intention de détacher à cet effet un ou plusieurs salariés en France, tant que l'amende administrative n'a pas été payée, et dans les conditions suivantes, modifiées par l'article 2 10° du décret du 28 juillet 2020 :

- un agent de l'inspection du travail constate, en recevant une déclaration de détachement dans le cadre d'une prestation de services, que l'entreprise étrangère auteur de cette déclaration, est redevable du paiement d'une amende administrative à laquelle elle a été condamnée par un Direccte ou par un Dieccte, lors d'une précédente intervention en France, en application des articles L.1263-6, L.1264-1 ou L.8115-1 du code du travail<sup>166</sup> (**voir supra p.89 et suivantes**),
- il transmet un rapport de signalement au Direccte ou au Dieccte,
- le Direccte ou le Dieccte enjoint par écrit à l'entreprise étrangère (en lui écrivant dans son Etat de domiciliation), mais pas à son représentant en France, de faire cesser immédiatement ce manquement, et donc de payer sans délai cette amende; simultanément, il invite l'entreprise ou son représentant à lui faire part de ses observations dans un délai de trois jours, à compter de la réception de son courrier ;

<sup>166</sup> L'article L.1263-4-2 nouveau du code du travail fait également référence au non paiement d'une amende notifiée au titre de l'article L.1264-2 du code du travail ; il s'agit d'une erreur de plume du législateur car l'article L.1264-2 du code du travail ne concerne que le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage.

ce délai peut être réduit, pour des circonstances exceptionnelles, sans être inférieur à un jour.

- en l'absence de paiement de l'amende administrative à l'expiration de ce délai et nécessairement avant le début de la prestation de services, le Direccte ou le Dieccte peut ordonner (avec une notification de la décision dans l'Etat de domiciliation) l'interdiction temporaire de la prestation de services pendant une durée de deux mois maximum; en tout état de cause, la prestation ne peut commencer en l'absence de paiement de l'amende administrative. L'interdiction est susceptible d'être prolongée, dans la limite de deux mois, si l'amende n'a toujours pas été payée.
- La décision d'interdiction temporaire du Direccte ou du Dieccte est également notifiée sans délai au préfet du lieu de la prestation et au donneur d'ordre cocontractant de l'entreprise étrangère, il en informe également simultanément le maître d'ouvrage et « le responsable du chantier ». La décision du Direccte ou du Dieccte fait l'objet d'un affichage sur le chantier.
- Le Direccte ou le Dieccte dispose d'un pouvoir d'opportunité ; il n'est pas tenu de donner suite au rapport de l'agent de l'inspection du travail. Il prend en compte la gravité et la répétition des faits.
- le Direccte ou le Dieccte autorise la prestation de services dès que l'entreprise étrangère justifie s'être acquittée de l'amende administrative.

Si l'entreprise étrangère ne respecte pas la décision d'interdiction de prêter, elle est passible, en application de l'article L.1263-6 du code du travail et dans les conditions qu'il fixe, d'une amende administrative d'un montant égal ou inférieur à 10 000 euros par salarié, prononcée par le Direccte ou le Dieccte, qui peut en moduler le montant, à la suite d'un second rapport de l'agent de l'inspection du travail.

Cependant, l'entreprise étrangère peut prêter en France, sans avoir payé l'amende administrative, après le délai d'interdiction fixé par le Direccte ou le Dieccte, ou après le délai de deux mois.

#### **Nota**

*La mise en œuvre de cette interdiction préventive de prêter en France va se heurter à plusieurs difficultés qui vont rendre le dispositif inopérant :*

*.- l'agent de l'inspection du travail doit disposer de l'information relative au non paiement de l'amende administrative ; or, bien que la loi ait été votée en septembre 2018, aucun texte d'application n'a été pris à ce jour pour permettre à l'agent de l'inspection du travail, puis au Direccte ou au Dieccte, de savoir auprès du Trésor Public ou de la DGFIP si une entreprise étrangère est redevable du paiement d'une amende administrative et/ou si elle a assuré ce paiement après l'injonction de l'agent de l'inspection du travail. La mesure d'interdiction temporaire d'activité n'est donc applicable au défaut de paiement d'une amende administrative par une entreprise étrangère.*

*.- la masse des déclarations de détachement reçues par l'inspection du travail rend impossible un contrôle a priori systématique de l'existence d'une décision d'un Direccte ou d'un Dieccte à payer une amende administrative.*

*.- à supposer que l'agent de l'inspection du travail dispose de cette information, la procédure de demande de régularisation du paiement de l'amende administrative doit être initiée par le Direccte ou le Dieccte avant le début de la prestation, ainsi que la notification de l'interdiction de prester en France, avec notification dans l'Etat d'origine ; or le délai habituellement très court (quelques jours) entre la réception de la déclaration de détachement et l'intervention de l'entreprise étrangère en France rend illusoire la mise en œuvre en temps utile de la procédure administrative. En mentionnant que l'initialisation de la procédure et la notification de l'interdiction de prester en France s'effectuent nécessairement avant le début de la prestation, le législateur a considérablement réduit son périmètre, son effectivité et son impact.*

*.- les actes de procédures sont accomplis par des notifications effectuées à l'étranger, ce qui va poser des problèmes de délai et de preuve, si des courriers simples sont adressés à l'entreprise étrangère.*

*.-la décision du Direccte ou du Dieccte est notamment notifiée au « responsable du chantier » BTP, qualité et statut qui n'existent pas,*

*.- toutes les entreprises étrangères qui vont bénéficier, soit de la suppression de la déclaration de détachement, en application du nouvel article L.1262-6 du code du travail, soit d'un aménagement de cette déclaration, en application du nouvel article L.1263-8 du code du travail, évitent, par effet collatéral qui leur évite de se signaler avant de presterr, cette interdiction de prester en France même si elles n'ont pas payé l'amende administrative à laquelle elles ont été condamnées.*

⇒ La pénalité civile créée par l'article 27 de la loi du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017, codifiée dans le code de la sécurité sociale un article L.114-15-1, qui prévoit que le certificat de détachement dont est titulaire un salarié détaché doit être présenté, lorsque ce document est obligatoire, aux agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé, par celui-ci, par son employeur ou son représentant en France ou par le donneur d'ordre de l'employeur. Ce document est produit, soit lors du contrôle, soit dans les deux mois qui suivent celui-ci lorsqu'un justificatif de demande de ce formulaire est produit lors du contrôle.

Le défaut de présentation du certificat de détachement, lorsqu'il est obligatoire, est passible d'une pénalité civile due par le donneur d'ordre. Le montant de cette pénalité est de 3428 euros (*plafond mensuel de la sécurité sociale 2021*) par salarié (**voir infra p.185 et suivantes**).

La pénalité civile prévue par l'article L.114-15-1 du code de la sécurité sociale ne doit pas occulter l'existence de l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié par défaut de déclaration sociale, qui est le manquement le plus significatif d'un défaut de présentation d'un certificat de détachement, lorsque, par ailleurs, l'employeur du salarié détaché ne s'est pas immatriculé auprès du guichet unique compétent (**voir ci-dessous .C.2.2.2.**).

**Nota**

*L'article 97 de la loi Avenir professionnel a supprimé, en modifiant et en complétant les articles L.1263-6, L.1264-3, L.1264-4 et L.8115-7 du code du travail, le caractère suspensif du recours contre le titre de perception de l'amende administrative due par l'entreprise étrangère.*

*Le paiement de l'amende est obligatoire dès la réception du titre de perception. L'entreprise étrangère ne peut pas invoquer l'existence d'un recours administratif ou contentieux contre le titre de perception pour retarder le paiement de l'amende due au Trésor Public.*

**.C.2.2. Les sanctions de droit commun**

Outre les sanctions relatives au non respect de la législation relative à la carte d'identification professionnelle dans le secteur du BTP (*voir supra p.73*), il s'agit des sanctions qui s'appliquent également à l'entreprise française qui emploie un ou des salariés.

**.C.2.2.1. Les sanctions qui ne relèvent pas du travail illégal**

L'entreprise étrangère qui ne respecte pas les dispositions du code du travail qui lui sont applicables commet les mêmes infractions et encourt les mêmes sanctions pénales ou administratives, mentionnées aux articles L.8115-1 du code du travail, qu'une entreprise française, y compris en matière d'outrages, d'obstacle ou de violence.

Il en est ainsi pour le non respect des règles relatives au temps de travail et au repos, l'hygiène, à la santé et à la sécurité, ou des règles relatives à l'adhésion obligatoire à la caisse de congés payés (et intempéries) compétente.

Mais, compte tenu de l'articulation entre les articles R.8115-1 et R.8115-5 du code du travail, l'entreprise étrangère n'est pas passible de l'amende administrative d'un montant maximal de 4000 euros par salarié concerné<sup>167</sup>, créée par l'article 5 de l'ordonnance du 7 avril 2016<sup>168</sup>, majorée par l'article 95 de loi Avenir professionnel et codifiée aux articles L.8115-1 et suivants du code du travail, pour le non-respect des 5 catégories d'obligations mentionnées à l'article L.8115-1 du code du travail, dont le non respect du SMIC ou des minima conventionnels étendus.

Il existe par ailleurs une exception notable à cette règle (et incompréhensible au titre de la lutte contre le dumping social) concernant la non délivrance ou la délivrance d'un bulletin de paie équivalent ou *sui generis* incomplet à un salarié détaché. En effet, l'article R.1263-1 II 3° et 4° du code du travail, qui prévoit la délivrance de ce bulletin de paie spécifique, n'est assorti d'aucune sanction pénale.

Les procédures de mise en demeure, d'arrêt de travaux ou de référé sont utilisables à l'encontre de l'entreprise étrangère.

<sup>167</sup> Porté à 8000 euros en cas de réitération dans le délai de deux ans suivant la notification de l'amende.

<sup>168</sup> Ordonnance n° 2016-413 du 7 avril 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail.



### .C.2.2.2. Les sanctions qui relèvent du travail illégal

Les sanctions pénales, administratives et financières prévues par le code du travail pour des faits relevant de la sphère du travail illégal s'appliquent sans réserve à l'entreprise étrangère.

Les sanctions relatives au travail illégal sont ciblées et revêtent donc une grande importance dans leur identification.

#### .a. Les sanctions pénales

⇒ travail dissimulé par défaut de déclaration sociale, dès lors l'entreprise étrangère ne s'est pas déclarée auprès du guichet unique (CNFE de Strasbourg, Urssaf des Alpes Maritimes, Urssaf du Gard ou MSA d'Alsace) ou qu'un salarié détaché n'est pas couvert par un certificat de détachement,

⇒ travail dissimulé par défaut de déclaration sociale, dès lors qu'un salarié détaché par une entreprise établie dans un Etat signataire d'une convention bilatérale de sécurité sociale est couvert par un certificat de détachement, mais sans effectuer les déclarations sociales auprès de Pôle Emploi pour payer à cet organisme les cotisations qui lui sont dues,

⇒ travail dissimulé par défaut de remise de bulletin de paie ou d'un document équivalent,

⇒ travail dissimulé par dissimulation d'heures de travail,

#### **Nota**

*La loi Travail a comblé un vide juridique datant de 9 ans<sup>169</sup> qui interdisait depuis 2007 de relever à l'encontre de l'entreprise étrangère le délit de défaut de remise de bulletin de paie ou de dissimulation d'heures de travail et contre le donneur d'ordre le délit de recours à travail dissimulé par défaut de remise de bulletin de paie ou de dissimulation d'heures de travail.*

*La loi Travail a rectifié la rédaction du 2<sup>e</sup> alinéa de l'article L.8221-5 du code du travail, en supprimant la référence à l'article L.3243-2 du code du travail et en introduisant la notion de document équivalent (au bulletin de paie). Ces deux infractions sont désormais restaurées.*

⇒ emploi d'un salarié étranger démunie de titre de travail.

#### .b. Les sanctions administratives, financières et civiles

⇒ arrêt temporaire de l'activité économique sur le territoire français par décision préfectorale pendant une durée ne pouvant excéder trois mois, alors même qu'elle est exercée, par nature, sur un lieu différent du siège social ou de l'établissement.

<sup>169</sup> Par amendement parlementaire. Cf « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères » Septembre 2015 1<sup>ère</sup> édition. Propositions pour améliorer le dispositif juridique p.174, du même auteur.

**Nota**

*L'article 98 de la loi Avenir professionnel a modifié la rédaction de l'article L.8272-2 du code du travail dont le libellé trop ciblé et maladroit permettait de s'interroger sur l'applicabilité juridique de cette disposition à l'entreprise étrangère, y compris pour les chantiers du BTP sur lesquels elle intervient en France, puisque, par nature, l'entreprise étrangère n'est pas établie en France et n'y possède ni siège social, ni établissement<sup>170</sup>. A contrario, cette mesure avait vocation à s'appliquer dès lors que l'entreprise étrangère disposait d'un établissement de fait sur le territoire français.*

*Désormais, une entreprise étrangère qui pratique du travail illégal sur le territoire français est susceptible de faire l'objet d'une décision préfectorale d'arrêt temporaire de son activité économique, quelle que soit la nature ou les modalités d'exercice de cette activité économique en France, en prestation de services (y compris l'entreprise de travail temporaire ou l'agence de mannequins) ou en prestation pour compte propre.*

*En effet l'article 97 de la loi Avenir professionnel vise tout lieu de travail, autre que le siège social ou l'établissement.*

*L'effectivité de cette mesure est cependant objectivement contrainte par la (très) courte durée de certaines interventions des entreprises étrangères, tel un spectacle vivant ou toute autre manifestation événementielle.*

- ⇒ exclusion des marchés publics par décision préfectorale pendant une durée ne pouvant excéder six mois,
- ⇒ paiement à l'OFII de la contribution spéciale et/ou de la contribution forfaitaire pour emploi d'un salarié étranger démuné de titre de travail et/ou de séjour<sup>171</sup>,
- ⇒ paiement des cotisations de sécurité sociale éludées sur une base forfaitaire de six mois de travail, sauf preuve d'une moindre antériorité d'emploi du salarié détaché sur le territoire français.

### **.C.2.2.3. Les autres sanctions en lien avec le détachement du ou des salariés**

⇒ non déclaration d'un hébergement collectif en préfecture ou à l'inspection du travail<sup>172</sup>. L'entreprise étrangère dispose de trente jours pour procéder à cette déclaration, à compter de l'ouverture de l'hébergement (article 4 de la loi du 27 juin 1973 modifiée),

⇒ tenue d'un hébergement (collectif ou non) non conforme aux prescriptions du code du travail ou du code rural; seule la sanction pénale est applicable, à l'exclusion de l'amende

<sup>170</sup> Voir page 67 du Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères 3<sup>ème</sup> édition Septembre 2017.

<sup>171</sup> La contribution spéciale est due pour l'emploi d'un salarié étranger démuné de titre de travail ; la contribution forfaitaire est due pour l'emploi d'un salarié étranger démuné de titre de séjour. Ces deux contributions sont recouvrées par l'OFII.

<sup>172</sup> Nouveauté introduite par l'article 280 V de la loi Macron.

administrative créée par l'article 5 de l'ordonnance du 7 avril 2016<sup>173</sup> et codifié aux articles L.8115-1 et suivants du code du travail, compte tenu de l'articulation entre les articles R.8115-1 et R.8115-5 du code du travail,

⇒ conditions de travail ou d'hébergement du salarié intérimaire incompatibles avec la dignité humaine (articles 225-13 et 225-14 du code pénal) ; la Cour de cassation considère que l'hébergement indigne n'est pas nécessairement un hébergement qui est exploité en violation des normes législatives ou réglementaires ; il peut s'agir d'un hébergement objectivement indécemment<sup>174</sup>,

⇒ travail forcé ou en servitude (articles 225-14-1 et 225-14-2 du code pénal).

### **.III-C. L'ACTIVITE EXERCEE EN AUTO PRESTATION POUR SON PROPRE COMPTE EN FRANCE PAR L'ENTREPRISE ETRANGERE ET LE DROIT APPLICABLE**

L'intervention d'une entreprise étrangère dans un autre Etat, en auto prestation et pour son propre compte ne fait pas l'objet d'une réglementation particulière au niveau communautaire, qui ne traite que la prestation de services et le détachement d'un salarié opéré à cette fin, via la directive du 16 décembre 1996.

Pour combler ce vide juridique, le code du travail vise expressément depuis 2005<sup>175</sup> la situation du salarié détaché en France dans le cadre d'une activité pour le propre compte de son employeur établi hors de France.

Cette modalité d'intervention des entreprises étrangères sur le territoire français, bien qu'elle représente moins de volume et d'importance que la prestation de services, a cependant les mêmes caractéristiques d'emploi et de travail que celle-ci (notamment pour les risques professionnels) et est de nature à générer des fraudes.

#### **.A. Prestation pour compte propre ou prestation de services internationale ?**

##### **.A.1. Les points communs**

Les activités économiques réalisées sur le territoire français dans le cadre d'une prestation pour compte propre ou d'une prestation de services sont par nature temporaire. Elles nécessitent l'emploi de salariés sur le territoire français et, le cas échéant, la mobilisation de moyens techniques et d'une infrastructure plus ou moins conséquente.

<sup>173</sup> Ordonnance n° 2016-413 du 7 avril 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail ; de façon plus générale ; l'article 5 s'applique dans son intégralité à l'entreprise étrangère.

<sup>174</sup> Cass. crim. n° 14-80041 du 22 juin 2016 ABL.

<sup>175</sup> Article L.1262-1 3° du code du travail. Article 89 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

## .A.2. La différence

L'entreprise étrangère qui intervient pour son propre compte sur le territoire français n'a pas de client (destinataire) en France et ne facture donc pas, contrairement à l'entreprise qui effectue une prestation de services.

**Dans une première situation**, l'entreprise étrangère va intervenir en totale « autarcie » sur le territoire français, par exemple :

⇒ pour réaliser en toute autonomie un documentaire sur un sujet touristique ; ce documentaire sera vendu à une chaîne de télévision d'un Etat tiers.

⇒ pour entretenir ou exploiter une parcelle boisée qui lui appartient, avec transport du bois coupé dans ses ateliers situés hors de France,

⇒ pour exposer et présenter, sans vendre, des machines outils lors d'un salon professionnel.

**Dans une seconde situation**, l'entreprise étrangère aura une relation commerciale en France, mais elle en sera le client, et non pas le fournisseur, et en paiera le prix, ce qui correspond à l'inverse de la relation commerciale relevant d'une prestation de services. Ce sera le cas d'une entreprise étrangère qui vient démonter en France et exporter dans son pays des machines outils usagées que lui a vendues une entreprise française qui modernise et renouvelle son parc.

Dans cette seconde situation, la distinction avec la prestation de services est essentielle car l'entreprise française n'a pas la qualité de donneur d'ordre à l'égard de l'entreprise étrangère. Si donc, des faits de travail illégal sont établis à l'encontre de l'entreprise étrangère<sup>176</sup>, la mise en cause de l'entreprise française donneur d'ordre ne se fera pas sur la notion juridique de recours, mais de complicité (*voir infra p.163 et suivante*). Par ailleurs, elle n'est pas tenue par les obligations de vigilance mises en place par la loi Savary du 10 juillet 2014 (*voir infra p.164 et suivantes*).

## .B. Quel est le droit applicable à l'entreprise étrangère qui intervient pour son propre compte ?

Le droit applicable à l'entreprise étrangère qui intervient en France pour son propre compte avec un ou des salariés détachés était identique à celui applicable à la prestation de services, sauf en matière fiscale<sup>177</sup>, jusqu'à la loi Avenir professionnel du 5 septembre 2018. En effet, sous réserve de justifier qu'elle est juridiquement constituée hors de France, l'entreprise étrangère qui détache un ou des salariés sur le territoire français pour son propre compte applique toutes les dispositions sur le détachement, depuis les dispositions de fond, telles que celles relatives à la prévention des risques professionnels, à la rémunération, à la durée du travail, aux autorisations de travail, à la couverture sociale (les cotisations sociales sont dues et payées en France, sauf à présenter un certificat de détachement pour chaque salarié détaché), à l'adhésion à la caisse des congés payés, jusqu'aux obligations déclaratives, telles

<sup>176</sup> Par exemple, emploi de salarié étranger sans titre de travail.

<sup>177</sup> Puisque l'entreprise étrangère ne facture rien.

que la déclaration d'accident du travail et la déclaration d'hébergement collectif (**voir supra p.6 et 76**).

L'article 91 de la loi Avenir professionnel du 5 septembre 2018 a introduit deux exceptions notables au droit du travail applicable depuis 1994 à l'entreprise étrangère qui intervient en France sous le régime de la prestation pour compte propre. La loi a supprimé deux obligations déclaratives lui incombant et qui étaient accomplies par toute entreprise étrangère détachant un salarié sur le territoire français.

L'article 91, en introduisant une nouvelle rédaction de l'article L.1262-2-1 du code du travail, a supprimé en effet depuis son entrée en vigueur l'obligation pour l'entreprise étrangère en auto prestation de procéder à la déclaration de détachement de son salarié et à la désignation d'un représentant en France.

#### **Nota**

*La suppression de la déclaration de détachement et de la désignation du représentant en France incombant à l'entreprise étrangère en auto prestation est inattendue et ne peut pas s'expliquer par l'objectif d'un meilleur contrôle de ce type d'opérateur économique et du personnel salarié qu'il détache sur le territoire français.*

*Dans l'étude d'impact du projet de loi<sup>178</sup> aucune explication, en lien avec une meilleure efficacité de la lutte contre le travail illégal ou le dumping social, n'est d'ailleurs donnée de nature à justifier la suppression de ces deux formalités pourtant substantielles pour localiser ce type de prestations sur le territoire français et pour faciliter le contrôle du respect de la législation applicable au détachement des salariés. Est-ce aussi pour faire baisser le nombre de déclarations de détachement et réduire de façon artificielle le nombre de détachements de salarié sur le territoire français ?*

*Par voie de conséquence, en l'absence de désignation d'un représentant en France, l'article 91 de la loi Avenir professionnel prévoit, en modifiant l'article L.1262-4-4 du code du travail, que la déclaration d'accident du travail survenant à un salarié détaché dans le cadre d'une auto prestation est effectuée désormais par son employeur, et non plus par son représentant en France qui est supprimée.*

### **.C. Quelles sont les sanctions applicables à l'entreprise étrangère qui intervient pour son propre compte ?**

Les sanctions applicables à l'entreprise étrangère qui intervient pour son propre compte avec du personnel détaché sont les mêmes que celles visant l'entreprise étrangère effectuant une prestation de services avec des salariés détachés (**voir supra p.89 et suivantes**).

---

<sup>178</sup> Pages 393 et sq.

Il existe cependant des exceptions à ce principe d'application équivalente des sanctions prévues à l'encontre d'une entreprise étrangère qui effectue une PSI en France :

⇒ la suspension administrative d'activité de l'entreprise étrangère mentionnée à l'article L.1263-4-1 du code du travail pour défaut de déclaration de détachement (*voir supra p.56 et suivantes et p.89*) n'est pas applicable à celle qui détache un salarié pour réaliser un travail pour son propre compte, puisque cette opération n'est pas une prestation de services (pas de donneur d'ordre destinataire),

⇒ la suspension administrative d'activité de l'entreprise étrangère mentionnée aux articles L.1263-3 et L.1263-4 du code du travail pour non-respect de certaines dispositions législatives (*voir supra p.90*) n'est pas applicable à celle qui détache un salarié pour réaliser un travail pour son propre compte, puisque cette opération n'est pas une prestation de services (pas de donneur d'ordre destinataire).

### **.III-D. LA MOBILITE INTERNATIONALE INTRAGROUPE DU SALARIE ET LE DROIT APPLICABLE**

La mobilité internationale intragroupe du salarié ne constitue pas une modalité d'exercice de l'activité économique par une entreprise étrangère, qui est son employeur originel. Il ne s'agit pas d'une prestation de services internationale, ni donc d'une opération de sous-traitance.

La mobilité internationale intragroupe du salarié est effectivement l'un des trois motifs du détachement du salarié en France, au même titre que le détachement dans le cadre de la prestation de services internationale et que le détachement dans le cadre d'une prestation pour compte propre.

Pour autant, la mobilité internationale intragroupe du salarié ne relève pas nécessairement du détachement ; cette mobilité peut parfaitement s'effectuer dans un autre cadre juridique et se traduire par une embauche en France par l'entreprise d'accueil, pendant la durée de cette mobilité.

#### **.A. Qu'est-ce que la mobilité internationale intragroupe du salarié ?**

Il s'agit d'une modalité de gestion et de modification du contrat individuel de travail d'un salarié, qui se concrétise par la mutation et l'affectation temporaires de ce salarié dans une entreprise du groupe établie en France. La maison mère du groupe peut se trouver indifféremment en France ou à l'étranger. Dans la quasi-totalité des situations, la mobilité internationale intragroupe correspond de fait à une mise à disposition du salarié auprès de l'entreprise qui l'accueille en France, qui va lui fournir du travail, l'intégrer dans son mode de fonctionnement, son organisation et ses effectifs et qui va lui donner des instructions pendant la durée de son séjour.

D'un point de vue juridique, la mobilité internationale intragroupe du salarié s'effectue, soit sous la forme d'un emploi direct par l'entreprise qui l'accueille en France, soit sous la forme du détachement. Le détachement n'est qu'une option et n'est pas la forme obligée de cette

nouvelle affectation temporaire du salarié au sein du groupe lorsqu'il vient travailler en France.

## **.B. Quels sont les textes applicables à la mobilité internationale intragroupe ?**

Dans la mesure où la mobilité internationale intragroupe relève exclusivement de la gestion individuelle du contrat de travail, les normes juridiques encadrant la mobilité intragroupe sont assez peu contraignantes et laissent une très grande souplesse aux entreprises.

### **.B.1. Les normes communautaires**

**.B.1.1. La Convention de Rome** a été le premier outil juridique à régir et à déterminer la loi applicable au contrat de travail à exécution transnationale ou à parties transnationales. La Convention de Rome limite objectivement la liberté contractuelle du groupe qui souhaite envoyer son salarié en mobilité internationale, en rendant notamment applicables les lois sociales impératives<sup>179</sup> et les lois de police de l'Etat d'accueil<sup>180</sup>. S'appliquent également les règles de l'Etat d'accueil avec lequel le salarié en mobilité a des liens étroits<sup>181</sup> ou dans lequel il travaille effectivement et habituellement<sup>182</sup>.

**.B.1.2. L'article 1<sup>er</sup> 3. b) de la directive 96/71/CE du Conseil et du Parlement du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services** vise expressément le salarié en mobilité intragroupe, sans d'ailleurs utiliser formellement ce vocable<sup>183</sup>. La directive pose quatre exigences qui limitent les initiatives du groupe en matière de mobilité internationale : le salarié doit travailler habituellement dans l'Etat d'envoi ; une relation de travail doit exister entre l'entreprise d'envoi et le salarié en mobilité pendant la période de détachement; la mobilité doit être temporaire<sup>184</sup> ; enfin, le noyau dur du droit du travail, tel que défini par la directive, de l'Etat d'accueil s'applique. Pour autant, un salarié en mobilité internationale intragroupe n'est pas nécessairement en situation de détachement, puisque le groupe peut décider de le faire embaucher par l'entreprise d'accueil en France.

**.B.1.3. La gestion de la mobilité internationale intragroupe du salarié est régie également par la directive 2014/66/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants d'Etat tiers dans le cadre d'un transfert temporaire intragroupe**, lorsque le salarié est un ressortissant d'un Etat tiers. Si l'objet premier de la directive est la police administrative du droit au séjour et du droit au travail de ces salariés dans la perspective d'une gestion fluide de cette immigration au sein de l'Union européenne, ce texte contient cependant des précisions très utiles sur le profil professionnel particulièrement ciblé du salarié en mobilité. Selon les articles 2 1. et 3 e) et f) de la directive, il s'agit exclusivement d'un cadre supérieur ou d'un expert qui possède des connaissances spécialisées indispensables, voire d'un stagiaire titulaire d'un diplôme de l'enseignement supérieur. Elle fixe une durée minimale d'ancienneté dans le groupe avant la

<sup>179</sup> Cass. soc. n° 01-44654 du 12 mars 2008 SPORTIVE IL GABBIARNO.

<sup>180</sup> CJUE C-369/96 du 23 novembre 1999 ARBLADE; cass. ch. mixte n° 06-14006 du 30 novembre 2007 AGINTIS.

<sup>181</sup> Cass. soc. n° 09-66797 du 19 janvier 2011 Inf ; cass. soc. n° 11-11374 du 25 janvier 2012 SODEXHO.

<sup>182</sup> Cass. soc. n° 00-41452 du 9 octobre 2001 BANCO DE LA NACION ARGENTINA.

<sup>183</sup> L'inclusion du salarié détaché dans le cadre de la mobilité intragroupe dans le champ de la directive 96/71 est une curiosité juridique dans la mesure où la mobilité intragroupe n'est pas de la prestation de services telle que définie par les articles 56 et 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

<sup>184</sup> La directive ne donne aucun indicateur pour déterminer et apprécier ce qu'est le caractère temporaire d'une mobilité intragroupe.

mobilité<sup>185</sup> ; elle limite la durée d'un transfert<sup>186</sup> et instaure le principe d'un délai de carence entre deux transferts, à fixer par chaque Etat.

**.B.1.4. Le régime de protection sociale applicable au salarié en mobilité internationale intragroupe peut relever des règlements communautaires de coordination de sécurité sociale<sup>187</sup>, ainsi que de l'une des 38 conventions bilatérales de sécurité sociale**, si le salarié travaille dans l'un des Etats non communautaires signataires de ces accords<sup>188</sup>. A défaut, le salarié en mobilité est couvert de plein droit par le système français de protection sociale, qu'il soit en détachement ou en emploi direct<sup>189</sup>.

## **.B.2. Les normes françaises**

Ces normes supranationales sont complétées, de façon éparse, par quelques dispositions insérées dans le code du travail.

**.B.2.1. Il n'existe pas en effet dans le code du travail, contrairement au salarié expatrié<sup>190</sup>, de disposition spécifique** relative au contrat de travail et au statut du salarié impatrié, hormis l'article L.1262-1 2° qui reprend, au titre de la transposition, les termes de la directive du 16 décembre 1996.

Ce n'est que de façon indirecte, circonscrite et très ciblée que le 5° de l'article R.5221-30 du code du travail évoque une partie de cette catégorie de salarié, dénommé salarié détaché (mobile) ICT en référence à la directive du 15 mai 2014 (*voir supra .B.1.3.*) et à l'article L.313-24 du CESEDA, pour rappeler les conditions de délivrance de son autorisation de travail, lorsqu'il est ressortissant d'un Etat tiers. L'article L.313-24 du CESEDA prévoit en effet la délivrance d'une carte de séjour temporaire, valant autorisation de travail, et portant cette mention spécifique, au salarié étranger qui vient occuper un poste d'encadrement supérieur ou apporter une expertise dans un établissement ou une entreprise du groupe qui l'emploie, ce qui caractérise toujours le même profil professionnel de haut niveau, bien identifié, conforme à l'esprit originel de la mobilité internationale.

**.B.2.2. On peut aussi se référer à l'article L.8241-2 du code du travail, issu de la loi Cherpion du 28 juillet 2011<sup>191</sup>**, qui fixe les conditions du prêt de main-d'œuvre licite sans but lucratif, entre deux entreprises. Mais cette disposition, qui n'a pas été conçue assurément pour traiter et gérer la mobilité internationale intragroupe du salarié vers la France, sera sans doute vaine d'application si le juge considère que toutes les conditions posées par cet article sont substantielles et doivent être réunies pour déroger à l'interdiction d'ordre public de principe du prêt de main-d'œuvre à but lucratif posée par le législateur en 1973<sup>192</sup>. En effet, l'article L.8241-2 du code du travail exige préalablement la consultation du comité d'entreprise ou, à défaut des délégués du personnel, avant la mise en œuvre du prêt de main-d'œuvre ; le CHSCT

<sup>185</sup> Entre trois et douze mois.

<sup>186</sup> Trois ans au plus.

<sup>187</sup> Règlement (CE) n°883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 et règlement (CE) n° 987/2009 du 16 septembre 2009.

<sup>188</sup> Voir le site du CLEISS.

<sup>189</sup> En application de l'article L.111-2-2 du code de la sécurité sociale.

<sup>190</sup> Article L.1231-5 du code du travail.

<sup>191</sup> Loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 relative au développement de l'alternance et à la sécurisation des parcours professionnels.

<sup>192</sup> Loi n° 73-608 du 6 juillet 1973 relative à la répression des trafics de main-d'œuvre.



doit être informé a posteriori. Or, ces institutions, par nature, n'existent pas en tant que telles dans l'entreprise d'envoi du groupe, établie hors de France.

**.B.2.3.** Enfin, le salarié en mobilité internationale intragroupe relève en principe des articles du code du travail qui précisent que le salarié mis à disposition peut être électeur et éligible dans l'entreprise utilisatrice<sup>193</sup>.

Ce cadre juridique, supranational ou de droit français, reste cependant muet sur plusieurs sujets, et notamment sur la question centrale du transfert et de l'exercice de la subordination juridique à l'occasion et pendant la mobilité du salarié dans l'entreprise d'accueil en France.

### **.C. Quelles sont les conditions de la mobilité internationale intragroupe ?**

Historiquement, la mobilité intragroupe visait exclusivement un cadre de haut niveau, pour une opération de mutation individuelle et personnalisée, assortie d'une rémunération (très) élevée et complétée par de nombreux avantages sociaux et fiscaux, pour lui-même et sa famille accompagnante.

Mais le silence ou la discrétion des textes, de plus en plus connus et appréciés des entreprises, les a conduits au fil du temps à des pratiques de gestion transnationale de la main-d'œuvre très éloignées de ce modèle historique.

#### **.C.1. La qualification du salarié en mobilité**

Si le salarié n'est pas un ressortissant d'un Etat tiers à qui s'applique la directive du 15 mai 2014 (*voir supra B.1.3.*) ou l'article R.5221-30 du code du travail (*voir supra B.2.1.*), le salarié en mobilité peut avoir n'importe quelle qualification, y compris pour réaliser de simples travaux d'exécution ou de manutention. A l'origine, la mobilité internationale intragroupe s'adressait à des cadres ou des experts sélectionnés ; mais cette pratique de gestion, ciblée et raisonnée des ressources humaines haut de gamme, n'a aucun caractère obligatoire.

#### **.C.2. L'antériorité d'emploi du salarié dans le groupe avant sa mobilité**

L'article L.1261-3 du code du travail stipule que le salarié détaché en mobilité intragroupe doit travailler habituellement pour l'entreprise établie à l'étranger, sans autre précision. La directive du 15 mai 2014 (*voir supra B.1.3.*) fixe un délai minimal entre 3 et 12 mois, mais qui ne s'applique qu'au ressortissant d'un Etat tiers travaillant hors de l'Union européenne.

#### **.C.3. Le nombre et le pourcentage de salariés en mobilité**

Historiquement, la mobilité internationale intragroupe du salarié s'est faite de façon individuelle, jamais groupée ou collective. Mais aucune limite n'est fixée par les textes. Une entreprise d'accueil peut donc recevoir simultanément plusieurs salariés en mobilité, de façon durable et répétée. Il n'existe pas davantage de limite (ratio, pourcentage) à l'accueil de salariés en mobilité par rapport à l'effectif permanent.

#### **.C.4. La durée de la mobilité du salarié**

---

<sup>193</sup> Articles L. 2314-18-1 et L. 2324-17-1 du code du travail.

A priori, on peut considérer que la mobilité du salarié est temporaire, mais aucun texte n'en fixe le terme qui est laissé à l'appréciation des entreprises, en fonction de leurs propres critères.

#### **.D. Quel statut pour le salarié en mobilité : détachement ou emploi direct ?**

**.D.1. En théorie, le groupe a le libre choix du statut** du salarié en mobilité internationale intragroupe ; il peut venir travailler en France sous le statut de détaché (puisque les textes le prévoient) ou être embauché directement (et temporairement) par l'entreprise qui l'accueille. On constate aujourd'hui que le choix des entreprises se porte quasi exclusivement sur le statut du détachement. Ce choix n'est pas anodin et présente au moins un gros avantage pour le groupe qui ne verse pas ainsi les cotisations sociales en France<sup>194</sup>.

**.D.2. En réalité, le choix du groupe est très limité** car la quasi-totalité des mobilités internationales intragroupes, qu'elles soient individuelles ou collectives, correspondent à de la mise à disposition de personnel, avec donc transfert de la subordination juridique vers l'entreprise d'accueil qui devient *de facto* son employeur ; de surcroît, c'est l'entreprise d'accueil qui lui fournit bien entendu son travail. Seul le salarié venant en France pour réaliser un travail en toute autonomie, en « free lance »<sup>195</sup>, et qui rapporte uniquement à l'entreprise étrangère peut s'inscrire juridiquement dans le détachement.

Tel est le sens de la décision de référence de la CJUE dans l'affaire C-610/8 du 16 juillet 2020 AFMB :

<https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/determination-de-l-employeur-reel-du-salarie-en-mobilite-transnationale>

Cette décision de la CJUE ne fait que confirmer la jurisprudence française sur la détermination de l'employeur effectif du salarié.

Dans ces conditions, la mobilité internationale intragroupe du salarié doit donc s'effectuer en principe sous le régime de l'emploi direct par l'entreprise française. La mobilité intragroupe qui utilise systématiquement le détachement enfreint la législation sociale (*voir infra p.234*). Cette analyse est d'autant plus essentielle qu'aucun texte ne fixe la durée maximum de la mobilité internationale intragroupe du salarié sur le territoire français.

#### **.E. Quel est le droit social applicable au salarié en mobilité internationale intragroupe ?**

**.E.1.** Le salarié en mobilité qui se fait embaucher par l'entreprise d'accueil en France bénéficie de la législation du travail et de la protection sociale françaises. L'entreprise d'accueil devient son employeur de droit.

En application de la Convention de Rome<sup>196</sup>, l'entreprise et le salarié peuvent convenir qu'une autre législation du travail que la législation française s'applique, mais ce choix n'exonère pas l'entreprise de ses obligations administratives (DPAE, RUP, BP etc), ni du respect des lois de police ou des lois impératives (santé, sécurité, travail illégal, durée du travail, repos, congés

<sup>194</sup> Lors d'un contrôle, le salarié détaché en mobilité internationale intragroupe sera toujours muni d'un certificat de détachement (qui sera présenté sans délai) pour justifier le non paiement des cotisations sociales en France.

<sup>195</sup> Par exemple, un cadre supérieur venant faire un audit ou un contrôle de gestion.

<sup>196</sup> *Voir pages 38, 94,97 et 99.*

etc), ce qui au final a peu d'impact sur ce qui est l'objet premier du contrôle effectué par les agents habilités.

**.E.2.** Le salarié en mobilité qui vient travailler en France sous le régime du détachement, lorsqu'il est juridiquement fondé, bénéficie des mêmes dispositions de la législation du travail que le salarié détaché dans le cadre d'une prestation de services internationale. Son employeur applique toute la législation relative au détachement, depuis la déclaration de détachement, la désignation du représentant de l'entreprise, les dispositions relatives à la prévention des risques professionnels, le respect de la durée du travail, les autorisations de travail, l'adhésion à la caisse des congés payés etc.

En matière de protection sociale, aucune cotisation ne sera due en France par son employeur, l'entreprise étrangère, si le salarié possède un certificat de détachement. Dans le cas contraire, son employeur, l'entreprise étrangère, devra s'immatriculer, l'immatriculer et verser les cotisations sociales au guichet unique compétent (*voir supra p.83 et suivantes*).

#### **.F. Quelles sont les sanctions applicables à l'entreprise qui emploie un salarié en mobilité internationale intragroupe<sup>197</sup> ?**

Si le salarié en mobilité est embauché par l'entreprise d'accueil française (ce qui doit être la norme), celle-ci s'expose à toutes les sanctions de droit commun relatives à l'emploi d'un salarié, si un manquement à la législation sociale est avéré.

Si le salarié en mobilité travaille à juste titre sous le régime du détachement, l'entreprise étrangère, qui reste son employeur pendant sa mobilité, s'expose en principe aux sanctions relatives à l'entreprise étrangère qui détache un salarié dans le cadre d'une prestation de services internationale en cas de manquement à la législation sociale applicable (*voir supra p.89 et suivantes*).

Il existe cependant des exceptions à ce principe d'application équivalente des sanctions prévues à l'encontre d'une entreprise étrangère qui effectue une PSI en France :

⇒ la suspension administrative « d'activité » de l'entreprise étrangère mentionnée à l'article L.1263-4-1 du code du travail pour défaut de déclaration de détachement (*voir supra p.89*) n'est pas applicable à celle qui détache un salarié en mobilité internationale intragroupe puisque cette opération de transfert de l'exécution du contrat de travail n'est pas une prestation de services,

⇒ la suspension administrative « d'activité » de l'entreprise étrangère mentionnée aux articles L.1263-3 et L.1263-4 du code du travail pour non-respect de certaines dispositions législatives (*voir supra p.90*) n'est pas applicable à celle qui détache un salarié en mobilité internationale intragroupe puisque cette opération de transfert de l'exécution du contrat de travail n'est pas une prestation de services,

⇒ l'amende administrative, créée par la loi Macron<sup>198</sup>, prononcée par le Direccte ou le Dieccte, pour défaut de présentation à l'inspection du travail sur le lieu de la prestation de documents traduits en français permettant de vérifier que les dispositions du Titre VI du Livre II de la première partie du code du travail relatives aux entreprises étrangères sont respectées

<sup>197</sup> Les sanctions à la fraude à la mobilité intragroupe sont examinées *infra p.234*.

<sup>198</sup> Article 280 III 1° de la loi Macron.

n'est pas applicable, puisque la mobilité internationale intragroupe n'est pas une prestation au sens de l'article L.1263-7 du code du travail (*voir supra p.65 et p.90*).

Sur ce sujet, voir également l'article de l'auteur publié sur son site :

<https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/le-point-sur-la-mobilite-internationale-intragroupe-du-salarie>

### **.III-E. UNE ENTREPRISE ETRANGERE PEUT-ELLE EMBAUCHER UN SALARIE EN FRANCE ?**

**.A.** Aucun texte n'interdit à une entreprise étrangère d'embaucher un salarié sur le territoire français. Le principe de la liberté contractuelle s'opposerait à une telle interdiction. Cette interdiction d'embauche pourrait même être considérée comme une entrave indirecte à la prestation de services internationale, dès lors que cette embauche est nécessaire pour mener à bien cette prestation.

L'embauche d'un salarié en France peut se justifier, par exemple, par la nécessité de disposer d'une personne maîtrisant deux ou plusieurs langues, dont le français (cas d'un interprète ou d'un traducteur) ou par le remplacement inopiné d'un salarié détaché, possédant une qualification professionnelle spécifique, subitement indisponible à la suite d'un décès, d'un accident ou d'une maladie.

Certes l'article L.1262-3 du code du travail considère, à juste titre, que l'entreprise étrangère qui embauche en France ne peut se prévaloir des dispositions sur le détachement, mais pour autant cette disposition, qui exclut légitimement l'application des règles relatives au détachement, ne vaut pas interdiction de recrutement en France. D'ailleurs, cette interdiction d'embauche ne ressortirait nullement, ni expressément, ni implicitement, de la directive de 96.

De surcroît, à supposer que soit admise l'interdiction d'embaucher en France, on voit mal quelles seraient les conséquences civiles, les incriminations pénales et les sanctions, dès lors que l'entreprise étrangère recrute dans le respect de la loi française.

En effet, cette embauche locale en France se fait nécessairement sous le régime du droit social français (droit du travail et protection sociale) dans sa plénitude, sous contrat de travail à durée déterminée, et à ses conditions.

**.B.** Le salarié embauché en France ne remplit pas les conditions pour être considéré comme salarié détaché parce que sa relation de travail avec l'entreprise étrangère se crée en France et n'existait pas préalablement.

Il en résulte que l'entreprise étrangère devra se déclarer, le déclarer au guichet unique (Urssaf de Strasbourg, Urssaf des Alpes Maritimes, Urssaf du Gard ou MSA d'Alsace) et y payer les cotisations sociales. La déclaration unique d'embauche (DUE) incluant la DPAAE, est obligatoire, ainsi que la délivrance de bulletins de paie conformes à l'article R.3243-1 du code du travail<sup>199</sup>.

---

<sup>199</sup> Pas de registre unique du personnel (RUP) car pas d'établissement en France.

En application de la Convention de Rome<sup>200</sup>, l'entreprise étrangère a la faculté très théorique de soumettre le contrat de travail à durée déterminée de ce salarié à la loi d'un autre Etat. Mais l'entreprise a l'obligation de faire bénéficier le salarié des lois sociales impératives et des lois de police françaises, ainsi que de l'Etat avec lequel l'exécution du contrat de travail présente les liens les plus étroits, ce qui représente l'essentiel des dispositions régissant l'embauche et l'emploi sous contrat de travail à durée déterminée.

.C. Pour autant, les circonstances et les motifs de l'embauche en France méritent d'être examinées avec attention, car ils pourraient, dans certaines situations, conforter ou confirmer l'existence d'une fraude à l'établissement présumée ou confortée par d'autres éléments factuels. Mais dans cette hypothèse, ce qui est frauduleux, ce n'est pas l'embauche en France, mais le cadre juridique d'exercice de l'activité économique de l'entreprise étrangère sur le territoire français qui ne correspond pas à de la prestation de services internationale ou à de la prestation pour compte propre.

.D. Le fait pour une entreprise étrangère d'embaucher en France un salarié dans le cadre d'une prestation de services internationale ou d'une prestation pour compte propre, sans effectuer la DPAE, sans remettre un bulletin de paie ou sans procéder aux déclarations sociales au guichet unique constitue du travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié.

Les autres manquements à la loi (non-respect du SMIC, des règles sur la durée du travail ou sur la santé et la sécurité) sont passibles des mêmes sanctions que celles applicables à une entreprise française.

**Nota**

*Quelques expériences malheureuses plaident pour la plus grande prudence lors du recrutement et de l'emploi d'un salarié en France par une entreprise étrangère.*

*Ainsi, à plusieurs reprises, des salariés recrutés, par voie d'annonces ou de Pôle Emploi, par des entreprises étrangères à l'occasion de salons ou de foires expositions, pour des emplois d'interprète ou de traducteur, ont été victimes d'entreprises étrangères qui sont reparties en s'affranchissant de la quasi-totalité de leurs obligations sociales, notamment en termes de paiement ou de niveau de salaire, de versement de cotisations en France et de délivrance de l'attestation employeur pour l'inscription à Pôle Emploi .*

---

<sup>200</sup> Voir pages 24, 54, 58 et 59.

## **2<sup>ème</sup> partie**

### **QUELQUES ACTIVITES ET PROFESSIONS REGLEMENTEES**

**.I. L'entreprise de travail temporaire 113**

**.II. L'agence de mannequins 119**

**.III. Le producteur de spectacles vivants ou enregistrés 125**

**.IV. Le transport routier de marchandises 134**

**.V. Les présomptions de salariat 141**

## **.I. L'ENTREPRISE DE TRAVAIL TEMPORAIRE**

Une entreprise de travail temporaire établie hors de France, y compris dans un Etat tiers, peut prester librement sur le territoire français et détacher un ou plusieurs salariés intérimaires, auprès d'une entreprise établie en France ou d'une entreprise non établie en France qui intervient sur le territoire français, au titre de la prestation de services ou d'une prestation pour son propre compte.

Pour autant, cette libre prestation de services s'inscrit dans un double cadre juridique, d'une part celui relatif à toute prestation de services et à tout détachement de salarié sur le territoire français et d'autre part celui spécifique relatif à l'activité réglementée du travail temporaire en France.

Ni la directive du 28 juin 2018, ni les 1<sup>er</sup> et 2 de l'ordonnance Travail du 20 février 2019, ni le 3<sup>o</sup> II de l'article 1<sup>er</sup> du décret du 28 juillet 2020 n'ont apporté de modification au cadre juridique dans lequel une entreprise de travail temporaire établie hors de France peut prester et détacher des salariés intérimaires sur le territoire français depuis le décret du 11 juillet 1994.

### **.A. Quel est le cadre juridique de la prestation de services pour une entreprise de travail temporaire étrangère?**

#### **.A.1 Les conditions préalables**

L'entreprise qui détache un ou des salariés intérimaires en France en se réclamant de la prestation de services internationale doit remplir toutes les conditions suivantes :

- ⇒ justifier qu'elle est juridiquement constituée hors de France,
- ⇒ justifier que son objet social est celui d'une entreprise de travail temporaire juridiquement reconnue comme telle dans l'Etat où elle est établie. Ce qui signifie qu'elle doit notamment justifier d'une licence ou d'un agrément lorsqu'il est obligatoire dans cet Etat<sup>201</sup>. Il existe en effet des entreprises qui proposent de la main-d'œuvre sans avoir le statut d'ETT.
- ⇒ exercer de façon normale, substantielle et significative son métier dans l'Etat où elle est établie ; ses clients sont à titre principal des entreprises et des utilisateurs de cet Etat.

Voir également l'article de l'auteur :

<https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/condition-de-validite-de-delivrance-du-certificat-de-detachement-notion-d-activites-substantielles-de-l-employeur-dans-son-etat-de-domiciliation>

- ⇒ exercer en France une activité temporaire ; ne pas exercer son activité en France de façon stable et continue. Chaque contrat de mise à disposition, qui est un contrat commercial, correspond à une prestation de services ; la répétition et la concomitance de ces contrats, fussent pour le même client, ne caractérisent pas la prestation de services.

---

<sup>201</sup> Autriche, Allemagne, Belgique, Espagne, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Luxembourg, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Slovaquie, Slovénie et Suède (état des lieux en 2014).



⇒ ne pas faire de publicité ou de recherche de clientèle en France, tel un site internet en langue française,

⇒ ne pas avoir d'infrastructure en France, tel un correspondant permanent, interface avec les clients.

## **.A.2. Les conditions d'exercice de la prestation de services en France**

### **.A.2.1. Les conditions propres au détachement**

⇒ la déclaration de détachement,

⇒ la désignation du représentant en France de l'entreprise de travail temporaire.

L'entreprise de travail temporaire n'est pas tenue de procéder à la déclaration d'accident du travail survenant au salarié intérimaire qu'elle détache auprès d'un utilisateur. En application de l'article L.1262-4-4 du code du travail, cette déclaration incombe à l'entreprise utilisatrice qui a la qualité de donneur d'ordre à l'égard de l'entreprise de travail temporaire (**voir infra p.190 et suivantes**).

⇒ la couverture sociale du salarié détaché, soit par une déclaration de l'ETT au guichet unique (CNFE Strasbourg, Urssaf des Alpes Maritimes, Urssaf du Gard ou MSA d'Alsace), avec paiement des cotisations sociales, soit par un certificat de détachement.

Par ailleurs, le salarié détaché en qualité d'intérimaire doit travailler habituellement et normalement dans l'Etat ou l'ETT qui le détache. Cette condition est fondamentale.

### **.A.2.2. Les conditions propres au travail temporaire**

L'entreprise de travail temporaire établie hors de France doit se comporter comme une entreprise de travail temporaire française et respecter chaque disposition de forme et de fond de la loi française sur l'intérim.

Seules sont exclues les dispositions qui ne peuvent pas s'appliquer à un salarié intérimaire parce qu'il est embauché sous contrat de travail à durée indéterminée par une entreprise de travail temporaire établie hors de France<sup>202</sup>.

Sous cette réserve (mineure), l'obligation de respecter l'intégralité de la loi française sur le travail temporaire résulte clairement du 4° de l'article L.1262-4 du code du travail. La loi Travail a cependant jugé nécessaire de rappeler cette obligation par un ajout (redondant) dans l'article L.1262-2 du code du travail<sup>203</sup>.

En toute logique, cet ajout aurait dû être également inséré dans le code du travail pour l'agence de mannequins établie hors de France, ce qui n'a pas été effectué par la loi Travail, alors qu'une agence de mannequins fonctionne sur les principes et les modalités du travail temporaire.

<sup>202</sup> Dans certains Etats, l'embauche d'un intérimaire peut s'effectuer sous CDI.

<sup>203</sup> Cet ajout peut également conduire à s'interroger sur le droit antérieurement applicable à l'ETT étrangère.

**Nota sur la garantie financière.**

*Deux conditions sont fixées par le code du travail :*

*.1. la garantie financière doit exister. Elle est fournie par un organisme français ou de l'Etat d'établissement\* ou par un organisme situé dans un autre Etat. Elle n'est pas nécessairement du même montant que celui prévu pour les ETT françaises.*

*.2. quel que soit son montant, la garantie financière doit cependant offrir au salarié intérimaire détaché et à la sécurité sociale strictement les mêmes droits et garanties que ceux offerts par la garantie française (cf article L.1251-49 du code du travail) ; elle doit, par exemple, garantir le paiement de la totalité des rémunérations françaises dues au salarié, sans limitation de montant ou d'antériorité de période de travail.*

*A cet effet, l'ETT produit une attestation explicite et non équivoque de l'organisme garant mentionnant que la garantie financière couvre les rémunérations dues au titre de la législation du travail française sur le travail temporaire, ainsi que les cotisations et contributions sociales dues en France (cf article R.1263-8 du code du travail).*

*A défaut de cette mention explicite et non équivoque, la garantie financière n'est pas valable ; la prestation de services et le détachement sont illégaux (marchandage, prêt illicite de main-d'œuvre voir **infra p.208 et suivante**).*

*La fourniture, soit par l'ETT, soit par l'entreprise utilisatrice, puis la lecture du contrat d'engagement de caution (traduit en français) signé avec l'organisme garant permet au juge de vérifier le respect du principe d'équivalence des droits prévu par le code du travail.*

*\*La garantie financière pour ETT existe dans les Etats suivants : Autriche, Belgique, Espagne, Grèce, Italie, Luxembourg, Norvège, Portugal, Roumanie et Slovaquie (état 2014).*

**.B. Quelles sont les sanctions contre l'entreprise de travail temporaire établie hors de France ?<sup>204</sup>**

L'entreprise de travail temporaire établie hors de France qui effectue une vraie prestation de services et un vrai détachement de salarié s'expose cependant aux sanctions suivantes.

**.B.1. Les sanctions qui lui sont spécifiques en qualité d'entreprise étrangère**

⇒ l'amende administrative prononcée par le Direccte ou le Dieccte pour défaut de déclaration de détachement du ou des salariés intérimaires<sup>205</sup>. Mais attention, grande fragilité juridique de cette pénalité financière (**voir supra p.56 et 89**).

⇒ la suspension de son activité pendant un mois maximum par le Direccte ou le Dieccte, si la déclaration de détachement n'a pas été adressée à l'inspection du travail dans les 48h.

<sup>204</sup> Le cas de l'ETT qui fraude à la prestation de services et au détachement est examiné p.188 et suivantes.

<sup>205</sup> Le 2° de l'article 2 du décret du 4 juin 2019 d'application de la loi Avenir professionnel précise que le délai de prescription de l'action en recouvrement de l'amende administrative est de cinq ans à compter de la date de notification du titre de perception.

du détachement par l'entreprise de travail temporaire ou le donneur d'ordre utilisateur du salarié intérimaire détaché (**voir supra p.56 et 89**),

⇒ l'amende administrative<sup>206</sup>, créée par l'ordonnance Travail du 20 février 2019<sup>207</sup>, prononcée par le Direccte ou le Dieccte, pour défaut de déclaration à l'autorité administrative de la prolongation du détachement au-delà de douze mois ou de la non application des règles du droit commun du code du travail au-delà de ce délai (**voir supra p.53 et 89**),

⇒ l'amende administrative prononcée par le Direccte ou le Dieccte pour défaut de désignation d'un représentant en France de l'ETT étrangère, intégrée dans la déclaration de détachement. Mais attention, grande fragilité juridique de cette pénalité financière (**voir supra p.64 et 90**).

⇒ l'amende administrative, créée par la loi Macron, prononcée par le Direccte ou le Dieccte, pour défaut de présentation à l'inspection du travail sur le lieu de la prestation, c'est-à-dire sur le lieu de travail du salarié intérimaire détaché, de documents traduits en français permettant de vérifier que les dispositions du Titre VI du Livre II de la première partie du code du travail relatives aux entreprises étrangères sont respectées (**voir supra p.70 et 90**),

⇒ la suspension d'activité prononcée par le Direccte ou le Dieccte, si certaines dispositions du code du travail ne sont pas respectées ou si l'hébergement des salariés intérimaires détachés est indigne (**voir supra p.90 et suivantes**),

⇒ l'interdiction préventive de prester sur le territoire français pendant une durée maximum de deux mois, pour non paiement d'une amende administrative (**voir supra p.93**),

⇒ la pénalité civile créée par l'article 27 de la loi du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017, codifiée dans le code de la sécurité sociale à l'article L.114-15-1, qui prévoit que le certificat de détachement dont est titulaire travailleur salarié ou non salarié détaché doit être présenté, lorsque ce document est obligatoire, aux agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé, par celui-ci, par son employeur ou son représentant, ou par le donneur d'ordre du travailleur indépendant prestataire ou de l'employeur.

Ce document est produit, soit lors du contrôle, soit dans les deux mois qui suivent celui-ci lorsqu'un justificatif de demande de ce formulaire est produit lors du contrôle.

Le défaut de présentation du certificat de détachement, lorsqu'il est obligatoire, est passible d'une pénalité civile due par le donneur d'ordre, c'est-à-dire l'utilisateur. Le montant de cette pénalité est de 3428 euros (plafond mensuel de la sécurité sociale 2021) par travailleur salarié ou non salarié (**voir infra p.185 et suivantes**).

La pénalité civile prévue par l'article L.114-15-1 du code de la sécurité sociale ne doit pas occulter l'existence de l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié par défaut de déclaration sociale, qui est le manquement le plus significatif d'un défaut de

<sup>206</sup> 4 000 euros au plus par salarié, portés à 8 000 euros au plus si réitération dans les deux ans qui suit, et dans la limite de 500 000 euros.

<sup>207</sup> Article 4 de l'ordonnance Travail, codifié à l'article L.1264-1 du code du travail ; à compter du 30 juillet 2020.

présentation d'un certificat de détachement, lorsque, par ailleurs, l'employeur du salarié détaché se s'est pas immatriculé auprès du guichet unique compétent (**voir infra B.2.2.**).

## **.B.2. Les sanctions de droit commun**

Il s'agit des sanctions qui s'appliquent également à l'entreprise française qui emploie un ou des salariés.

### **.B.2.1. Les sanctions qui ne relèvent pas du travail illégal**

L'entreprise de travail temporaire étrangère qui ne respecte pas les dispositions du code du travail qui lui sont applicables en raison de cette activité en France commet les mêmes infractions et encourt les mêmes sanctions qu'une entreprise de travail temporaire française.

Il existe cependant une exception notable (et incompréhensible au titre de la lutte contre le dumping social) concernant la non délivrance ou la délivrance d'un bulletin de paie *sui generis* ou équivalent incomplet à un salarié détaché. En effet, l'article R.1263-1 II 3° et 4° du code du travail qui prévoit la délivrance de ce bulletin de paie spécifique n'est assorti d'aucune sanction pénale.

### **.B.2.2. Les sanctions qui relèvent du travail illégal<sup>208</sup>**

**.B.2.2.1.** La jurisprudence permet de considérer depuis 1983<sup>209</sup> que la violation des dispositions du code du travail relatives au travail temporaire constitue également du marchandage et du prêt illicite de main-d'œuvre. Une ETT étrangère qui, par exemple, ne justifie pas d'une garantie financière ou qui ne rédige pas des contrats de travail ou de mise à disposition conformes au code du travail, peut être mises en cause pour la commission de ces deux infractions<sup>210</sup>.

#### **.B.2.2.2. D'autres sanctions relatives au travail illégal sont possibles:**

⇒ travail dissimulé par défaut de déclaration sociale, dès lors qu'un salarié intérimaire détaché n'est pas couvert par un certificat de détachement ou que l'entreprise de travail temporaire étrangère ne s'est pas déclarée et immatriculée auprès du guichet unique (CNFE de Strasbourg, Urssaf des Alpes Maritimes, Urssaf du Gard ou MSA d'Alsace),

⇒ travail dissimulé par défaut de déclaration sociale, dès lors qu'un salarié intérimaire détaché par une entreprise de travail temporaire établie dans un Etat signataire d'une convention bilatérale de sécurité sociale est couvert par un certificat de détachement, mais sans effectuer les déclarations sociales auprès de Pôle Emploi pour payer à cet organisme les cotisations qui lui sont dues,

<sup>208</sup> Voir également le «Mode d'emploi pour le contrôle du travail dissimulé» :

[https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_travail\\_dissimule\\_v2\\_diffusion.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_travail_dissimule_v2_diffusion.pdf)

et le « Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi du salarié étranger sans titre de travail » du même auteur :

[https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_controle\\_emploi\\_illegal\\_salarie\\_etranger\\_sans\\_titre\\_1ere](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_controle_emploi_illegal_salarie_etranger_sans_titre_1ere)

<sup>209</sup> Cass. crim. n° 82-91726 du 22 mars 1983.

<sup>210</sup> Ce qui permet de mettre en cause l'entreprise utilisatrice française (**voir infra p.208 et suivantes**).

- ⇒ travail dissimulé par défaut de remise de bulletin de paie ou d'un document équivalent,
- ⇒ travail dissimulé par dissimulation d'heures de travail,

**Nota**

*La loi Travail a comblé un vide juridique datant de 9 ans<sup>211</sup> qui interdisait depuis 2007 de relever à l'encontre de l'entreprise étrangère le délit de défaut de remise de bulletin de paie ou de dissimulation d'heures de travail et contre le donneur d'ordre le délit de recours à travail dissimulé par défaut de remise de bulletin de paie ou de dissimulation d'heures de travail. La loi Travail a rectifié la rédaction du 2<sup>e</sup> alinéa de l'article L.8221-5 du code du travail, en supprimant la référence à l'article L.3243-2 du code du travail et en introduisant la notion de document équivalent (au bulletin de paie). Ces deux infractions sont désormais restaurées.*

- ⇒ emploi d'un salarié intérimaire étranger démuné de titre de travail,
- ⇒ paiement à l'OFII de la contribution spéciale et/ou de la contribution forfaitaire pour emploi d'un salarié intérimaire étranger démuné de titre de travail (et/ou de séjour),
- ⇒ arrêt temporaire de l'activité économique sur le territoire français par décision préfectorale pendant une durée ne pouvant excéder trois mois, alors même qu'elle est exercée, par nature, sur un lieu différent du siège social ou de l'établissement (**voir supra p.98**),
- ⇒ paiement des cotisations de sécurité sociale éludées sur une base forfaitaire de six mois de travail, sauf preuve d'une moindre antériorité d'emploi du salarié intérimaire détaché sur le territoire français.

**.B.2.3. Les autres sanctions en lien avec le détachement du ou des salariés intérimaires**

- ⇒ non déclaration d'un hébergement collectif en préfecture ou à l'inspection du travail<sup>212</sup>. L'entreprise de travail temporaire dispose de trente jours pour procéder à cette déclaration, à compter de l'ouverture de l'hébergement (loi du 27 juin 1973 modifiée),
- ⇒ tenue d'un hébergement (collectif ou non) non conforme aux prescriptions du code du travail ou du code rural; seule la sanction pénale est applicable, à l'exclusion de l'amende administrative créée par l'article 5 de l'ordonnance du 7 avril 2016<sup>213</sup>, codifié aux articles L.8115-1 et suivants du code du travail, compte tenu de l'articulation entre les articles R.8115-1 et R.8115-5 du code du travail,

<sup>211</sup> Par amendement parlementaire. Cf le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères » 1<sup>ère</sup> édition Septembre 2015. Propositions pour améliorer le dispositif juridique p.174, du même auteur.

<sup>212</sup> Nouveauté introduite par l'article 280 V de la loi Macron.

<sup>213</sup> Ordonnance n° 2016-413 du 7 avril 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail ; de façon plus générale ; l'article 5 s'applique dans son intégralité à l'entreprise étrangère.

⇒ conditions de travail ou d'hébergement du salarié intérimaire incompatibles avec la dignité humaine (articles 225-13 et 225-14 du code pénal) ; la Cour de cassation considère que l'hébergement indigne n'est pas nécessairement un hébergement qui est exploité en violation des normes législatives ou réglementaires ; il peut s'agir d'un hébergement objectivement indécents<sup>214</sup>.

⇒ travail forcé ou en servitude du salarié intérimaire (articles 225-14-1 et 225-14-2 du code pénal).

### **Nota**

*D'autres infractions, moins usuelles, sont susceptibles d'être constatées, en fonction des caractéristiques de la fraude.*

*Ainsi, les responsables d'une entreprise française ont été condamnés<sup>215</sup> pour travail dissimulé par dissimulation d'activité, en l'espèce exercice d'une activité d'entreprise de travail temporaire occulte, et publicité en faveur du travail dissimulé pour avoir mis à la disposition d'exploitants agricoles français des salariés intérimaires roumains détachés qu'ils se procuraient auprès d'entreprises de travail temporaire roumaines.*

## **.II. L'AGENCE DE MANNEQUINS<sup>216</sup>**

Contrairement à l'entreprise de travail temporaire, seule l'agence de mannequins établie dans un autre Etat de l'UE ou dans l'EEE a le droit de prester en France et de détacher un mannequin, en application de l'article L.7123-11 alinéa 3 du code du travail. L'agence de mannequins établie en Suisse, ou dans un Etat tiers, ne peut pas détacher de mannequins en France. Elle doit créer un établissement pour y exercer son activité.

Lorsqu'une agence de mannequins preste en France, le mannequin détaché a nécessairement le statut de salarié puisqu'il est placé par une agence qui le fait travailler dans le cadre de la présomption de salariat posée par l'article L.7123-3 du code du travail.

### **.A. Quel est le cadre juridique de la prestation de services effectuée par une agence de mannequins?**

#### **.A.1. Les conditions préalables**

L'agence de mannequins qui détache un ou des salariés en France, en se réclamant de la prestation de services internationale, doit remplir toutes les conditions suivantes :

⇒ justifier qu'elle est juridiquement constituée dans un autre Etat de l'UE ou de l'EEE,

<sup>214</sup> Cass. crim. n° 14-80041 du 22 juin 2016 ABL.

<sup>215</sup> Cass. crim. n° 16-87712 du 23 janvier 2018 SNC DISTILLERIE X.

<sup>216</sup> Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi des mannequins » 1<sup>ère</sup> édition Mars 2017, du même auteur : [https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_mannequins.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_mannequins.pdf)

⇒ justifier que son objet social est celui d'une agence de mannequins juridiquement reconnue comme telle dans l'Etat où elle est établie. Il existe en effet des entreprises qui proposent des mannequins sans avoir le statut d'agence de mannequins.

⇒ exercer de façon normale, substantielle et significative son métier dans l'Etat où elle est établie ; ses clients sont à titre principal des utilisateurs de cet Etat.

Voir également l'article de l'auteur :

<https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/condition-de-validite-de-delivrance-du-certificat-de-detachement-notion-d-activites-substantielles-de-l-employeur-dans-son-etat-de-domiciliation>

⇒ exercer en France une activité temporaire ; ne pas exercer son activité en France de façon stable et continue. Chaque contrat de mise à disposition de mannequin est un contrat commercial et correspond à une prestation de services ; la répétition et la concomitance de ces contrats, fussent pour le même client, ne caractérisent pas la prestation de services.

⇒ ne pas faire de publicité ou de recherche de clientèle en France, tel un site internet en langue française,

⇒ ne pas avoir d'infrastructure en France, tel un correspondant permanent, interface avec les clients.

## **.A.2. Les conditions d'exercice de la prestation de services en France**

### **.A.2.1. Les conditions propres au détachement**

⇒ la déclaration de détachement,

⇒ la désignation du représentant en France de l'agence de mannequins.

L'agence de mannequins n'est pas tenue de procéder à la déclaration d'accident du travail survenant au mannequin qu'elle détache auprès d'un utilisateur. En application de l'article L.1262-4-4 du code du travail, cette déclaration incombe à l'entreprise utilisatrice qui a la qualité de donneur d'ordre à l'égard de l'agence de mannequins (*voir infra p.190 et suivantes*).

⇒ la couverture sociale du mannequin détaché, soit par une déclaration de l'agence de mannequins au guichet unique (CNFE Strasbourg ou Urssaf des Alpes Maritimes), avec paiement des cotisations sociales, soit par un certificat de détachement.

Par ailleurs, le mannequin détaché en France doit travailler habituellement et normalement dans l'Etat ou l'agence de mannequins qui le détache. Cette condition est fondamentale.

### **.A.2.2. Les conditions propres à la réglementation d'agence de mannequins**

L'agence de mannequins établie dans un Etat de l'UE ou de l'EEE doit se comporter comme une agence de mannequins française et respecter chaque disposition de forme et de fond de la loi française sur la mise à disposition d'un mannequin.

### **.A.2.2.1. Les conditions relatives à l'activité d'agence de mannequins.**

A l'identique d'une agence française, l'agence de mannequins établie dans un autre Etat de l'UE ou dans l'EEE doit notamment justifier d'une garantie financière, délivrée soit par la France, soit par l'Etat d'établissement, soit par tout autre Etat de l'UE ou de l'EEE.

#### ***Nota sur la garantie financière.***

*Deux conditions sont fixées par le code du travail :*

*- la garantie financière doit exister. Elle est fournie par un organisme français, ou de l'Etat d'établissement ou par un organisme situé dans un autre Etat. Elle n'est pas nécessairement du même montant que celui prévu pour les agences de mannequins françaises.*

*- quel que soit son montant, la garantie financière doit cependant offrir au mannequin détaché et à la sécurité sociale strictement les mêmes droits et garanties que ceux offerts par la garantie française (cf article L.7123-19 du code du travail) ; elle doit, par exemple, garantir le paiement de la totalité des rémunérations et droits français dus au mannequin, sans limitation de montant ou d'antériorité de période de travail.*

*A défaut, elle n'est pas valable ; la prestation de services et le détachement sont illégaux (marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre voir p.192 et suivantes).*

*La fourniture, soit par l'agence ou par l'entreprise utilisatrice, puis la lecture du contrat d'engagement de caution (traduit en français) signé avec l'organisme garant permet au juge de vérifier le respect du principe d'équivalence des droits prévu par le code du travail.*

L'agence de mannequins adresse ensuite préalablement à la Direccte ou à la Dirccte du lieu de travail du mannequin une déclaration d'activité temporaire, mentionnant les informations prévues à l'article R.7123-12 du code du travail. Cette déclaration contient en particulier la preuve de l'obtention de la garantie financière. Cette déclaration s'ajoute à la déclaration de détachement de droit commun.

### **.A.2.2.2. Les conditions relatives au statut et à l'emploi du mannequin**

Le mannequin détaché en France par une agence de mannequins établie dans un autre Etat de l'UE ou de l'EEE est nécessairement un salarié, en application de la présomption de salariat posée par l'article L.7123-3 du code du travail. Le fait de recourir à une agence établie hors de France ne permet pas d'éluder la présomption de salariat.

La présomption de salariat implique que le mannequin détaché, lorsqu'il est ressortissant d'un Etat tiers, possède une autorisation de travail délivrée par l'administration française, sauf s'il entre en France pour un séjour professionnel au plus égal à trois mois ou qu'il justifie, pour les séjours d'une durée supérieure, être déjà titulaire d'une telle autorisation pour exercer ce métier, délivrée par l'Etat d'établissement de l'agence de mannequins.



Lorsque le mannequin est un mineur, l'agence de mannequins doit demander une autorisation d'emploi préalable, auprès du préfet de Paris, quel que soit le lieu de travail du mannequin mineur.

L'agence de mannequins étrangère applique la convention collective étendue de la branche.

**Nota**

*L'article L.7123-4-1 du code du travail permet d'écarter la présomption de salariat pour un mannequin qui justifie être établi en tant que travailleur indépendant pour exercer ce métier à titre habituel dans un autre Etat de l'UE ou de l'EEE. Mais cette exception au principe de la présomption ne vaut que pour le mannequin qui vient prester en France, sans passer par une agence ; par ailleurs, elle ne concerne pas le mannequin mineur. Par ailleurs, la Cour de cassation fait une application stricte de cette exception (**voir infra p.142 et suivantes**) pour la présomption de salariat applicable à l'artiste et rédigée dans les mêmes termes).*

**.B. Quelles sont les sanctions contre l'agence de mannequins (établie dans un autre Etat de l'UE ou dans l'EEE) ?**

L'agence de mannequins établie hors de France qui effectue une vraie prestation de services et un vrai détachement de mannequin salarié s'expose cependant aux sanctions suivantes.

**.B.1. Les sanctions qui lui sont spécifiques en qualité d'entreprise étrangère**

⇒ l'amende administrative prononcée par le Direccte ou le Dieccte pour défaut de déclaration de détachement du ou des mannequins<sup>217</sup>. Mais attention, grande fragilité juridique de cette pénalité financière (**voir supra p.56 et 89**).

⇒ la suspension de son activité pendant un mois maximum par le Direccte ou le Dieccte, si la déclaration de détachement n'a pas été adressée à l'inspection du travail dans les 48h. du détachement par l'agence de mannequins ou le donneur d'ordre, utilisateur du mannequin (**voir supra p.56 et 89**),

⇒ l'amende administrative prononcée par le Direccte ou le Dieccte pour défaut de désignation d'un représentant en France de l'agence de mannequins, intégrée dans la déclaration de détachement. Mais attention, grande fragilité juridique de cette pénalité financière (**voir supra p.58 et 89**).

⇒ la sanction pénale pour le délit de défaut de déclaration par l'agence de mannequins à la Direccte ou à la Dieccte de sa prestation de services temporaire en France (**voir supra p.121**),

⇒ l'amende administrative, créée par la loi Macron, prononcée par le Direccte ou le Dieccte, pour défaut de présentation à l'inspection du travail sur le lieu de la prestation du mannequin de documents traduits en français permettant de vérifier que les dispositions du

<sup>217</sup>Le 2° de l'article 2 du décret du 4 juin 2019 d'application de la loi Avenir professionnel précise que le délai de prescription de l'action en recouvrement de l'amende administrative est de cinq ans à compter du de la date de notification du titre de perception.

Titre VI du Livre II de la première partie du code du travail relatives aux entreprises étrangères sont respectées (*voir supra p.70 et 90*),

⇒ la suspension d'activité prononcée par le Direccte ou le Dieccte, si le SMIC ou les minima conventionnels ne sont pas respectés ou pour l'hébergement indigne des mannequins détachés<sup>218</sup> (*voir supra p.90 et suivantes*),

⇒ l'interdiction préventive de prester en France, pendant une durée maximum de deux mois, pour défaut de paiement d'une amende administrative (*voir supra p.93*),

⇒ la pénalité civile créée par l'article 27 de la loi du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017, codifiée dans le code de la sécurité sociale un article L.114-15-1, qui prévoit que le certificat de détachement dont est titulaire un salarié détaché doit être présenté, lorsque ce document est obligatoire, aux agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé, par celui-ci, par son employeur ou son représentant en France ou par le donneur d'ordre, c'est-à-dire l'utilisateur du mannequin.

Ce document est produit, soit lors du contrôle, soit dans les deux mois qui suivent celui-ci lorsqu'un justificatif de demande de ce formulaire est produit lors du contrôle.

Le défaut de présentation du certificat de détachement, lorsqu'il est obligatoire, est passible d'une pénalité civile due par le donneur d'ordre, c'est-à-dire l'utilisateur du mannequin. Le montant de cette pénalité est de 3428 euros (plafond mensuel de la sécurité sociale 2021) par salarié (*voir infra p.185 et suivantes*).

La pénalité civile prévue par l'article L.114-15-1 du code de la sécurité sociale ne doit pas occulter l'existence de l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié par défaut de déclaration sociale, qui est le manquement le plus significatif d'un défaut de présentation d'un certificat de détachement, lorsque, par ailleurs, l'employeur du salarié détaché se n'est pas immatriculé auprès du guichet unique compétent (*voir infra p.124*).

## **.B.2. Les sanctions de droit commun**

Il s'agit des sanctions qui s'appliquent également à l'agence de mannequins française qui emploie un ou des mannequins salariés.

### **.B.2.1. Les sanctions qui ne relèvent pas du travail illégal**

L'agence de mannequins étrangère qui ne respecte pas les dispositions du code du travail qui lui sont applicables en raison de cette activité en France commet les mêmes infractions et encourt les mêmes sanctions qu'une agence de mannequins française, y compris en matière d'emploi de mineur sans autorisation préfectorale.

Il existe cependant une exception notable (et incompréhensible au titre de la lutte contre le dumping social) concernant la non délivrance ou la délivrance d'un bulletin de paie *sui generis* incomplet à un salarié détaché. En effet, l'article R.1263-1 II 3° et 4° du code du travail qui prévoit la délivrance de ce bulletin de paie spécifique n'est assorti d'aucune sanction pénale.

---

<sup>218</sup> Les autres motifs de suspension d'activité en France ne sont pas appropriés au mannequinat.

### .B.2.2. Les sanctions qui relèvent du travail illégal<sup>219</sup>

**.B.2.2.1.** La jurisprudence permet de considérer depuis 1983<sup>220</sup> que la violation des dispositions du code du travail relatives au travail temporaire constitue également du marchandage et du prêt illicite de main-d'œuvre. Bien qu'il n'existe pas de jurisprudence équivalente pour l'activité d'agence de mannequins, on peut légitimement transposer cette analyse à cette activité, car il s'agit dans les deux cas de mise à disposition illégale de salarié. C'est ce qui résulte également de la lecture a contrario de l'article L.7123-14 du code du travail<sup>221</sup>. Le fait, par exemple, pour une agence de mannequins de prêter en France sans garantie financière peut être qualifié de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre.

**.B.2.2.2.** D'autres sanctions relatives au travail illégal sont possibles:

⇒ travail dissimulé par défaut de déclaration sociale, dès lors que le mannequin détaché n'est pas couvert par un certificat de détachement ou que l'agence de mannequins étrangère ne s'est pas déclarée et immatriculée auprès du guichet unique (CNFE de Strasbourg ou Urssaf des Alpes Maritimes),

⇒ travail dissimulé par défaut de remise d'un bulletin de paie ou d'un document équivalent,

⇒ travail dissimulé par dissimulation d'heures de travail,

#### **Nota**

*La loi Travail a comblé un vide juridique datant de 9 ans<sup>222</sup> qui interdisait depuis 2007 de relever à l'encontre de l'entreprise étrangère le délit de défaut de remise de bulletin de paie ou de dissimulation d'heures de travail et contre le donneur d'ordre le délit de recours à travail dissimulé par défaut de remise de bulletin de paie ou de dissimulation d'heures de travail. La loi Travail a rectifié la rédaction du 2<sup>ème</sup> alinéa de l'article L.8221-5 du code du travail, en supprimant la référence à l'article L.3243-2 du code du travail et en introduisant la notion de document équivalent (au bulletin de paie). Ces deux infractions sont désormais restaurées.*

⇒ emploi d'un mannequin étranger démuné de titre de travail,

⇒ paiement à l'OFII de la contribution spéciale et/ou de la contribution forfaitaire pour emploi d'un mannequin étranger démuné de titre de travail (et/ou de séjour),

<sup>219</sup> Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle du travail dissimulé » :

[https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_travail\\_dissimule\\_v2\\_diffusion.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_travail_dissimule_v2_diffusion.pdf)

et le « Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi illégal du salarié étranger sans titre de travail » du même auteur :

[https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_controle\\_emploi\\_illegal\\_salarie\\_etrangeur\\_sans\\_titre\\_1ere](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_controle_emploi_illegal_salarie_etrangeur_sans_titre_1ere)

<sup>220</sup> Cass. crim. n° 82-91726 du 22 mars 1983.

<sup>221</sup> Ce qui permet de mettre en cause l'entreprise utilisatrice française (*voir infra p.208 et suivantes*).

<sup>222</sup> Par amendement parlementaire. Cf le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères » 1<sup>ère</sup> édition Septembre 2015. Propositions pour améliorer le dispositif juridique p.173, du même auteur.

⇒ paiement des cotisations de sécurité sociale éludées sur une base forfaitaire de six mois de travail, sauf preuve d'une moindre antériorité d'emploi du mannequin détaché sur le territoire français.

### **.B.2.3. Les autres sanctions en lien avec le détachement du ou des mannequins**

⇒ non déclaration d'un hébergement collectif en préfecture ou à l'inspection du travail<sup>223</sup>. L'agence de mannequins dispose de trente jours pour procéder à cette déclaration, à compter de l'ouverture de l'hébergement (loi du 27 juin 1973 modifiée),

⇒ tenue d'un hébergement (collectif ou non) non conforme aux prescriptions du code du travail; seule la sanction pénale est applicable, à l'exclusion de l'amende administrative créée par l'article 5 de l'ordonnance du 7 avril 2016<sup>224</sup>, codifié aux articles L.8115-1 et suivants du code du travail, compte tenu de l'articulation entre les articles R.8115-1 et R.8115-5 du code du travail.

⇒ conditions de travail ou d'hébergement du mannequin incompatibles avec la dignité humaine, notamment si le mannequin est mineur ou jeune majeur (articles 225-13 et 225-14 du code pénal); la Cour de cassation considère que l'hébergement indigne n'est pas nécessairement un hébergement qui est exploité en violation des normes législatives ou réglementaires; il peut s'agir d'un hébergement objectivement indécent<sup>225</sup>.

⇒ travail forcé ou en servitude du mannequin, notamment si le mannequin est mineur ou jeune majeur (articles 225-14-1 et 225-14-2 du code pénal).

## **.III. LE PRODUCTEUR DE SPECTACLES VIVANTS OU ENREGISTRÉS**

L'artiste du spectacle vivant ou enregistré est présumé être un salarié, en application de l'article L.7121-3 du code du travail.

L'employeur d'un artiste de spectacles vivants (scène) ou enregistrés (tournage, vidéo, clip ou enregistrement audio) s'appelle le producteur du spectacle.

Un producteur de spectacle établi à l'étranger (UE, EEE, Suisse et Etat tiers) peut donc détacher en France, en qualité d'employeur, des artistes et des techniciens; cette production est une prestation de services internationale (artistique) puisqu'elle en remplit toutes les conditions.

Mais *a contrario*, la production en France d'un artiste ou d'un technicien venant de l'étranger ne signifie pas que le producteur, c'est-à-dire son employeur, est lui-même établi à l'étranger et que le spectacle, le tournage ou l'enregistrement relève automatiquement de la prestation de services internationale, voire de la prestation pour compte propre.

<sup>223</sup> Nouveauté introduite par l'article 280 V de la loi Macron.

<sup>224</sup> Ordonnance n° 2016-413 du 7 avril 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail; de façon plus générale; l'article 5 s'applique dans son intégralité à l'entreprise étrangère.

<sup>225</sup> Cass. crim. n° 14-80041 du 22 juin 2016 ABL.

En effet, de très nombreux artistes résidant à l'étranger, ainsi que leurs techniciens, se produisent ponctuellement en France en qualité de salariés d'un producteur français, hors prestation de services et détachement.

Pour savoir si l'artiste ou le technicien est réellement détaché dans le cadre d'une prestation de services internationale effectué par un producteur établi à l'étranger, il est essentiel de déterminer, lors d'une manifestation artistique ou d'un tournage ou d'un enregistrement, qui est le producteur, et donc qui est l'employeur de l'artiste et du technicien, pour éviter des pratiques de dumping social.

### **.A. Qui est le producteur du spectacle ?**

**.A.1.** Le producteur du spectacle est celui qui prend l'initiative d'organiser le spectacle, de choisir la programmation ou l'œuvre, de mobiliser les moyens humains, financiers et techniques nécessaires et qui supporte le risque économique de l'initiative qu'il a prise pour organiser l'événement. Ce sont quatre conditions cumulatives<sup>226</sup>.

Le producteur du spectacle (licence de 2<sup>ème</sup> catégorie) est l'une des trois catégories d'entrepreneurs de spectacles qui ont besoin d'une licence, avec le loueur de salles ou exploitant des lieux (licence de 1<sup>ère</sup> catégorie) et le diffuseur de spectacles clés en main (licence de 3<sup>ème</sup> catégorie), et sous réserve d'organiser plus de six représentations par an<sup>227</sup>.

Lorsque le producteur du spectacle est établi hors de France et que le spectacle relève de la prestation de services et du détachement, l'organisation matérielle et commerciale du spectacle en France se fait, de façon quasi systématique, par l'intermédiaire d'un diffuseur du spectacle (licence de 3<sup>ème</sup> catégorie). Le diffuseur a alors la qualité de donneur d'ordre à l'égard du producteur établi à l'étranger.

**.A.2.** Le diffuseur du spectacle achète le spectacle monté et clé en main au producteur. Il va le commercialiser en France, c'est-à-dire choisir les dates, les lieux et les salles, obtenir les différentes autorisations administratives nécessaires, s'occuper de la publicité, de la billetterie, assurer le gardiennage et le service d'ordre, assurer l'accueil et les transferts en France, faire les réservations d'hôtels ou d'hébergement etc. Mais il n'est pas l'employeur des artistes et des techniciens.

**.A.3.** Lors d'un événement artistique, l'enjeu, pour lutter contre le travail illégal et le dumping social, sera de s'assurer que l'entreprise française qui se présente comme simple diffuseur n'est pas en réalité le vrai producteur du spectacle, qui essaie d'échapper à ses obligations d'employeur par un montage commercial transnational.

Il est donc important de vérifier que le diffuseur n'est pas en réalité le producteur, en examinant les quatre conditions précitées qui caractérisent et identifient le producteur réel, au-delà des documents commerciaux.

---

<sup>226</sup> Une association qui fournit à la demande d'un restaurateur trois musiciens pour animer son établissement les week-ends n'est pas le producteur du spectacle. Le producteur du spectacle est le restaurateur : il remplit les quatre conditions. Le restaurateur doit avoir la licence de 2<sup>ème</sup> catégorie.

<sup>227</sup> Les représentations peuvent concerner le même spectacle.

## **.B. Quel est le cadre juridique de la prestation de services effectué par un producteur établi à l'étranger?**

### **.B.1. Les conditions préalables**

Le producteur établi à l'étranger qui détache un ou des artistes et techniciens salariés en France en se réclamant de la prestation de services internationale doit remplir toutes les conditions suivantes :

- ⇒ justifier qu'il est juridiquement constitué hors de France,
- ⇒ justifier que son objet social est celui d'un producteur de spectacles dans l'Etat où il est établi,
- ⇒ exercer de façon normale, substantielle et significative son activité dans l'Etat où il est établi. En lien ou à l'initiative du diffuseur en France pour échapper à sa qualité de producteur, la société de production peut être créée peu de temps avant le spectacle donné en France.

Voir également l'article de l'auteur :

<https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/condition-de-validite-de-delivrance-du-certificat-de-detachement-notion-d-activites-substantielles-de-l-employeur-dans-son-etat-de-domiciliation>

- ⇒ justifier que le spectacle a déjà été produit dans l'Etat d'établissement du producteur ; si le spectacle est produit pour sa première fois en France, il répondra à une commande d'un producteur français, même si les répétitions se sont déroulées hors de France.

### **.B.2. Les conditions d'exercice de la prestation de services en France**

#### **.B.2.1. Les conditions propres au détachement**

- ⇒ la déclaration de détachement,
- ⇒ la désignation du représentant en France du producteur.

#### **Nota**

*L'article 89 de la loi Avenir professionnel permet, en introduisant l'article L.1262-6 dans le code du travail, de supprimer la déclaration de détachement et la désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère pour des prestations et des opérations de courte durée ou dans le cadre d'événements ponctuels dans des secteurs d'activité. L'arrêté du 4 juin 2019 (**voir infra en annexe p.311**), pris pour son application, cite les artistes comme catégories de salariés détachés dans le cadre de ces prestations et activités, dispensés, à ce titre, de la déclaration de détachement et de la désignation du représentant en France du producteur étranger (**voir supra p.56 et suivantes**).*

*Dans l'étude d'impact du projet de loi<sup>228</sup>, il est mentionné que la suppression de la déclaration de détachement et de la désignation du représentant en France par l'entreprise*

*étrangère pourrait intervenir dans des secteurs peu fraudogènes, tels que les activités sportives, les activités culturelles, les exposants et visiteurs de foire et salons.*

*Le ministère du travail dispense donc le producteur de spectacles établi à l'étranger qui détache en France un artiste d'accomplir ces deux formalités déclaratives.*

*Cette dispense ne s'applique pas aux techniciens, y compris lorsqu'ils sont salariés du producteur de spectacles qui emploie et détache les artistes.*

*Ces suppressions sont très préjudiciables à la lutte contre le travail illégal et le dumping social. La déclaration de détachement, tout comme la DPAAE, a précisément été créée pour porter à la connaissance des services de contrôle des emplois de courte durée sur des lieux de travail très temporaires, voire éphémères.*

*Par ailleurs, il est bien connu des professionnels (inspection du travail, Urssaf, gendarmerie, police) que le secteur des spectacles vivants ou enregistrés est hautement fraudogène et sensible au travail illégal, contrairement à ce qu'affirme sans ciller l'étude d'impact. Pour cette raison unanimement partagée, il a d'ailleurs fait l'objet à plusieurs reprises d'actions prioritaires de contrôle de la part de la commission nationale de lutte contre le travail illégal (CNLTI). Affirmer le contraire, pour supprimer des formalités de transparence et de facilitation, n'a pas de sens.*

*L'étude d'impact ajoute, pour convaincre, que ces secteurs sont peu soumis au dumping social ou à des atteintes aux droits des salariés détachés. Les explications données pour envisager de supprimer la déclaration de détachement dans ces secteurs d'activité ne sont pas sérieuses et crédibles, eu égard à la réalité du monde du travail dans cette branche.*

Le producteur de spectacles n'est pas tenu de procéder à la déclaration d'accident du travail survenant à l'artiste ou au technicien qu'elle détache en France. En application de l'article L.1262-4-4 du code du travail, cette déclaration incombe au diffuseur du spectacle qui a la qualité de donneur d'ordre à l'égard du producteur de spectacles (**voir infra p.190 et suivantes**).

⇒ la couverture sociale de chaque artiste et technicien détaché qui sont des salariés du producteur, soit par une déclaration et une immatriculation du producteur au guichet unique (CNFE Strasbourg, Urssaf des Alpes Maritimes ou Urssaf du Gard<sup>229</sup>), avec paiement des cotisations sociales, soit par un certificat nominatif de détachement.

Dans cette situation, les certificats de détachement, lorsqu'ils existent, sont d'autant plus faciles à présenter sans délai que tout spectacle ou tournage est (très) longtemps programmé et planifié à l'avance en France, avec la vente des billets.

Par ailleurs, l'artiste ou le technicien détaché en France doit exercer habituellement et normalement son métier dans l'Etat qui le détache. Cette condition est fondamentale.

### **.B.2.2. Les conditions propres à la réglementation de producteur de spectacles**

<sup>229</sup> Les entreprises de tauromachie sont des entreprises de spectacles.

Le producteur établi à l'étranger qui se livre à une prestation de services artistique respecte des formalités administratives spécifiques ; il est tenu par les règles de la législation du travail qui régissent le statut et les droits de l'artiste.

#### **.B.2.2.1. Les conditions relatives à l'activité de producteur de spectacles**

**.B.2.2.2.1. Le producteur est établi dans l'UE ou l'EEE.** Il adresse une déclaration préalable à la DRAC du lieu ou du premier lieu du spectacle un mois (15 jours si urgence) avant le spectacle. La DRAC lui délivre un récépissé sous 15 jours (8 jours si urgence).

**.B.2.2.2.2. Le producteur est établi dans un autre Etat.** Soit il sollicite en temps utile une licence temporaire pour le spectacle auprès de la DRAC, soit il adresse une déclaration préalable à la DRAC un mois avant le spectacle, en joignant le contrat préalablement conclu avec un entrepreneur de spectacles français titulaire de la licence (1,2 ou 3).

#### **.B.2.2.2. Les conditions relatives au statut de l'artiste**

L'artiste détaché en France par un producteur établi hors de France est nécessairement un salarié, en application de la présomption de salariat posée par l'article L.7121-3 du code du travail, même si cet artiste a la qualité de fonctionnaire dans son Etat<sup>230</sup>.

La présomption de salariat implique que l'artiste détaché, ressortissant d'un Etat tiers, soit en possession d'une autorisation de travail délivrée par l'administration française, sauf s'il entre en France pour un séjour professionnel au plus égal à trois mois ou qu'il justifie, pour un séjour d'une durée supérieure, être déjà titulaire d'une telle autorisation pour exercer ce métier, délivrée par l'Etat d'établissement du producteur dans l'UE, l'EEE ou en Suisse.

Lorsque l'artiste est un mineur, le producteur sollicite une autorisation d'emploi préalable, auprès du préfet de Paris, quel que soit le lieu du spectacle.

L'artiste détaché bénéficie de la convention collective étendue applicable, notamment pour le montant des cachets (répétition et représentation). Si le respect de ces minima conventionnels est assuré pour les artistes de notoriété, il en va autrement pour beaucoup d'autres artistes, en particulier ceux de la catégorie des musiques du monde.

Enfin, le producteur de spectacles établi hors de France s'immatricule et verse les cotisations à la caisse de congés payés des spectacles, désormais gérée par Audiens<sup>231</sup>. La dispense d'immatriculation et de paiement de cotisation prévue par l'article D.7121-42 du code du travail est théoriquement possible, mais à des conditions assez strictes. Le producteur est tenu de prouver que l'artiste et le technicien disposent de droits à congés payés équivalents à ceux résultant du code du travail (nombre de jours de congés payés, calcul du montant de l'indemnité de congés payés et détermination de l'assiette de calcul), ce qui n'est pas fréquent dans les autres Etats.

Si le producteur est de surcroît établi dans un Etat où existe un système de caisse de congés payés comme en France, il prouve, en outre, qu'il est à jour de ses cotisations et qu'il a

<sup>230</sup> Cas des artistes qui composent les ensembles d'Etat (opéra, ballet, cirque..).

<sup>231</sup> Voir le site d'Audiens, qui est le groupe de protection sociale des secteurs de la culture, de la communication et des médias. Il s'est vu confier en outre la gestion des congés payés des spectacles vivants et enregistrés.



continué à cotiser dans son Etat pendant le détachement de l'artiste et du technicien en France.

**Nota**

*L'article L.7121-5 du code du travail permet au producteur, ou à l'organisateur de la prestation artistique en France, d'écarter la présomption de salariat à l'égard d'un artiste qui justifie être établi en tant que travailleur indépendant pour exercer ce métier à titre habituel dans un autre Etat de l'UE ou de l'EEE.*

*La Cour de cassation fait une application stricte de cette exception à la présomption de salariat. Elle précise que c'est au producteur du spectacle, et non pas aux agents habilités, d'apporter la preuve que l'artiste exerce son activité de façon habituelle en qualité de travailleur indépendant dans l'autre Etat de l'UE ou de l'EEE où il est établi.*

*Dans les 3 affaires dans lesquelles s'est prononcée à ce jour la Cour de cassation, elle a refusé chaque fois de faire application de cette dérogation à la présomption pour des artistes étrangers<sup>232</sup>. Elle a considéré que les artistes restaient couverts par la présomption de salariat et que les producteurs étaient leurs employeurs.*

*A contrario, cette exception n'est pas applicable à l'artiste résidant en Suisse ou dans un Etat tiers. La présomption de salariat lui est opposable, ainsi qu'au producteur, sans réserve.*

**.C. Quelles sont les sanctions contre le producteur de spectacles établi hors de France ?**

Le producteur de spectacles établi hors de France qui effectue une vraie prestation de services et un vrai détachement d'artistes et de techniciens s'expose cependant aux sanctions suivantes.

**.C.1. Les sanctions qui lui sont spécifiques en qualité d'entreprise étrangère**

⇒ l'amende administrative prononcée par le Direccte ou le Dieccte pour défaut de déclaration de détachement du ou des artistes et techniciens par le producteur<sup>233</sup>. Mais attention, grande fragilité juridique de cette pénalité financière (*voir supra p.56 et 90*).

⇒ la suspension de son activité pendant un mois maximum par le Direccte ou le Dieccte, si la déclaration de détachement n'a pas été adressée à l'inspection du travail dans les 48h. du détachement par le producteur du spectacle ou le donneur d'ordre, diffuseur du spectacle (*voir supra p.56 et 89*),

⇒ l'amende administrative prononcée par le Direccte ou le Dieccte pour défaut de désignation d'un représentant en France du producteur, intégrée dans la déclaration de

<sup>232</sup> Voir infra 7ème partie Jurisprudence p.275 et suivantes.

<sup>233</sup> Le 2° de l'article 2 du décret du 4 juin 2019 d'application de la loi Avenir professionnel précise que le délai de prescription de l'action en recouvrement de l'amende administrative est de cinq ans à compter de la date de notification du titre de perception.

détachement. Mais attention, grande fragilité juridique de cette pénalité financière (*voir supra p.64 et 89*).

⇒ l'amende administrative, créée par la loi Macron, prononcée par le Direccte ou le Dieccte, pour défaut de présentation à l'inspection du travail sur le lieu de la prestation artistique de documents traduits en français permettant de vérifier que les dispositions du Titre VI du Livre II de la première partie du code du travail relatives aux entreprises étrangères sont respectées (*voir supra p.70 et 90*),

⇒ la suspension d'activité prononcée par le Direccte ou le Dieccte si non-respect de certaines dispositions de la législation du travail ou pour hébergement indigne des artistes ou des techniciens détachés<sup>234</sup> (*voir supra p.90 et suivantes*),

⇒ l'interdiction préventive de prester en France pour une durée maximum de deux mois, pour défaut de paiement d'une amende administrative (*voir supra p.93*),

⇒ la sanction pénale prévue pour le délit résultant du fait de ne pas avoir sollicité la licence temporaire ou ne pas avoir procédé à la déclaration préalable auprès de la DRAC (*voir supra p.129*),

⇒ la pénalité civile créée par l'article 27 de la loi du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017, codifiée dans le code de la sécurité sociale un article L.114-15-1, qui prévoit que le certificat de détachement dont est titulaire un salarié détaché doit être présenté, lorsque ce document est obligatoire, aux agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé, par celui-ci, par son employeur ou son représentant en France ou par le donneur d'ordre, c'est-à-dire le diffuseur du spectacle. Ce document est produit, soit lors du contrôle, soit dans les deux mois qui suivent celui-ci lorsqu'un justificatif de demande de ce formulaire est produit lors du contrôle.

Le défaut de présentation du certificat de détachement, lorsqu'il est obligatoire, est passible d'une pénalité civile due par le donneur d'ordre, c'est-à-dire le diffuseur du spectacle. Le montant de cette pénalité est de 3428 euros (plafond mensuel de la sécurité sociale 2021) par salarié (*voir infra p.185 et suivantes*).

La pénalité civile prévue par l'article L.114-15-1 du code de la sécurité sociale ne doit pas occulter l'existence de l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié par défaut de déclaration sociale, qui est le manquement le plus significatif d'un défaut de présentation d'un certificat de détachement, lorsque, par ailleurs, l'employeur du salarié détache se s'est pas immatriculé auprès du guichet unique compétent (*voir infra .p.122 C.2.2.*).

## **.C.2. Les sanctions de droit commun**

Il s'agit des sanctions qui s'appliquent également au producteur français qui emploie un ou des artistes et techniciens.

---

<sup>234</sup> Les autres motifs de suspension d'activité du producteur étranger en France ne sont pas appropriés à sa qualité.

### .C.2.1. Les sanctions qui ne relèvent pas du travail illégal

Le producteur de spectacles établi hors de France qui ne respecte pas les dispositions du code du travail qui lui sont applicables en raison de cette activité en France commet les mêmes infractions et encourt les mêmes sanctions qu'un producteur de spectacles français, y compris en matière d'emploi de mineur et de versement des cotisations à la caisse de congés payés.

Il existe cependant une exception notable (et incompréhensible au titre de la lutte contre le dumping social) concernant la non délivrance ou la délivrance d'un bulletin de paie *sui generis* incomplet à un salarié détaché. En effet, l'article R.1263-1 II 3° et 4° du code du travail qui prévoit la délivrance de ce bulletin de paie spécifique n'est assorti d'aucune sanction pénale.

### .C.2.2. Les sanctions qui relèvent du travail illégal<sup>235</sup>

Les sanctions suivantes relatives au travail illégal sont possibles:

⇒ travail dissimulé par défaut de déclaration sociale, dès lors que l'artiste ou le technicien détaché n'est pas couvert par un certificat de détachement ou que le producteur de spectacles étranger ne s'est pas déclaré et immatriculé auprès du guichet unique (CNFE de Strasbourg, Urssaf des Alpes Maritimes ou Urssaf du Gard<sup>236</sup>),

⇒ travail dissimulé par défaut de remise de bulletin de paie ou d'un document équivalent,

⇒ travail dissimulé par dissimulation d'heures de travail,

#### **Nota**

*La loi Travail a comblé un vide juridique datant de 9 ans<sup>237</sup> qui interdisait depuis 2007 de relever à l'encontre de l'entreprise étrangère le délit de défaut de remise de bulletin de paie ou de dissimulation d'heures de travail et contre le donneur d'ordre le délit de recours à travail dissimulé par défaut de remise de bulletin de paie ou de dissimulation d'heures de travail. La loi Travail a rectifié la rédaction du 2<sup>ème</sup> alinéa de l'article L.8221-5 du code du travail, en supprimant la référence à l'article L.3243-2 du code du travail et en introduisant la notion de document équivalent (au bulletin de paie). Ces deux infractions sont désormais restaurées.*

⇒ emploi d'un artiste ou d'un technicien étranger démuné de titre de travail,

⇒ paiement à l'OFII de la contribution spéciale et/ou de la contribution forfaitaire pour emploi d'un artiste ou d'un technicien étranger démuné de titre de travail (et/ou de séjour),

⇒ arrêt temporaire de l'activité économique sur le territoire français par décision préfectorale pendant une durée ne pouvant excéder trois mois, alors même qu'elle est

<sup>235</sup> Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle du travail dissimulé » :

[https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_travail\\_dissimule\\_v2\\_diffusion.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_travail_dissimule_v2_diffusion.pdf)

et le « Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi illégal du salarié étranger sans titre de travail » du même auteur :

[https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_controle\\_emploi\\_illegal\\_salarie\\_etrange\\_sans\\_titre\\_1ere](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_controle_emploi_illegal_salarie_etrange_sans_titre_1ere)

<sup>236</sup> Les entreprises de tauromachie sont des entreprises de spectacles.

<sup>237</sup> Par amendement parlementaire. Cf le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères » 1<sup>ère</sup> édition Septembre 2015. Propositions pour améliorer le dispositif juridique p.174, du même auteur.

exercée, par nature, sur un lieu différent du siège social ou de l'établissement (*voir supra p.98*) ; cette sanction est susceptible de s'appliquer un producteur étranger, dès lors qu'un tournage de film ou un spectacle vivant peut durer plusieurs semaines ou plusieurs mois.

⇒ paiement des cotisations de sécurité sociale éludées sur une base forfaitaire de six mois de travail, sauf preuve d'une moindre antériorité d'emploi de l'artiste ou du technicien détaché sur le territoire français.

### **.C.2.3. Les autres sanctions en lien avec le détachement de l'artiste ou du technicien**

⇒ non déclaration d'un hébergement collectif en préfecture et à l'inspection du travail<sup>238</sup>. Le producteur du spectacle dispose de trente jours pour procéder à cette déclaration, à compter de l'ouverture de l'hébergement (loi du 27 juin 1973 modifiée),

⇒ tenue d'un hébergement (collectif ou non) non conforme aux prescriptions du code du travail; seule la sanction pénale est applicable, à l'exclusion de l'amende administrative créée par l'article 5 de l'ordonnance du 7 avril 2016<sup>239</sup>, codifié aux articles L.8115-1 et suivants du code du travail, compte tenu de l'articulation entre les articles R.8115-1 et R.8115-5 du code du travail.

⇒ conditions de travail ou d'hébergement de l'artiste ou du technicien incompatibles avec la dignité humaine, notamment si l'artiste est mineur ou jeune majeur (articles 225-13 et 225-14 du code pénal) ; la Cour de cassation considère que l'hébergement indigne n'est pas nécessairement un hébergement qui est exploité en violation des normes législatives ou réglementaires ; il peut s'agir d'un hébergement objectivement indécent<sup>240</sup>.

⇒ travail forcé ou en servitude de l'artiste ou du technicien, notamment si l'artiste est mineur ou jeune majeur (articles 225-14-1 et 225-14-2 du code pénal).

## **.IV. LE TRANSPORT ROUTIER DE MARCHANDISES<sup>241</sup>**

### **QUELQUES REMARQUES LIMINAIRES**

<sup>238</sup> Nouveauté introduite par l'article 280 V de la loi Macron.

<sup>239</sup> Ordonnance n° 2016-413 du 7 avril 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail ; de façon plus générale ; l'article 5 s'applique dans son intégralité à l'entreprise étrangère.

<sup>240</sup> Cass. crim. n° 14-80041 du 22 juin 2016 ABL.

<sup>241</sup> Voir la fiche d'information du ministère chargé des transports en ligne sur son site et le guide de contrôle communautaire TRANSPO du mois de juin 2012 pour plus d'informations sur la réglementation applicable au transport routier de marchandises au sein de l'Union européenne.

Si l'accent a été mis ces dernières années sur le cabotage routier de marchandises, le transport routier international de marchandises ne se limite pas aux seules opérations de cabotage et recouvre une activité économique transnationale bien plus large.

Le respect formel des règles relatives au cabotage ne signifie donc pas pour autant que l'activité de transport routier international de marchandises ou les conditions d'emploi des conducteurs routiers sous le régime du détachement se font dans la légalité. L'organisation de l'activité de transport routier international de marchandises, régulières au regard du cabotage, ou les conditions d'emploi des conducteurs, peuvent constituer de la fausse sous-traitance, des fraudes à l'établissement et/ou des fraudes au détachement du conducteur<sup>242</sup>.

La régularité de l'opération de cabotage serait « l'arbre qui cache la forêt ». L'analyse de l'opération de transport transnational doit être globale et ne pas se limiter à la seule vérification du caractère licite du cabotage.

### **.A. Contexte général**

**.1.** De nombreuses entreprises de transport routier de marchandises (TRM) établies hors de France, tous Etats confondus, effectuent des opérations de chargement et de déchargement sur le territoire français ou font simplement traverser la France à leurs véhicules, dans le cadre d'un transport international entre Etats autres que la France. Tous les grands groupes de TRM établis en France, et de plus en plus groupes de PME, disposent de filiales établies dans les Etats à bas salaires pour leur sous-traiter les opérations de transport nationales ou au départ ou à destination de la France.

**.2.** Le simple transit à travers le territoire français est sans incidence quant à l'application du droit social au conducteur routier.

Le texte de référence pour la détermination du droit du travail applicable au contrat de travail d'un conducteur routier exécutant des transports internationaux est l'article 8.2 du règlement 593/2008 sur les obligations contractuelles<sup>243</sup>. Dans l'arrêt Koelzsch du 15 mars 2011, la CJUE précise que le droit du travail applicable au contrat de travail d'un conducteur routier de transport international est celui de l'Etat dans lequel ou à partir duquel il travaille habituellement.

Dans cette affaire, l'avocat général présente un faisceau d'indices<sup>244</sup> pour déterminer, par exemple, si le conducteur de l'entreprise de transport polonaise, sous contrat de travail de droit polonais, travaille habituellement à partir de la Pologne ou d'un autre Etat. Si cet autre Etat est la France, le transporteur, et celui qui recourt à ses services, peuvent être mis en cause en France pour travail illégal. Une affaire de cette nature concernant le même groupe a été ainsi jugée dans ce sens par trois chambres différentes de la Cour de cassation<sup>245</sup>.

**.3.** Le droit européen du transport routier de marchandises distingue les opérations de transport international et celles de cabotage. Le règlement 1072/2009 définit les deux

<sup>242</sup> Voir *infra* p.197 et suivantes et p.223 et suivantes.

<sup>243</sup> Anciennement Convention de Rome.

<sup>244</sup> Les conclusions de l'avocat général sont publiées avec la décision de la CJUE sur le site Curia, accessible notamment via Légifrance.

<sup>245</sup> Voir *infra* 7ème partie Jurisprudence p.275 et suivantes.

hypothèses dans lesquelles un transport international peut être suivi d'une opération de cabotage.

Lorsque l'entreprise de transport routier de marchandises établie à l'étranger effectue une opération de transport impliquant chargement ou déchargement en France, elle effectue une prestation de services internationale, au sens des articles 56 et 57 du TFUE ; si le salarié conducteur du véhicule ne travaille pas habituellement en France ou au départ de la France, il est juridiquement en situation de détachement<sup>246</sup>, dès lors que tous les critères de la directive sont réunis.

Le cabotage routier de marchandises est, en effet, l'une des modalités d'exécution de la prestation de services. Le cabotage routier de marchandises est réservé, en application des textes communautaires, à l'entreprise établie dans l'Union européenne (UE) ou dans l'Espace économique européen (EEE). A contrario, le cabotage routier de marchandises est interdit à l'entreprise de transport routier de marchandises établi dans un autre Etat, c'est-à-dire en Suisse ou dans un Etat tiers. Cette interdiction ne signifie pas pour autant qu'une telle entreprise ne peut pas accomplir des opérations de transport international sur le territoire français.

.4. La Commission européenne considérait que le droit du détachement ne s'appliquait pas au transport routier international de marchandises, hors opération de cabotage.

Ce débat est désormais clos.

En effet, la directive 2018/957 du 28 juin 2018<sup>247</sup> modifiant la directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services comporte un article 3.3. prévoyait expressément qu'elle ne s'applique pas au transport routier tant que la directive 2006/22 relative à la législation sociale applicable au transport routier n'aura été modifiée (dans le cadre du Paquet « mobilité »), pour tenir compte de la spécificité du détachement dans cette activité où le travail est hautement mobile.

Les conditions de détachement du salarié dans le cadre d'un transport routier transnational, qui ont fait l'objet de discussions spécifiques, ont abouti à l'adoption le 8 juillet 2020 du Paquet « mobilité » :

<https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/dumping-social-dans-le-transport-routier-communautaire-adoption-le-8-juillet-2020-du-paquet-mobilite>

Les trois règlements et la directive<sup>248</sup> adoptés dans le cadre du Paquet mobilité mentionnent que la directive détachement de 1996 s'applique au transport routier transnational, y compris aux opérations de cabotage, sauf opérations de transit et opérations bilatérales.

La directive détachement s'applique également à la partie route du transport combiné, notamment le transport route/rail.

S'agissant des opérations bilatérales, le Paquet mobilité exclut de la directive détachement :

<sup>246</sup> Ni les articles 56 et 57 du TFUE, ni la directive du 16 décembre 1996 n'excluent le transport routier de marchandises de leur périmètre respectif.

<sup>247</sup> Voir p.23.

<sup>248</sup> Règlements 2020/1054, 2020/1055 et 2020/1056 et directive 2020/1057 du 15 juillet 2020.

- d'une part une activité de chargement et/ou de déchargement dans les Etats membres ou les Etats tiers que le véhicule traverse dans le cadre d'un transport bilatéral, à condition que ce chargement ou ce déchargement ne s'effectue pas dans le même Etat membre,

- d'autre part les deux opérations supplémentaires de chargement et/ou de déchargement dans le cadre d'un transport bilatéral vers l'Etat membre d'établissement, c'est-à-dire sur le trajet retour, à partir d'un Etat membre dans lequel aucune activité supplémentaire n'a été réalisée.

Les nouvelles règles du détachement dans le transport routier issues de Paquet mobilité entrent en vigueur 18 mois après leur publication le 30 juillet 2020 au Journal officiel de l'Union européenne, ce qui donne à la France un délai pour adapter, si besoin, sa législation.

.5. Le II de l'article 7 de l'ordonnance Travail du 20 février 2019 portant transposition de la directive du 28 juin 2018 précisait que les dispositions de l'ordonnance ne s'appliquent pas au transport routier (dans l'attente de l'adoption d'une directive spécifique relative à cette branche d'activité, ce qui est fait par le Paquet mobilité) ; il en est de même pour l'article 6 du décret du 28 juillet 2020 qui excluait certaines de ses dispositions au transport routier.

Ces dispositions de l'ordonnance et du décret ont désormais vocation à s'appliquer, sous réserve que soit pris un nouveau décret tirant les conséquences précises de l'adoption du Paquet mobilité.

Nonobstant donc ce débat juridique, l'article 281 de la loi Macron du 6 août 2015 soumet l'employeur d'un conducteur routier détaché à l'obligation d'établir avant le début de la prestation de transport une attestation de détachement qui devra être remise au conducteur et produite en cas de contrôle<sup>249</sup>. Les modalités d'application de l'article 281 sont prévues par le décret n° 2016-418 du 7 avril 2016 adaptant le titre VI du livre II de la première partie du code du travail aux entreprises de transport détachant des salariés roulants ou navigants sur le territoire national et modifiant le code des transports (*voir supra p.56 et suivantes*).

## **.B. Qu'est-ce que le cabotage routier de marchandises ?**

Le cabotage routier de marchandises correspond à une ou plusieurs opérations de transport, avec chargement et déchargement, entre deux points du territoire français, effectuée(s) par une entreprise de transport établie dans un autre Etat de l'UE ou de l'EEE.

### **Nota**

*.1. Le cabotage routier de marchandises constitue de la prestation de services internationale et le conducteur qui conduit le véhicule qui effectue le cabotage est un salarié détaché.*

*Mais la prestation de services internationale en matière de transport routier ne se résume au cabotage. La prestation de services internationale dans ce secteur d'activité couvre un périmètre plus large.*

<sup>249</sup> Le décret n° 2016-418 du 7 avril 2016 précise les mentions portées sur l'attestation de détachement.

*Elle inclut toutes les opérations de transport routier avec chargement et/ou déchargement en France, par toute entreprise de transport non établie en France.*

*Par exemple un transporteur routier turc qui vient charger ou décharger en France effectue une PSI et son ou ses conducteur(s) sont des salariés détachés.*

*Le décret du 7 avril 2016 (voir supra p.56), s'il s'applique au cabotage, vise également toutes les autres prestations de services internationales effectuées dans le cadre du transport routier. A ce titre, le décret du 7 avril 2016 s'applique à une entreprise de transport turque.*

*.2. Sauf dérogation prévue par le Paquet mobilité pour les opérations bilatérales ou adaptation prévue expressément par le décret du 7 avril 2016, toutes les dispositions du code du travail relatives aux entreprises étrangères et au détachement s'appliquent aux opérations de cabotage (et autres opérations de transport transnational). Il en résulte notamment que le salarié détaché est en droit de bénéficier du salaire minimum légal ou conventionnel étendu.*

### **.B.1. Quel est le cadre juridique du cabotage routier de marchandises ?<sup>250</sup>**

Le cabotage routier de marchandises est une appellation juridique communautaire issue du règlement (CE) 1072/2009 du 21 octobre 2009, qui est entré en vigueur le 10 décembre 2009<sup>251</sup> et confirmé par les quatre textes relevant du Paquet mobilité.

Les dispositions du règlement communautaire ont été reprises et précisées par la France dans l'article 33 de la loi du 8 décembre 2009 et le décret du 19 avril 2010. Les dispositions contenues dans la loi et le décret sont codifiées dans le code des transports, aux articles L.3421-3 à L.3421-10 et pour partie dans divers autres textes réglementaires<sup>252</sup>.

Ces textes organisent, encadrent et limitent le cabotage routier de marchandises dans un autre Etat de l'Union Européenne ou de l'EEE.

Les règles du cabotage s'appliquent à toute opération de transport de marchandises, y compris celles effectuées par un véhicule de moins de 3,5 T depuis la loi Savary du 10 juillet 2014. Toutefois, l'absence de chronotachygraphe à bord de ce type de véhicule ne permet pas de déterminer de manière fiable l'Etat dans lequel ou à partir duquel travaille habituellement le conducteur

### **.B.2. Quelles sont les modalités du cabotage routier de marchandises sur le territoire français ?<sup>253</sup>**

Plusieurs conditions sont à réunir pour que l'entreprise de l'UE ou de l'EEE puisse se réclamer du cabotage communautaire sur le territoire français:

<sup>250</sup> Il existe également un cadre juridique pour le cabotage routier de voyageurs.

<sup>251</sup> Une proposition de règlement est en cours de discussion à la Commission européenne pour mieux encadrer les opérations de cabotage et éviter les entreprises de transport à domiciliation de complaisance (boîte à lettres). Ce texte n'a pas été adopté avant les élections européennes du mois de mai 2019.

<sup>252</sup> Le décret du 19 avril 2010 s'applique également au cabotage fluvial.

<sup>253</sup> Voir la fiche d'information du ministère chargé des transports, disponible sur son site.



⇒ l'opération de chargement et de déchargement en France est intégrée dans le cadre d'un transport international qui a nécessairement commencé hors de France,

⇒ le cabotage s'effectue avec le même véhicule ou le même tracteur, si plusieurs véhicules,

⇒ lorsque le transport international de marchandises est à destination de la France, le cabotage routier est possible, après déchargement complet des marchandises du transport international, dans la limite de trois opérations avec lettre de voiture. Ces trois opérations doivent être achevées dans un délai de 7 jours à compter du déchargement des marchandises du transport international,

⇒ lorsque le transport international de marchandises n'a pas pour destination la France et se fait en simple transit, l'entreprise de transport peut effectuer au retour, lorsque le véhicule est vide, une seule opération de chargement et déchargement pour la France. Cette opération doit se faire dans les 3 jours de l'entrée à vide du véhicule sur le territoire français et être terminée dans un délai de 7 jours à compter de la fin du déchargement des marchandises ayant donné lieu au transport international initial.

Par ailleurs, pour éviter du cabotage systématique et permanent, le Paquet mobilité introduit une période obligatoire de carence ou d'attente de quatre jours, c'est-à-dire l'interdiction d'une nouvelle opération de cabotage avec le même véhicule et dans le même Etat.

S'agissant du transport combiné, les pré et post acheminements routiers sont soumis à la réglementation sur la cabotage ; les Etats membres pourront prévoir une période plus longue que les sept jours et un délai de carence plus court.

Enfin, chaque véhicule devra revenir dans l'Etat membre d'établissement au moins toutes les huit semaines.

Le donneur d'ordre, c'est-à-dire le destinataire du contrat de transport effectué par cabotage doit d'assurer que ces règles sont respectées en ce qui le concerne ; il n'a pas cependant à vérifier que le véhicule a réalisé préalablement un transport international ou d'autres transports de cabotage<sup>254</sup>.

### **.C. Quels documents à bord du véhicule qui effectue du cabotage ou un transport international routier?**

Pour permettre aux agents habilités<sup>255</sup> de vérifier le respect des règles communautaires sur le cabotage ou le transport international routier, l'entreprise de transport établie hors de France tient à bord du véhicule :

---

<sup>254</sup> Article L.3421-7 du code des transports.

<sup>255</sup> La plupart de ces dispositions sont codifiées dans le code des transports, dont le contrôle relève des contrôleurs des transports terrestres des Dréal, de la gendarmerie et de la police.

⇒ la lettre de voiture internationale, dite lettre ou document CMR (convention de Genève sur le transport international de marchandises du 19 mai 1956),

⇒ une lettre de voiture (intérieure) pour chaque opération de cabotage (articles L.132-8 et L.132-9 du code commerce).

⇒ la copie de la licence communautaire, les enregistrements du chrono tachygraphe, les informations concernant le chargement,

Et depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2016, puisque le conducteur qui effectue le transport de cabotage est juridiquement un salarié détaché :

⇒ un exemplaire de son attestation de détachement, établie par son employeur en substitution de la déclaration de détachement,

⇒ une copie de son contrat de travail,

⇒ une copie de la convention de mise à disposition, lorsqu'il est mis à disposition dans le cadre de la loi Cherpion<sup>256</sup> (**voir supra p.105**),

⇒ une copie du contrat de travail temporaire, lorsqu'il est salarié d'une entreprise de travail temporaire.

#### **Nota**

*L'article 27 de la loi du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017 a codifié dans le code de la sécurité sociale un article L.114-15-1 qui prévoit que le certificat de détachement dont est titulaire un travailleur indépendant non établi en France ou un salarié détaché doit être présenté, lorsque ce document est obligatoire, aux agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé, par celui-ci, par son employeur ou son représentant en France, ou par son donneur d'ordre. Ce document est produit soit lors du contrôle, soit dans les deux mois qui suivent celui-ci lorsqu'un justificatif de demande de ce formulaire est produit lors du contrôle.*

*A défaut de dérogation prévue par l'article 27 de la LFSS, le certificat de détachement devrait donc se trouver dans le véhicule qui sert à effectuer le transport routier transnational.*

*Le défaut de présentation du certificat de détachement, lorsqu'il est obligatoire, est passible d'une pénalité civile due par le donneur d'ordre. Le montant de cette pénalité est de 3428 euros (plafond mensuel de la sécurité sociale 2021) par salarié.*

*La pénalité civile prévue par l'article L.114-15-1 du code de la sécurité sociale ne doit pas occulter l'existence de l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'activité économique par défaut de déclarations sociales, qui est le manquement le plus significatif d'un défaut de présentation d'un certificat de détachement, lorsque, par ailleurs, le travailleur indépendant ne s'est pas immatriculé auprès du RSI, de la MSA, de l'ENIM ou de tout autre organisme de protection sociale des non salariés non agricoles compétent.*

<sup>256</sup> Ce qui n'est pas juridiquement possible.

#### **.D. Quelles sont les sanctions contre l'entreprise de transport routier de marchandises ?**

De façon générale, l'entreprise de transport routier de marchandises qui ne respecte pas la législation française relative au détachement de salarié s'expose aux différentes sanctions prévues par cette législation (ex, non-respect du salaire minimal ou prise du repos hebdomadaire normal dans la cabine du moyen de transport).

De façon plus particulière, l'entreprise s'expose aux sanctions suivantes :

⇒ Les sanctions pénales délictuelles spécifiques au non-respect des règles du cabotage sont prévues par les articles L.3452-6 5° et L.3452-7 du code des transports. Le véhicule peut être immobilisé jusqu'au versement d'une consignation.

⇒ Les sanctions pénales délictuelles pour présentation de documents erronés, refus de présentation de documents ou refus de contrôle ou obstacle à contrôle sont prévues par les articles L.3452-9 et L.3452-10 du code des transports (six mois d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende).

⇒ La sanction administrative prévue par l'article L.1264-1 du code du travail pour défaut d'établissement de l'attestation de détachement via l'application SIPSI ou pour défaut de désignation du représentant en France, intégrée dans l'attestation de détachement, de l'entreprise étrangère qui effectue du cabotage.

⇒ La sanction administrative d'interdiction du cabotage jusqu'à un an sur le territoire français, en application des articles L.3452-6 et L.3452-7 du code des transports, en cas de non respect des règles du cabotage.

⇒ La sanction contraventionnelle de 4<sup>ème</sup> classe pour défaut de tenue à bord du véhicule de l'attestation de détachement.

⇒ La sanction contraventionnelle de 4<sup>ème</sup> classe pour la rédaction d'une attestation de détachement non conforme à la réglementation ou pour une attestation de détachement qui comporte une mention incomplète, erronée, illisible ou effaçable.

⇒ La sanction contraventionnelle de 3<sup>ème</sup> classe pour le défaut de présentation des autres documents obligatoires (contrat de travail, contrat de mission intérimaire, convention de mise à disposition).

#### **Nota**

*La sanction administrative prévue à l'article L.1264-1 du code du travail n'est pas applicable au défaut de l'attestation de détachement ou au défaut de désignation d'un représentant en France de l'entreprise de transport, car l'inspection du travail, qui initie cette procédure de sanction administrative en application de l'article L1264-3 du code du travail, n'est pas compétente pour constater l'un de ces deux manquements au code des transports et saisir le Direccte ou le Dieccte ; par ailleurs, les articles R.8115-1 et suivants du code du travail, qui*

*décrivent la procédure de la sanction administrative, ne visent pas le non-respect du code des transports.*

#### **.E. Quelles sont les sanctions contre le donneur d'ordre qui est destinataire du transport sous cabotage ?**

De façon générale, le donneur d'ordre s'expose aux sanctions prévues au titre de la lutte contre le travail illégal (par ex, recours à travail dissimulé<sup>257</sup>) et au titre de la lutte contre le dumping social.

Cependant la mise en œuvre de la sanction administrative contre le donneur d'ordre qui n'a pas vérifié que l'entreprise étrangère a établi l'attestation de détachement en se faisant remettre une copie de ce document n'est pas possible. En effet, l'initialisation de la procédure de sanction se fait, en application de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1264-3 du code du travail, par une démarche de l'inspection du travail, mais qui n'a pas compétence pour vérifier le respect du décret du 7 avril 2016 codifié dans le code des transports.

De façon plus particulière, le donneur d'ordre encourt les sanctions pénales délictuelles spécifiques relatives au non-respect des règles de cabotage par tout donneur d'ordre, prévues par l'article L.3452-8 du code des transports.

#### ***Nota***

*Il existe d'autres sanctions susceptibles de s'appliquer, mais sans lien juridique avec le cabotage ou le transport routier international de marchandises, notamment celles résultant des fraudes « classiques » à la prestation de services internationale (fraude à l'établissement) ou au détachement de salarié sur le territoire français (voir **infra p.197 et suivantes et p.223 et suivantes**).*

## **.V. LES PRESOMPTIONS DE SALARIAT**

Les présomptions de salariat mentionnées dans le code du travail ou le code rural sont d'ordre public et s'imposent à toute personne sur le territoire français.

Le respect des présomptions de salariat par l'entreprise étrangère ou le pseudo donneur français garantit les droits des salariés qu'elles visent, permet d'obtenir le paiement des cotisations et contributions sociales afférentes à ces emplois et fait obstacle aux pratiques de dumping social.

---

<sup>257</sup> Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle du travail dissimulé » du même auteur : [https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_travail\\_dissimule\\_v2\\_diffusion.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_travail_dissimule_v2_diffusion.pdf)

Une entreprise établie hors de France ne peut pas arguer de cette qualité pour s'affranchir ipso facto d'une présomption de salariat, quel que soit le statut du travailleur détaché avant son arrivée en France.

Le code du travail prévoit la possibilité pour l'entreprise étrangère de s'exonérer de deux présomptions de salariat (artiste et mannequin), mais la Cour de cassation se montre exigeante sur les conditions de cette exonération.

Parmi les présomptions de salariat inscrites dans la législation, seront évoquées les présomptions relatives aux trois métiers qui font le plus fréquemment l'objet de détachement sur le territoire français : l'artiste du spectacle vivant ou enregistré, le mannequin, le bûcheron ou travailleur forestier.

### **.A. L'artiste du spectacle vivant ou enregistré**

**.A.1. Le principe de la présomption de salariat** est posé par les articles L.7121-3 et L. 7121-4 du code du travail. La présomption s'applique à tout artiste, au sens de l'article L.212-1 du code de la propriété intellectuelle, quels que soient son âge, sa nationalité, sa notoriété et son statut avant qu'il ne soit détaché sur le territoire français<sup>258</sup>.

Ce principe emporte plusieurs conséquences :

⇒ l'artiste étranger qui vient se produire en France n'est ni un travailleur indépendant, ni un bénévole<sup>259</sup>.

⇒ l'artiste a nécessairement un employeur qui est appelé le producteur du spectacle (*voir supra p.125 et suivante*),

⇒ il a besoin d'une autorisation de travail s'il est ressortissant d'un Etat tiers, sauf s'il entre en France pour un séjour professionnel au plus égal à trois mois (*voir supra p.82*),

⇒ une autorisation d'emploi est nécessaire s'il est mineur ; elle est sollicitée auprès du préfet de Paris, quel que soit le lieu du spectacle<sup>260</sup>,

⇒ il est rémunéré sur les bases de la convention collective applicable pour chaque représentation et, le cas échéant, pour chaque répétition si la convention collective le prévoit,

⇒ il reçoit un bulletin de paie ; a contrario, il ne peut pas être payé sur facture.

⇒ les cotisations sociales sont payées en France par le producteur établi à l'étranger qui est son employeur, sauf à présenter un certificat de détachement,

⇒ les cotisations dues à la caisse de congés payés des spectacles sont versées à Audiens, qui est l'institution compétente pour les recevoir.

**.A.2.** Pour respecter le principe de la libre prestation de services, la France a dû introduire dans le code du travail, à la demande de la Commission européenne, une exception à la

<sup>258</sup> Ainsi un artiste étranger fonctionnaire d'un ensemble artistique d'Etat perd de plein droit cette qualité en France pour devenir salarié : Cass. civ. 2 n° 15-20098 du 16 juin 2016 NUIT D'ARTISTES.

<sup>259</sup> Le pseudo bénévolat est une autre façon de s'affranchir de la présomption de salariat ; l'existence d'une rémunération, y compris limitée à des avantages à nature, permet de faire valoir la présomption de salariat.

<sup>260</sup> Article R.7124-1 du code du travail.

présomption de salariat. A cet effet, l'article L.7121-5 du code du travail permet au producteur, ou à l'organisateur de la prestation artistique en France, d'écarter la présomption de salariat à l'égard d'un artiste qui justifie être établi en tant que travailleur indépendant pour exercer ce métier à titre habituel dans un autre Etat de l'UE ou de l'EEE.

La Cour de cassation fait une application stricte de cette exception à la présomption de salariat. Elle précise qu'il appartient au producteur du spectacle, et non pas aux agents de contrôle habilités ou aux organismes de recouvrement, d'apporter la preuve que l'artiste exerce son activité de façon habituelle en qualité de travailleur indépendant dans l'autre Etat de l'UE ou de l'EEE où il est établi.

Dans les 3 affaires dans lesquelles s'est prononcée à ce jour la Cour de cassation, elle a refusé chaque fois de faire application de cette dérogation à la présomption pour des artistes étrangers<sup>261</sup>. Elle a considéré que les artistes restaient couverts par la présomption de salariat et que les producteurs établis en France étaient leurs employeurs.

A contrario, cette exception à la présomption de salariat n'est pas applicable à l'artiste résidant en Suisse ou dans un Etat tiers. La présomption lui est opposable, ainsi qu'au producteur, sans réserve. Elle n'a pas non plus d'effet à l'égard de l'artiste mineur<sup>262</sup>.

A supposer réunies les conditions posées par l'article L.7121-5 du code du travail, la requalification de l'artiste prestataire en salarié resterait cependant possible par la démonstration de droit commun de l'existence d'un lien de subordination juridique permanente, notamment si l'artiste se produit dans une troupe ou un ensemble.

**.A.3.** Le fait pour un producteur de spectacles ne pas respecter la présomption de salariat posée par le code du travail constitue plusieurs infractions à la loi.

Selon les situations rencontrées lors du contrôle, le producteur du spectacle peut être établi soit en France, soit à l'étranger :

⇒ lorsqu'il est établi en France, le producteur tente de s'affranchir de sa qualité d'employeur en arguant que l'artiste auquel il recourt est un travailleur indépendant, pour la seule raison que cet artiste réside à l'étranger. Il commet alors l'ensemble des infractions, relevant ou non du travail illégal<sup>263</sup>, inhérentes à sa qualité d'employeur français éludée. Les sanctions pénales, administratives, financières et civiles de droit commun s'appliquent.

⇒ lorsqu'il est établi hors de France, le producteur considère que l'artiste reste régi par le statut de l'Etat où il réside. Il commet l'ensemble des infractions d'une entreprise prestataire de services qui détache irrégulièrement un salarié sur le territoire français. Les sanctions pénales, administratives, financières et civiles prévues à l'égard de toute entreprise étrangère prestataire s'appliquent (**voir supra p.89 et suivantes et infra p.237 et suivantes**).

<sup>261</sup> Voir infra 7ème partie Jurisprudence p.275 et suivantes.

<sup>262</sup> On conçoit assez mal en effet qu'un mineur puisse être un travailleur indépendant.

<sup>263</sup> Voir également le «Mode d'emploi pour le contrôle du travail dissimulé» du même auteur : [https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_travail\\_dissimule\\_v2\\_diffusion.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_travail_dissimule_v2_diffusion.pdf)

**Nota**

*L'article 32 (non codifié) de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine créé un statut d'artiste amateur, qui n'est pas soumis à la présomption de salariat de l'article L.7121-3 du code du travail, dès lors qu'il pratique à titre non professionnel et qu'il n'en tire aucune rémunération<sup>264</sup>. L'article 32 de la loi du 7 juillet 2016 a fait l'objet du décret d'application n° 2017-1049 du 10 mai 2017 et de l'arrêté du 25 janvier 2018.*

*L'article 32 se substitue de fait au décret n° 53-1253 du 19 décembre 1953 relatif à l'organisation des spectacles amateurs et leurs rapports avec les entreprises de spectacles professionnelles.*

*L'article 32 peut s'appliquer à un artiste qui réside à l'étranger et qui vient se produire de façon ponctuelle en France, non plus comme « professionnel » salarié ou travailleur indépendant, mais en qualité de bénévole amateur.*

*L'article 32 appelle les remarques suivantes :*

*.- l'article L.7121-3 du code du travail fait déjà état de l'existence d'une rémunération pour faire application de la présomption de salariat ; l'apport de l'article 32 est neutre.*

*.- afficher le fait que ne pas rémunérer une personne permet de la soustraire au salariat est assez peu compatible avec la lutte contre la dissimulation d'emploi salarié, et peut susciter des effets d'aubaine,*

*.- hors présomption de salariat, la rémunération n'est pas un critère du salariat, mais la conséquence de celui-ci,*

*.- hors présomption de salariat, le critère du salariat reste la subordination juridique de droit commun ; et si la personne est subordonnée, elle exerce à titre professionnel.*

*Il n'est pas certain que l'article 32 apporte une contribution décisive pour distinguer entre amateur/bénévole et salarié dans le monde des spectacles vivants et enregistrés, puisque l'analyse juridique ne devient pas binaire (amateur ou présomption de salariat), mais reste ternaire (amateur, présomption de salariat ou salarié de droit commun avec subordination juridique avérée, même si les nombreuses conditions posées par les textes d'application de l'article 32 sont réunies).*

***En résumé, lors d'un contrôle sur un spectacle qui produit ponctuellement en France un artiste qui réside à l'étranger, les qualifications juridiques suivantes sont possibles :***

*.- salarié en emploi direct, en application de la présomption de salariat ou de la subordination juridique de droit commun,*

*.- salarié détaché, en application de la présomption de salariat ou de la subordination juridique de droit commun,*

<sup>264</sup> L'article 32 répond à une demande très ancienne des organisateurs de festivals qui souhaitent que certains artistes qu'ils produisent ne soient pas considérés comme des salariés, avec respect des minima de rémunération et paiement des cotisations sociales.

- .- prestataire de services indépendant, en application de l'article L.7121-5 du code du travail,
- .- bénévole amateur, en application de l'article 32 de la loi du 7 juillet 2016.

## **.B. Le mannequin<sup>265</sup>**

La présomption de salariat du mannequin est comparable à celle de l'artiste du spectacle vivant ou enregistré, dont elle ne diffère guère.

**.B.1. Le principe de la présomption de salariat** est posé par les articles L.7123-3 et L. 7123-4 du code du travail. La présomption s'applique à tout mannequin, quels que soient son âge, sa nationalité, sa notoriété et son statut avant qu'il ne soit détaché sur le territoire français.

Ce principe emporte plusieurs conséquences :

⇒ le mannequin étranger qui vient travailler en France n'est ni un travailleur indépendant, ni un bénévole<sup>266</sup>.

⇒ le mannequin a nécessairement un employeur qui est, soit une agence de mannequins, soit un utilisateur direct<sup>267</sup> (*voir supra p.119 et suivantes*),

⇒ lorsque l'employeur du mannequin est une agence de mannequins, celle-ci est exclusivement établie dans l'UE ou l'EEE,

⇒ il a besoin d'un titre de travail, s'il est un ressortissant d'un Etat tiers, sauf s'il entre en France pour un séjour professionnel au plus égal à trois mois (*voir supra p.82*),

⇒ une autorisation d'emploi est nécessaire s'il est mineur ; elle est sollicitée auprès du préfet de Paris, quel que soit le lieu du travail du mannequin<sup>268</sup>.

⇒ il est rémunéré sur les bases de la convention collective étendue applicable à la branche, si son employeur est une agence de mannequins,

⇒ il reçoit un bulletin de paie ; a contrario, il ne peut pas être payé sur facture.

⇒ les cotisations sociales sont payées en France par l'agence de mannequins établie à l'étranger, sauf à présenter un certificat de détachement ou par l'utilisateur direct qui est son employeur.

**.B.2.** Pour respecter le principe de la libre prestation de services, la France a introduit dans le code du travail, à la suite de celle intervenue pour l'artiste, une exception à la présomption de salariat, rédigée en termes strictement identiques. A cet effet, l'article L.7123-4-1 du code du travail permet d'écarter la présomption de salariat à l'égard d'un mannequin qui justifie être établi en tant que travailleur indépendant pour exercer ce métier à titre habituel dans un Etat

<sup>265</sup> Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi des mannequins » 1<sup>ère</sup> édition Mars 2017, du même auteur : [https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_mannequins.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_mannequins.pdf)

<sup>266</sup> Le pseudo bénévolat est une autre façon de s'affranchir de la présomption de salariat ; l'existence d'une rémunération, y compris limitée à des avantages à nature, permet de faire valoir la présomption de salariat.

<sup>267</sup> Seule l'enquête permettra d'identifier son véritable employeur.

<sup>268</sup> Article R.7124-1 du code du travail.



de l'UE ou de l'EEE. Mais cette exception ne vaut qu'à l'égard de l'utilisateur direct du mannequin, mais pas à l'égard de l'agence de mannequins qui, par nature, ne place que des mannequins salariés.

Il n'existe pas de relative à la portée de l'exception à la présomption de salariat posée par l'article L.7123-4-1 du code du travail. Cependant, la similitude de la rédaction des termes de l'article L.7123-4-1 avec l'article L.7121-5 qui vise l'artiste permet de penser que la Cour de cassation fera également une application stricte de cette exception à la présomption de salariat du mannequin, ainsi qu'elle le fait pour l'exception à la présomption de salariat de l'artiste. S'agissant de l'artiste, la Cour de cassation précise en effet qu'il appartient au producteur du spectacle, et non pas aux agents de contrôle habilités ou aux organismes de recouvrement, d'apporter la preuve que l'artiste exerce son activité de façon habituelle en qualité de travailleur indépendant dans l'Etat où il est établi.

Dans chacune des 3 affaires dans lesquelles s'est prononcée à ce jour la Cour de cassation, elle a refusé de faire application de cette dérogation à la présomption pour des artistes étrangers<sup>269</sup> Elle a considéré que les artistes restaient couverts par la présomption de salariat et que les producteurs établis en France étaient leurs employeurs.

Si on transpose cette jurisprudence au mannequinat, il appartient à l'utilisateur direct du mannequin d'apporter la preuve que celui-ci exerce ce métier à titre habituel en qualité de travailleur indépendant dans l'autre Etat de l'UE ou de l'EEE où il est établi.

A contrario, cette exception à la présomption de salariat n'est pas applicable au mannequin résidant en Suisse ou dans un Etat tiers. La présomption lui est opposable, ainsi qu'à l'utilisateur, sans réserve. Elle n'a pas non plus d'effet à l'égard du mannequin mineur<sup>270</sup>.

A supposer réunies les conditions posées par l'article L.7123-4-1 du code du travail, la requalification du mannequin prestataire en salarié resterait cependant possible par la démonstration de droit commun de l'existence d'un lien de subordination juridique permanente.

**.B.3.** Le fait pour un utilisateur direct d'un mannequin ou pour une agence de mannequins établie hors de France de ne pas respecter la présomption de salariat posée par le code du travail constitue plusieurs infractions à la loi.

Dès lors, différentes situations de travail sont susceptibles de se rencontrer :

⇒ le mannequin résidant à l'étranger travaille pour le compte d'un utilisateur direct qui le considère, à tort, comme un travailleur indépendant. L'utilisateur commet alors l'ensemble des infractions, relevant ou non du travail illégal<sup>271</sup>, inhérentes à sa qualité d'employeur

<sup>269</sup> Voir infra 7ème partie Jurisprudence p.275 et suivantes.

<sup>270</sup> On conçoit mal en effet qu'un mineur puisse être un travailleur indépendant.

<sup>271</sup> Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle du travail dissimulé » :

[https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_travail\\_dissimule\\_v2\\_diffusion.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_travail_dissimule_v2_diffusion.pdf)

et le « Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi illégal du salarié étranger sans titre de travail » du même auteur :

français éludée. Les sanctions pénales, administratives, financières et civiles de droit commun s'appliquent.

⇒ le mannequin est missionné en France auprès d'un utilisateur par une agence de mannequins établie dans un autre Etat de l'UE ou de l'EEE, mais sous la qualité indue de travailleur indépendant. L'utilisateur commet alors l'ensemble des infractions, relevant ou non du travail illégal, inhérentes à sa qualité d'employeur français éludée ; l'agence de mannequins peut voir sa responsabilité engagée pour marchandage, prêt illicite de main-d'œuvre et au titre de la complicité d'emploi dissimulé, voire emploi de salarié étranger sans titre de travail. Les sanctions pénales, administratives, financières et civiles de droit commun s'appliquent.

⇒ le mannequin est missionné en France auprès d'un utilisateur par une agence de mannequins non établie dans l'UE ou l'EEE, mais sous la qualité indue de travailleur indépendant. Cette pratique est interdite par le code du travail qui réserve l'activité d'agence de mannequins à l'entreprise établie dans un autre Etat de l'UE ou de l'EEE (**voir supra p.119 et suivantes**). L'utilisateur commet alors l'ensemble des infractions, relevant ou non du travail illégal, inhérentes à sa qualité d'employeur français éludée ; l'agence de mannequins peut voir sa responsabilité engagée pour marchandage, prêt illicite de main-d'œuvre et au titre de la complicité d'emploi dissimulé, voire emploi de salarié étranger sans titre de travail, ainsi qu'au titre de l'exercice illégal d'une activité d'agence de mannequins sur le territoire français. Les sanctions pénales, administratives, financières et civiles de droit commun s'appliquent.

### **.C. Le bûcheron ou travailleur forestier**

La présomption de salariat du bûcheron prévue par le code rural a une force juridique plus forte que celles qui visent l'artiste et le mannequin. En effet, contrairement au code du travail, le code rural ne prévoit pas d'exception pour le bûcheron qui serait établi à titre habituel et indépendant dans un autre Etat de l'UE ou de l'EEE, lorsque celui-ci intervient sur le territoire français. La présomption de salariat qui vise le métier de bûcheron est donc quasi irréfragable.

Le respect de cette présomption de salariat, qui est d'ordre public, n'est pas anodin car de très nombreux bûcherons originaires des nouveaux Etats membres de l'Union européenne travaillent sur le territoire français.

**.C.1. Le principe de la présomption de salariat** du bûcheron est posé par l'article L.722-23 du code rural et de la pêche maritime. La présomption s'applique indistinctement à toute personne qui exerce le métier de bûcheron, quel que soient sa nationalité ou son statut avant de travailler en France. Cette présomption de salariat peut être levée, sous conditions.

La présomption de salariat emporte plusieurs conséquences :

⇒ le bûcheron étranger qui vient travailler en France n'est ni un travailleur indépendant, ni a fortiori un bénévole,

⇒ le bûcheron a nécessairement un employeur qui est celui qui lui a confié le travail à exécuter ; cette personne peut être quiconque (un particulier, une entreprise établie en France ou à l'étranger...).

⇒ le bûcheron a besoin d'une autorisation de travail, s'il est un ressortissant d'un Etat tiers (*voir supra p.82*). Un bûcheron étranger ne peut pas travailler en France avec un visa touristique ou avec un visa voyage d'affaires.

⇒ il est rémunéré sur les bases de la convention collective étendue applicable à la branche ou au particulier employeur,

⇒ il reçoit un bulletin de paie ; a contrario, il ne peut pas être payé sur facture.

⇒ les cotisations sociales sont payées en France, y compris par l'entreprise étrangère qui le détache en France, sauf à présenter un certificat de détachement.

**.C.2. La levée de la présomption de salariat**, qui est demandée par le bûcheron, via sa caisse de MSA, a pour effet de transformer le statut de salarié du bûcheron en statut de travailleur indépendant ; le bûcheron est alors appelé un entrepreneur de travaux forestiers (ETF). Il est déclaré en tant que tel à la MSA.

La procédure de levée de la présomption de salariat, qui relève de la commission consultative régionale *ad hoc*, a pour objet de s'assurer que le bûcheron dispose de la capacité, de l'expérience professionnelle et de l'autonomie pour exercer ce métier à titre indépendant<sup>272</sup>.

Historiquement<sup>273</sup>, la levée de la présomption de salariat a pour vocation de s'appliquer au bûcheron établi en France, quelle que soit sa nationalité. Ce n'est que de façon incidente que cette procédure peut théoriquement concerner le bûcheron établi hors de France, puisqu'il relève de plein droit de l'article L.722-23 du code rural et de son décret d'application. En effet, le bûcheron doit notamment justifier de la possession de diplômes français.

La levée de la présomption de salariat se prouve par la présentation d'une attestation annuelle délivrée par la MSA. Dès lors que le bûcheron ne produit pas l'attestation de levée de la présomption de salariat, il est salarié de celui qui lui fournit du travail.

**.C.3.** Le fait pour quiconque de faire travailler sur le territoire français un bûcheron sous un statut de travailleur indépendant, alors que celui-ci ne peut justifier de la levée de la présomption de salariat, constitue plusieurs infractions à la loi. Cette personne, qui est en réalité son employeur, commet en effet l'ensemble des infractions, relevant ou non du travail illégal<sup>274</sup>, inhérentes à sa qualité d'employeur français éludée. Les sanctions pénales, administratives, financières et civiles de droit commun s'appliquent.

<sup>272</sup> Pour les conditions détaillées, voir l'article D.722.32 du code rural et de la pêche maritime.

<sup>273</sup> A l'époque de la création de la présomption de salariat dans le code rural, le détachement de bûcherons en France n'existait pas.

<sup>274</sup> Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle du travail dissimulé » :

[https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_travail\\_dissimule\\_v2\\_diffusion.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_travail_dissimule_v2_diffusion.pdf)

et le « Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi illégal du salarié étranger sans titre de travail » du même auteur :

[https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_controle\\_emploi\\_illegal\\_salarie\\_etranger\\_sans\\_titre\\_1ere](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_controle_emploi_illegal_salarie_etranger_sans_titre_1ere)

**Nota**

*.1. En application de la directive n°2006/123 du 12 décembre 2006, la France a dû modifier la procédure de levée de la présomption de salariat du bûcheron par les décrets n° 2013-528 du 20 juin 2013 et n° 2015-461 du 22 avril 2015. La commission régionale consultative a été supprimée et remplacée par un avis du DRAAF, transmis à la MSA qui instruit le dossier.*

*La directive du 12 décembre 2006, pas plus que ces deux (ni a fortiori les instructions techniques du ministère de l'agriculture du 10 octobre 2014 et du 27 avril 2016), n'ont pas remis en cause ou atténué le principe de la présomption de salariat du bûcheron, qui relève de la seule compétence du législateur. Il n'existe pas en effet dans le code rural et de la pêche maritime une disposition législative de même nature que l'article L.7121-5 du code du travail pour l'artiste ou L.7123-4-1 du code du travail pour le mannequin.*

*.2. L'article 101 de la loi Avenir professionnel a remplacé la sanction pénale du défaut de déclaration d'un chantier forestier ou sylvicole prévue à l'article L.719-11 du code rural par une amende administrative d'un montant de 5 000 euros par chantier non déclaré. L'amende est prononcée par le Direccte ou le Dieccte (autorité administrative compétente à confirmer par un décret à venir), sur le rapport d'un agent de l'inspection du travail.*

*Cette amende administrative a vocation à s'appliquer à l'entreprise étrangère qui détache en France des bûcherons salariés.*

*Elle ne s'applique pas au bûcheron qui se présente en qualité de prestataire de services établi à l'étranger, puisqu'il n'est pas travailleur indépendant et chef d'entreprise lorsqu'il intervient en France, compte tenu de la présomption de salariat dont il bénéficie ; l'amende s'applique à celui qui recourt à ses services sur le territoire français et qui est son employeur de droit.*

## Liste noire et « name and shame<sup>275</sup> » des entreprises étrangères intervenant sur le territoire français

La combinaison des dispositions de la loi Savary et de la loi Avenir professionnel se traduit par l'insertion dans le code du travail de mesures tendant à faciliter et à favoriser la diffusion et l'affichage de décisions de justice de condamnation devenues définitives pour des pratiques de travail illégal<sup>276</sup>, qu'elles visent des entreprises françaises ou des entreprises étrangères, des personnes physiques ou des personnes morales.

⇒ Dans un premier temps, lors de la préparation et des débats parlementaires de la loi Savary, l'accent a été mis sur la volonté de tenir une liste noire des entreprises étrangères qui ne respecteraient pas les lois sociales en France et qui seraient *non grata* sur le territoire français.

<sup>275</sup> En français, « Nommer et couvrir de honte ».

<sup>276</sup> Travail dissimulé, emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, marchandage et prêt illicite de main d'œuvre.

Ces déclarations se sont traduites par l'insertion dans le code du travail, à l'article 8 de la loi Savary, de plusieurs ajouts permettant au juge de prononcer, y compris à l'encontre d'une entreprise étrangère, condamnée pour des faits de travail illégal, une peine complémentaire de diffusion de la condamnation pénale sur un site internet. Il ne s'agit donc pas d'une interdiction de prester en France, à l'instar de la liste noire de l'Union européenne relative aux compagnies aériennes interdites de desserte, de transit et de survol.

Le décret n° 2015-1327 du 21 octobre 2015, codifié aux articles R.8211-1 et suivants du code du travail, précise les modalités de mise en œuvre de cette peine complémentaire, via une publication sur le site internet du ministère du travail.

⇒ L'article 102 de la loi Avenir professionnel a modifié ce mécanisme, en reformulant les articles L.8224-3 (personnes physiques) et L.8224-5 (personnes morales) du code du travail, mais uniquement pour certaines condamnations prononcées pour des faits de travail dissimulé.

Désormais, lorsqu'une condamnation pour des faits de travail dissimulé mentionnés à l'article L.8224-2 du code du travail (emploi de mineurs soumis à l'obligation scolaire, emploi de personnes vulnérables ou en état de dépendance ou commis en bande organisée) est prononcée, cette condamnation est automatiquement assortie d'une décision de publicité et d'affichage, qui devient ainsi une peine accessoire.

Cependant, l'article 102 de la loi Avenir professionnel permet au juge d'écarter cette peine accessoire et dispenser la personne condamnée de la publication et de l'affichage, en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur, ce qui atténue très sensiblement la portée des déclarations ministérielles faites dans le cadre de la présentation de cette loi.

En résumé :

- le juge peut prononcer à l'encontre d'une entreprise étrangère (et de son donneur d'ordre) une mesure de publication sur le site internet du ministère du travail, ainsi que d'affichage, lors d'une condamnation pour des faits de travail illégal ;

- le juge doit prononcer à l'encontre d'une entreprise étrangère (et de son donneur d'ordre) une mesure de publication sur le site internet du ministère du travail, ainsi que d'affichage, lors d'une condamnation pour certains faits de travail dissimulé visés à l'article L.8224-2 du code du travail; mais le juge reste libre de dispenser la personne condamnée de cette mesure de publication et d'affichage.

Ce dispositif a connu un succès très relatif, puisque, au 1<sup>er</sup> trimestre 2021, seules 8 décisions de diffusion de condamnation pour travail illégal étaient publiées sur le site dédié du ministère du travail<sup>277</sup>, dont une seule visant une entreprise étrangère. On est donc bien loin d'une liste noire exhaustive annoncée par le ministre du travail de l'époque et lors des débats parlementaires.

---

<sup>277</sup> [liste-noire.travail-emploi.gouv.fr](http://liste-noire.travail-emploi.gouv.fr)



## **3ème partie**

# **LE DONNEUR D'ORDRE, LE MAÎTRE D'OUVRAGE ET L'ENTREPRISE ETRANGERE<sup>278</sup>**

---

<sup>278</sup> Voir également le « Mode d'emploi pour la mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage et de tous autres dans le cadre du travail illégal et du dumping social » 2<sup>ème</sup> édition Décembre 2016, du même auteur : [https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_do\\_mo\\_v3\\_publication.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_do_mo_v3_publication.pdf)

**.I). LES OBLIGATIONS ET LA MISE EN CAUSE DU DONNEUR D'ORDRE ET DU MAÎTRE D'OUVRAGE AU TITRE DE LA LUTTE CONTRE LE TRAVAIL ILLÉGAL**

**.II). LES OBLIGATIONS ET LA MISE EN CAUSE DU DONNEUR D'ORDRE ET DU MAÎTRE D'OUVRAGE AU TITRE DE LA LUTTE CONTRE LE DUMPING SOCIAL**

**.III). LES AUTRES OBLIGATIONS**

**.IV). QUID DE LA PRESTATION POUR COMPTE PROPRE OU DU DETACHEMENT DU SALARIE EN MOBILITE INTRAGROUPE ?**



## QUELQUES REMARQUES LIMINAIRES

.1. En règle générale, l'entreprise étrangère intervient sur le territoire français à la demande et pour le compte d'un client (une autre entreprise, française ou étrangère, une personne morale de droit public, ou un particulier) et, plus rarement, en relation avec une autre entreprise, mais qui n'est pas juridiquement son client (cas de certaines prestations pour compte propre).

Ce client est habituellement appelé le donneur d'ordre, même si ce terme est peu usité dans certaines professions<sup>279</sup>.

Le détachement d'un salarié dans le cadre d'une mobilité internationale intragroupe n'est pas assimilable à une intervention économique d'une entreprise étrangère ; ce n'est ni de la sous-traitance, ni l'exécution d'un contrat commercial. Il s'agit d'une modalité de gestion individuelle du contrat de travail d'un salarié. L'entreprise française qui reçoit le salarié en mobilité n'est donc pas un client ou un donneur d'ordre; elle est entreprise d'accueil, devenant de fait, la plupart du temps, son employeur (*voir supra p.102 et infra p.234*).

.2. L'intervention de l'entreprise étrangère pour le compte d'un client se fait nécessairement dans le cadre juridique de la prestation de services internationale, qui représente l'essentiel de l'activité des entreprises étrangères sur le territoire français. Les dispositions du code du travail, notamment au titre de la lutte contre le travail illégal, qui traitent des relations entre cocontractants ne visent d'ailleurs implicitement que la prestation de services internationale avec un client sur le territoire français.

Pour autant, celui qui est en relation avec une entreprise étrangère, sans avoir la qualité de client, peut voir sa responsabilité engagée sur d'autres fondements juridiques, si l'entreprise étrangère ne respecte pas la loi française : par exemple, la vente sur pied à une entreprise étrangère, pour exportation, d'un bâtiment industriel contenant de l'amiante, qui va le démonter sur place, sans précaution particulière, parce qu'elle n'a pas été prévenue par le vendeur de la présence de ce matériau ; ou encore, dans le même contexte, l'emploi de salariés de nationalité étrangère démunis de titre de travail pour le démontage de ce bâtiment, alors que le vendeur du bâtiment a été mis en copie par l'administration du refus de délivrance des autorisations de travail pour non-respect des minima de salaires français.

.3. Dans ces affaires, la recherche de la responsabilité du client français est d'autant plus justifiée qu'il a fait le choix de rechercher spécifiquement une entreprise étrangère, de contracter avec elle et de bénéficier de son activité et de son travail, et ceci, quelles que soient ses motivations (préférence technique, moindre coût...), alors que souvent une entreprise française pourrait lui fournir les mêmes services<sup>280</sup>. Le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage doivent assumer ce choix, dans toutes ses conséquences.

---

<sup>279</sup> Tel le spectacle vivant ou enregistré ou le travail temporaire ou le mannequinat.

<sup>280</sup> Cas notamment de l'entreprise de travail temporaire.

## **.I. LES OBLIGATIONS ET LA MISE EN CAUSE DU DONNEUR D'ORDRE ET DU MAÎTRE D'OUVRAGE AU TITRE DE LA LUTTE CONTRE LE TRAVAIL ILLÉGAL<sup>281</sup>**

Les qualités de donneur d'ordre et de maître d'ouvrage sont différentes ; leurs obligations ne sont donc pas identiques, ni les conditions de leur mise en cause respective.

### **.A. Le donneur d'ordre**

Si un client ou donneur d'ordre, ou cocontractant direct établi en France, a le libre choix de s'adresser à une entreprise étrangère pour réaliser un travail pour son compte, il doit s'assurer spontanément que cette entreprise ne va pas pratiquer à cette occasion du travail illégal sur le territoire français<sup>282</sup>.

Les vérifications qui incombent au client ou donneur d'ordre sont fixées par le code du travail, au titre de la solidarité financière, et par la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, au titre de sa responsabilité pénale.

Lorsqu'il est une personne publique, il peut être tenu de résilier le marché passé avec l'entreprise étrangère.

#### **.A.1. Les vérifications au titre de la solidarité financière prévues par le code du travail**

Les vérifications au titre de la solidarité financière sont inscrites dans le code du travail depuis la loi du 31 décembre 1991. Elles sont destinées à prévenir le recours à une entreprise (française ou étrangère) qui pratique du travail dissimulé et le recours à une entreprise (française ou étrangère) qui emploie un salarié étranger sans titre de travail.

La solidarité financière au titre de la lutte contre le travail dissimulé a pour objet le paiement par le donneur d'ordre des dettes fiscales et sociales (dont la rémunération due au salarié détaché) de l'entreprise étrangère ; la solidarité financière au titre de la lutte contre l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail et/ou de séjour a pour objet le paiement par le donneur d'ordre de la rémunération et des indemnités dues au salarié étranger détaché, de la contribution spéciale<sup>283</sup> et de la contribution forfaitaire<sup>284</sup> à l'OFII, et des frais d'envoi des rémunérations vers l'Etat du salarié étranger.

**.A.1.1. Les vérifications au titre de la lutte contre le travail dissimulé** sont détaillées aux articles D.8222-6 et suivants du code du travail. Elles s'effectuent pour toute prestation d'un montant égal ou supérieur à 5 000 euros H.T. et avant le début de l'intervention de l'entreprise étrangère. Ces vérifications sont ensuite renouvelées tous les six mois, y compris pour le particulier. Le défaut de vérification par le donneur d'ordre ne constitue pas en tant que tel une infraction à la loi.

Le client ou donneur d'ordre est tenu de se faire remettre l'ensemble des documents mentionnés aux articles D.8222-6 et suivants du code du travail, et notamment le fameux

---

<sup>281</sup> Voir également le «Mode d'emploi pour le contrôle du travail dissimulé» du même auteur : [https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_travail\\_dissimule\\_v2\\_diffusion.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_travail_dissimule_v2_diffusion.pdf)

<sup>282</sup> **Voir infra p.319 et suivantes et p.327 et suivantes**, le détail des obligations et vérifications du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage.

<sup>283</sup> Articles L.8253-1, L.8254-1 et suivants du code du travail.

<sup>284</sup> Article L.626-1 du CESEDA et articles L.8254-1 et suivants du code du travail.

certificat de détachement, dans l'hypothèse où la protection sociale du salarié détaché est assurée et attestée par ce document<sup>285</sup>. La solidarité financière s'applique dès lors que manque un seul document entre les mains du donneur d'ordre.

La solidarité financière peut être mise en œuvre contre le donneur d'ordre même si son représentant légal a bénéficié d'une décision de relaxe au pénal<sup>286</sup>. La solidarité financière ne concerne pas le non paiement des cotisations aux caisses de congés payés, bien qu'elles représentent des sommes considérables.

En application de l'article L.8271-9 2° du code du travail, les agents de contrôle habilités peuvent demander au donneur d'ordre de se faire présenter immédiatement l'ensemble des documents que l'entreprise étrangère a dû lui remettre à cette fin, et notamment les documents attestant de la protection sociale du salarié détaché.

Dans deux arrêts de principe<sup>287</sup>, la Cour de cassation considère, en confirmation de la rédaction de l'article D.8222-7 1° b) du code du travail, que le certificat de détachement pour chaque salarié détaché est le seul document qui est susceptible d'attester que l'entreprise étrangère n'a pas à se déclarer aux organismes de protection sociale français parce que chacun de ces salarié reste maintenu à la sécurité sociale de son lieu de travail habituel ; le certificat de détachement est le document que le donneur d'ordre doit se faire remettre au titre des vérifications opérées dans le cadre de la solidarité financière.

Il est à noter le premier arrêt de la Cour de cassation rendu le 4 novembre 2020 reconnaissant le bénéfice de la solidarité financière au profit de salariés intérimaires détachés sur le territoire français :

<https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/salaries-interimaires-detaches-benefice-de-la-solidarite-financiere-reconnu>

#### **Nota**

*Depuis 2004, le législateur a hélas considérablement réduit l'intérêt et l'effet de la solidarité financière en durcissant, de façon discrète et incompréhensible, ses conditions de mise en œuvre ; la solidarité financière est en effet conditionnée depuis cette date par l'établissement préalable d'un PV, ce qui a notamment pour conséquence de priver le salarié détaché ou les organisations syndicales d'une saisine d'initiative du conseil de prud'hommes, voire de l'empêcher de saisir la justice pour mettre en cause le donneur d'ordre. Alors que la loi du 31 décembre 1991 qui a créé la solidarité financière avait volontairement déconnecté sa mise en œuvre de toute procédure pénale, pour lui donner exclusivement un caractère civil et totalement autonome de l'action des agents de contrôle habilité ; l'existence préalable d'un procès-verbal n'était pas une condition obligatoire pour actionner la solidarité financière.*

<sup>285</sup> C'est d'ailleurs une des raisons pour laquelle les agents de contrôle habilités doivent se faire présenter immédiatement les certificats de détachement, sans attendre.

<sup>286</sup> Voir infra 7ème partie Jurisprudence p.275 et suivantes.

<sup>287</sup> Cass. Ass. Plén. n° 14-10182 du 6 novembre 2015 CARDARELLI et n° 14-10193 du 6 novembre 2015 JAEN ET FILS ; voir également Cass. civ. 2 n° 19-25355 du 3 juin 2021 VERIFERME.

**.A.1.2. Les vérifications au titre de la lutte contre l'emploi d'un salarié détaché sans titre de travail** sont détaillées aux articles D.8254-1 et suivants du code du travail. Elles s'effectuent pour toute prestation d'un montant égal ou supérieur à 5 000 euros et avant le début de l'intervention de l'entreprise étrangère. Ces vérifications sont ensuite renouvelées tous les six mois, sauf pour le particulier. Le défaut de vérification ne constitue pas en tant que tel une infraction susceptible d'être relevée par procès-verbal.

Ces vérifications s'ajoutent à celles prévues au titre de la lutte contre le travail dissimulé. Elles supposent que le donneur d'ordre s'enquiert auprès de l'entreprise étrangère de la nationalité du ou des salariés détachés qu'elle va faire travailler en France.

La solidarité financière du donneur d'ordre qui recourt à une entreprise étrangère qui détache un salarié étranger sans titre de travail, alors que ce titre est obligatoire, et /ou de séjour, permet à l'OFII de récupérer le montant de la contribution spéciale et de la contribution forfaitaire auprès du donneur d'ordre.

Par construction juridique de ce mécanisme, un procès-verbal constatant l'infraction d'emploi d'un salarié étranger détaché sans titre de travail (et/ou de séjour) est nécessaire pour le recouvrement de la contribution spéciale et de la contribution forfaitaire par l'OFII.

**Nota**

*Pour rendre effective ces deux solidarités financières très efficaces pour lutter contre le dumping social, lorsque les conditions de leur mise en œuvre sont réunies, les agents de contrôle habilités transmettent leurs constats aux différents organismes de recouvrement bénéficiaires de ces dispositifs : services fiscaux, organismes de protection sociale, OFII.*

*En règle générale, le CODAF organise ces transmissions.*

**.A.2. Les vérifications en application de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation ou l'implication pénale du donneur d'ordre**

**.A.2.1.** Le code du travail interdit le recours à une entreprise qui pratique du travail dissimulé et le recours à une entreprise qui emploie un salarié étranger sans titre de travail.

A ce jour, la chambre criminelle de la Cour de cassation n'a eu qu'à connaître d'affaires relatives au recours au travail dissimulé.

Faisant une application large de l'article L.8221-1 3° du code du travail qui interdit le recours à du travail dissimulé, la chambre criminelle de la Cour de cassation considère que le client doit justifier qu'il a vérifié par tous moyens et toutes diligences que l'entreprise avec laquelle il a contracté ne se livre pas à du travail dissimulé. Dans cet esprit, la Cour de cassation estime que :

⇒ le fait de ne pas avoir demandé à son cocontractant les documents prévus au titre de la solidarité financière caractérise le délit de recours,

⇒ le fait d'avoir demandé et obtenu qu'une partie de ces documents caractérise également le délit,

⇒ mais surtout, le fait d'avoir demandé et obtenu ces documents n'est pas suffisant pour être exonéré de sa responsabilité pénale. Ces vérifications formelles sont certes nécessaires, mais pas suffisantes. La Cour de cassation estime en effet que le donneur d'ordre doit procéder à toutes les vérifications supplémentaires qui sont utiles et indispensables pour éviter de recourir à une entreprise qui exerce du travail dissimulé. Ces vérifications supplémentaires sont laissées à l'appréciation du juge du fond, en fonction des circonstances du dossier<sup>288</sup>.

Transposée aux relations entre un donneur d'ordre et une entreprise étrangère, cette jurisprudence signifie par exemple que le donneur d'ordre est tenu de s'assurer, par exemple, que l'entreprise étrangère a bien une activité significative et prépondérante dans l'Etat où elle est domiciliée ou que le nombre de certificats de détachement qui lui sont remis par cette entreprise correspond bien au nombre de salariés détachés ou que l'entreprise étrangère n'a pas d'activité stable et continue en France etc..

Le juge peut se montrer d'autant plus exigeant pour s'assurer de la bonne foi du donneur d'ordre et des vérifications qu'il a effectuées qu'il disposait sur le territoire français d'entreprises sous-traitantes pouvant lui assurer la même qualité de travail.

Cette jurisprudence conduit naturellement les agents de contrôle habilités à vérifier en temps réel, et au minimum, que le donneur d'ordre s'est fait remettre tous les documents obligatoires au titre de la solidarité financière ; mais cette jurisprudence les conduit de surcroît à se livrer à des investigations plus larges et relativement poussées à l'égard du donneur d'ordre pour apprécier la bonne foi de sa relation commerciale avec l'entreprise étrangère.

#### **Nota**

*.1. Dans un arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 2015<sup>289</sup>, la chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé la condamnation pour recours à travail dissimulé d'un donneur français du secteur du bâtiment qui sous-traitait à deux entreprises françaises, qui faisaient appel elles mêmes à une entreprise roumaine, fausse ETT, qui leur fournissait des salariés roumains qui ne pouvaient être considérés comme des détachés.*

*En effet, ces salariés étaient envoyés en France, dès leur embauche, sans avoir travaillé préalablement en Roumanie.*

*Le donneur d'ordre n'avait pas demandé à ses deux sous-traitants les documents mentionnés au titre de la solidarité financière et ne s'était pas renseigné sur la présence visible sur son chantier de salariés qui ne s'exprimaient pas en langue française.*

*.2. Dans un arrêt du 27 février 2018<sup>290</sup>, la chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé la condamnation pour recours à travail dissimulé d'un donneur d'ordre du secteur*

<sup>288</sup> Voir infra 7ème partie Jurisprudence p.275 et suivantes.

<sup>289</sup> Cass. crim. n° 14-85828 du 1<sup>er</sup> décembre 2015 ASM.

<sup>290</sup> Cass. crim. n° 17-82130 du 27 février 2018 CASINO DE LA POINTE CROISSETTE.

*de l'événementiel qui sous-traitait à plusieurs entreprises britanniques diverses prestations, alors que ce donneur d'ordre savait que ces entreprises n'avaient pas d'activité en Angleterre et/ou exerçaient une activité stable et continue en France.*

*Voir également la décision rendue le 12 janvier 2021 par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans l'affaire de l'EPR de Flamanville :*

<https://www.hervequichaoua.fr/actualites/article/condamnation-de-deux-donneurs-d-ordre-pour-recours-a-une-entreprise-de-travail-temporaire-etrangere-epr-de-flamanville>

**.A.2.2.** Lorsque le donneur d'ordre a été condamné au plan pénal pour du recours à une entreprise étrangère qui pratique du travail dissimulé ou qui emploie un salarié étranger détaché sans titre de travail, il relève de plein droit des deux solidarités financières. D'où l'intérêt majeur pour les organismes de recouvrement de suivre ces procédures pénales jusqu'à leur terme, notamment si les sommes en jeu sont importantes.

**.A.3. Si le donneur d'ordre est une personne publique,** il relève également d'une procédure particulière prévue à l'article L.8222-6 du code du travail, qui vise l'exécution de son marché, mais uniquement pour des faits de travail dissimulé.

Il doit en effet enjoindre à l'entreprise étrangère avec laquelle il a contracté de cesser sans délai de pratiquer du travail dissimulé, dès lors qu'il en a été informé par un agent de contrôle habilité.

L'entreprise étrangère dispose d'un délai de 2 mois pour apporter la preuve à la personne publique qu'elle s'est conformée à la loi. A défaut, le contrat peut être rompu aux frais de l'entreprise.

La personne publique tient informé l'agent habilité.

La personne publique est tenue par la solidarité financière si elle n'a pas adressé d'injonction à l'entreprise étrangère, si elle n'a pas informé l'agent de contrôle habilité ou, en cas de poursuite du marché, si elle n'a pas informé dans les 6 mois de l'injonction l'agent de contrôle habilité de la régularisation de la situation.

Sans attendre les délais de 2 ou de 6 mois, le donneur d'ordre public, dûment informé par un agent de contrôle habilité de la situation de travail dissimulé, qui continue d'utiliser ainsi les services d'une entreprise étrangère, engage sa responsabilité pénale pour recours, en toute connaissance de cause, à une entreprise étrangère qui pratique du travail dissimulé, si aucune régularisation n'est intervenue.

## **.B. Le maître d'ouvrage**

La mise en cause du maître d'ouvrage est possible dans le cadre d'une opération de sous-traitance dans laquelle une entreprise étrangère vient effectuer une prestation de services internationale.

Le maître d'ouvrage, en raison même de sa qualité<sup>291</sup>, n'a pas de relation contractuelle directe avec l'entreprise étrangère, contrairement au donneur d'ordre qui l'a choisie et fait appel à ses services. Il n'est pas cocontractant de l'entreprise étrangère.

Pour autant, la responsabilité du maître d'ouvrage peut cependant être retenue en raison de l'intervention irrégulière de l'entreprise étrangère dans une chaîne de sous-traitance, soit en application des dispositions du code du travail relatives à la solidarité financière, soit en application de l'interdiction pénale de recourir par personne interposée au travail dissimulé ou de recourir par personne interposée à une entreprise qui emploie un salarié étranger détaché sans titre de travail.

### **.B.1. L'implication du maître d'ouvrage au titre de la solidarité financière prévue par le code du travail**

La mise en cause du maître d'ouvrage au titre de la solidarité dépend exclusivement des diligences des agents de contrôle habilités<sup>292</sup>. Faute de diligences, le maître d'ouvrage ne sera pas impliqué. Par ailleurs, sa mise en cause est limitée au constat de travail dissimulé du fait d'une entreprise étrangère ; compte tenu de la rédaction de l'article L.8254-2-1 du code du travail qui ne vise pas le maître d'ouvrage, sa mise en cause n'est pas possible lors du constat de l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail par une entreprise étrangère.

**.B.1.1.** Lorsqu'il constate une situation de travail dissimulé du fait d'une entreprise étrangère dans le cadre d'une opération de sous-traitance, l'agent habilité peut (doit ?) écrire au maître d'ouvrage pour l'informer des pratiques de l'entreprise étrangère et lui demander de faire cesser immédiatement cette situation.

Si le maître d'ouvrage ne fait pas cesser immédiatement la situation dont fait état l'agent habilité, il tombe de plein droit sous le coup de la solidarité financière (sans préjudice de sa responsabilité pénale) pour les diverses sommes qui sont dues par l'entreprise étrangère: TVA, cotisations sociales, y compris à Pôle Emploi, à la caisse de retraite complémentaires et au RSI, à la MSA, à l'ENIM ou à tout autre organisme de protection sociale compétent pour les non salariés non agricoles, rémunération et indemnités dues au salarié détaché.

Dès qu'il reçoit l'écrit de l'agent de contrôle habilité, le maître d'ouvrage est tenu par une obligation de résultat, qu'il exécute par tous moyens ; l'entreprise suspend ou arrête immédiatement sa prestation en France, jusqu'à régularisation de la situation, si elle est possible<sup>293</sup>. Régulariser la situation signifie, par exemple, soit créer un établissement en France, avec toutes les conséquences de droit, soit verser toutes les cotisations sociales en France à l'ensemble des organismes de protection sociale lésés.

Compte tenu de l'obligation de résultat qui pèse en temps réel sur le maître d'ouvrage et des enjeux financiers, il est indispensable que l'agent habilité fasse un écrit avec date certaine<sup>294</sup>

---

<sup>291</sup> Le maître d'ouvrage est la personne pour le compte de laquelle l'ouvrage est réalisé et qui, en principe, finance sa réalisation.

<sup>292</sup> Théoriquement ce mécanisme est également à la main d'une organisation syndicale, d'une organisation professionnelle ou des représentants du personnel.

<sup>293</sup> Régulariser le versement de cotisations sociales est possible.

<sup>294</sup> Remise en main propre, LR/AR, courriel.

et vérifie ensuite très rapidement la réaction du maître d'ouvrage et la situation de l'entreprise étrangère.

**Nota**

*Pour rendre effective l'implication financière du maître d'ouvrage pour le paiement de sommes susceptibles de représenter des montants significatifs, la logique de ce mécanisme conduit bien entendu les agents habilités à faire part de leurs constats et de leurs diligences aux différents organismes de recouvrement bénéficiaires de ces dispositifs : services fiscaux, organismes de protection sociale, OFII.*

*En règle générale, le CODAF organise la circulation de ces informations.*

La solidarité financière du maître d'ouvrage s'ajoute à celle du donneur d'ordre. Les créanciers ont donc le libre choix de s'adresser directement<sup>295</sup> au débiteur le plus solvable des deux, si les conditions sont réunies à l'égard de chacun d'entre eux, mais pas simultanément aux deux débiteurs.

**.B.1.2.** Lorsque le maître d'ouvrage a été condamné au plan pénal pour du recours, par personne interposée, à une entreprise étrangère qui pratique du travail dissimulé ou qui emploie un salarié étranger détaché sans titre de travail, il relève alors de plein droit des deux solidarités financières. D'où l'intérêt pour les organismes de recouvrement de suivre les procédures pénales jusqu'à leur terme, notamment si les sommes en jeu sont importantes<sup>296</sup>.

**.B.2. L'implication pénale du maître d'ouvrage**

L'implication pénale du maître d'ouvrage pour recours à une entreprise étrangère qui pratique du travail dissimulé ou qui emploie un salarié étranger détaché sans titre de travail est théoriquement possible puisque le code du travail interdit le recours, par personne interposée, à une telle entreprise.

Pour autant, il n'est pas toujours aisé factuellement d'établir cette responsabilité, compte tenu des écrans qui existent entre le maître d'ouvrage et l'entreprise étrangère sous-traitante. La jurisprudence est d'ailleurs très peu abondante sur le sujet.

On peut cependant penser à l'hypothèse dans laquelle un maître d'ouvrage confie un travail à une entreprise qui n'a pas l'effectif nécessaire pour le réaliser et qui, soit sous-traite à une entreprise étrangère qui va pratiquer du travail illégal, soit fait venir abusivement de sa maison mère des salariés en mobilité internationale intragroupe.

La responsabilité pénale du maître d'ouvrage est également avérée, si après l'injonction de régularisation qu'il a reçu d'un agent de contrôle habilité, il continue de recourir, par personne interposée et en toute connaissance de cause, à une entreprise étrangère qui pratique du travail dissimulé ou emploie un salarié étranger détaché sans titre de travail. D'où l'intérêt de

<sup>295</sup> Sans mettre en cause préalablement l'entreprise étrangère.

<sup>296</sup> Voir *infra* p.264 et suivantes.



vérifier très rapidement quelle a été la réaction du maître d'ouvrage à réception de l'injonction que lui a adressé l'agent de contrôle habilité.

### **.C. Les sanctions administratives et financières spécifiques à la lutte contre le travail illégal<sup>297</sup>**

Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage verbalisé pour recours à du travail dissimulé ou recours à une entreprise étrangère qui emploie un salarié étranger détaché sans titre de travail et/ou de séjour<sup>298</sup> est susceptible de faire l'objet des sanctions suivantes :

⇒ le refus, par l'autorité administrative attributaire, pendant une durée maximale 5 ans, des aides publiques en matière d'emploi, de formation professionnelle et de culture,

⇒ le remboursement à l'autorité administrative attributaire, de ces aides versées au cours des 12 derniers mois précédant l'établissement du procès-verbal,

⇒ la fermeture par le préfet, pour une durée ne pouvant excéder 3 mois, de l'établissement ou du chantier ayant servi à commettre l'infraction, ou d'un autre chantier situé dans le même département ou un autre département, dont il saisit alors le préfet compétent,

⇒ l'exclusion par le préfet, pour une durée ne pouvant excéder 6 mois, des marchés publics<sup>299</sup>.

Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui recourt à du travail dissimulé<sup>300</sup> peut se voir également refuser des réductions ou des exonérations de cotisations et de contributions sociales. Lorsqu'il est verbalisé pour ces faits, ces réductions ou exonérations peuvent être annulées. Ces sanctions financières, souvent délaissées ou oubliées, ne sont cependant pas négligeables.

### **.D. Quelles autres personnes peuvent être mises en cause ?**

En application du code du travail ou du code pénal, par le recours à l'incrimination de complicité, d'autres personnes peuvent être mises en cause lors de l'intervention sur le territoire français d'une entreprise étrangère qui pratique du travail dissimulé ou qui emploie un salarié étranger détaché sans titre de travail.

**.D.1.** La rédaction très dense de l'article L.8254-2-1 du code du travail relatif à l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail permet d'impliquer, par la solidarité financière, toute entreprise, autre que le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage, présente dans une chaîne de sous-traitance, ce qui n'est pas le cas au titre de l'article L.8222-5 du code du travail portant

<sup>297</sup> Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle du travail dissimulé » :

[https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_travail\\_dissimule\\_v2\\_diffusion.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_travail_dissimule_v2_diffusion.pdf)

et le « Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi illégal du salarié étranger sans titre de travail » du même auteur :

[https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_controle\\_emploi\\_illegal\\_salarie\\_etrangeur\\_sans\\_titre\\_1ere](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_controle_emploi_illegal_salarie_etrangeur_sans_titre_1ere)

<sup>298</sup> Outre le paiement de contribution spéciale et de la contribution forfaitaire (*voir supra p.98*).

<sup>299</sup> Cette sanction, compte tenu de sa nature, peut s'appliquer également à l'entreprise étrangère.

<sup>300</sup> Le procès-verbal n'est pas nécessaire.

sur la solidarité financière en matière de travail dissimulé<sup>301</sup>. Par voie de conséquence, cette rédaction permet également de retenir la responsabilité pénale de cette personne, dès lors que l'emploi d'un salarié étranger détaché sans titre de travail n'a pas cessé à la suite de l'injonction faite par l'agent habilité.

**.D.2. La complicité est une incrimination insuffisamment utilisée et retenue** dans les procédures pénales relatives à la violation du code du travail. Pourtant, cette incrimination a vocation à s'appliquer, notamment dans les affaires de travail illégal.

S'agissant de l'intervention d'une entreprise étrangère, cette incrimination peut être mobilisée à l'encontre du donneur d'ordre, du maître d'ouvrage, lorsque l'infraction de recours n'est pas caractérisée, ou surtout à l'encontre de toute autre personne ayant contribué aux pratiques de travail dissimulé ou d'emploi de salarié étranger détaché sans titre de travail du fait d'une entreprise étrangère. A titre d'exemple, on peut évoquer :

⇒ le comportement du responsable (de nationalité français) d'une ETT établie en Roumanie qui mettait à disposition d'utilisateurs français (dont son père) des intérimaires, en fraude avec l'établissement et en fraude avec le détachement ; l'intéressé a été condamné pour complicité de travail dissimulé<sup>302</sup>.

⇒ le cas d'un cabinet comptable, ou de tout autre intermédiaire, en France qui gère depuis plusieurs mois le détachement de salariés intérimaires par une ETT qui aurait dû s'établir sur le territoire français,

⇒ le cas d'un diffuseur de spectacles qui recourt à un producteur établi à l'étranger qui ne possède pas la licence d'entrepreneur de spectacles.

Mais il est vrai que l'incrimination de complicité trouve davantage à s'appliquer en présence de fraudes à la loi (*voir supra p.149 et suivante*).

## **.II. LES OBLIGATIONS ET LA MISE EN CAUSE DU DONNEUR D'ORDRE ET DU MAÎTRE D'OUVRAGE AU TITRE DE LA LUTTE CONTRE LE DUMPING SOCIAL**

Il s'agit de la grande nouveauté introduite par la loi du 10 juillet 2014, dite loi Savary, qui a inséré trois dispositions dans ce sens dans le code du travail : une disposition concerne l'hébergement indigne des salariés et les deux autres le non-respect du SMIC ou des minima conventionnels ou le non paiement total ou partiel de ces rémunérations.

Bien que les deux dispositions législatives relatives au non-respect du SMIC et du salaire conventionnel<sup>303</sup> visent indifféremment le recours à une entreprise française ou le recours à une entreprise établie à l'étranger, l'article R.1263-15 du code du travail, issu du décret du 19 janvier 2016, précise que seule l'une de ces deux dispositions s'applique à l'entreprise étrangère, et donc, au salarié détaché victime du dumping social.

<sup>301</sup> Le code du travail aurait gagné en lisibilité, en cohérence et en compréhension si la rédaction des deux textes portant sur le même sujet et la même finalité avait été identique.

<sup>302</sup> Cass. crim. n° 14-84644 du 30 mars 2016 GAEC DE L'ASTRATELLA.

<sup>303</sup> Article L.3245-2 et article L.8281-1 du code du travail.

La loi Macron a ajouté une quatrième disposition relative au non-respect du SMIC et du salaire conventionnel, mais qui ne s'applique, compte tenu de sa rédaction, qu'à l'entreprise étrangère ; la loi Travail en a ajouté deux autres, toujours spécifiques à l'entreprise étrangère, qui ont pour objectif de s'assurer de la bonne connaissance par l'entreprise étrangère, lorsqu'elle est une entreprise de travail temporaire, et par le salarié détaché, de la législation du travail applicable en France. Les dispositions de la loi Travail ont été modifiées et complétées par l'ordonnance Travail du 20 février 2019.

Le dénominateur commun aux dispositions relatives au non-respect du salaire minimum légal ou conventionnel est qu'elles sont conditionnées par une démarche préalable d'un agent de contrôle habilité.

L'existence et le concours de deux dispositions relatives au non-respect du SMIC et du salaire conventionnel et susceptibles de s'appliquer au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage risque d'obérer leur efficacité par le contentieux et les interrogations du juge qu'elles peuvent susciter.

**.A. Au titre de l'hébergement indigne des salariés (articles L.4231-1, R.4231-1 et suivants du code du travail)<sup>304</sup>**

**.A.1.** Lorsque le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage est informé par un agent de contrôle habilité que des salariés détachés par une entreprise étrangère sont logés dans des conditions incompatibles avec la dignité humaine, au sens de l'article 225-14 du code pénal, il enjoint aussitôt par écrit à cette entreprise de faire cesser la situation. L'entreprise étrangère dispose d'un délai de 24 heures pour réagir.

La Cour de cassation considère que l'hébergement indigne n'est pas nécessairement un hébergement qui est exploité ou proposé en violation des normes législatives ou réglementaires ; il peut s'agir d'un hébergement objectivement indécent<sup>305</sup>.

A défaut de régularisation la situation d'hébergement dans ce délai, le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage est tenu de prendre en charge cet hébergement.

La loi Travail a complété la rédaction de l'article L.4231-1 du code du travail en étendant son application aux secteurs agricole et forestier<sup>306</sup>.

**.A.2.** La loi n'exige pas que l'hébergement soit assuré par l'entreprise étrangère elle-même, mais elle est destinataire de l'injonction du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage. Elle fait peser sur le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre une véritable obligation de résultat. La mise en conformité de l'hébergement doit être quasi instantanée ; elle est dissociée de la procédure de déclaration de l'hébergement collectif en préfecture et à l'inspection du travail<sup>307</sup> qui reste à la charge de l'hébergeur.

---

<sup>304</sup> Cette disposition du code du travail a été jugée conforme à la Constitution par le Conseil Constitutionnel saisi d'une QPC : Décision n° 2015-517 du 22 janvier 2016. Sous deux réserves logiques : un constat personnel (ce qui ne signifie pas un procès-verbal, d'ailleurs non prévu par la loi) de l'agent de contrôle habilité et le travail des salariés pour un bien ou un service pour le compte du donneur d'ordre et destiné au maître d'ouvrage.

<sup>305</sup> Cass. crim. n° 14-80041 du 22 juin 2016 ABL.

<sup>306</sup> Article 111 de la loi Travail.

<sup>307</sup> Nouveauté de la loi Macron (*voir supra p.76*).

**.A.3.** Les questions suivantes peuvent notamment se poser à l'occasion de la mise en œuvre de cette disposition :

⇒ tous les agents habilités en matière de travail illégal ont-ils réellement compétence pour intervenir auprès du maître d'ouvrage ou du donneur d'ordre<sup>308</sup> ou est-ce une prérogative réservée uniquement aux agents habilités à contrôler le respect de l'article 225-14 du code pénal (OPJ et inspection du travail),

⇒ si tous les agents habilités sont compétents, quid de leur droit d'entrée dans l'hébergement pour constater sa non-conformité, puis pour constater la régularisation de la situation ; si pas de droit d'entrée, leur nouvelle compétence est sans effet en matière de lutte contre le dumping social.

⇒ quelle infraction et quelle sanction pénale s'appliquent si le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre ne prennent pas en charge l'hébergement collectif ; la loi Savary est muette. On peut arguer( ?) que le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage devient responsable pénalement, par substitution ; il aurait été plus explicite de le mentionner dans la loi.

⇒ quel agent habilité peut relever cette infraction par procès-verbal ? Ou doit-il nécessairement passer par un signalement au procureur de la République sur la base de l'article 40 du code de procédure pénale ?

**Nota**

*Il existe une autre disposition récemment introduite dans le code du travail par la loi Macron<sup>309</sup> qui permet de faire cesser un hébergement indigne tenu par une entreprise étrangère. Il s'agit de l'article L.1263-3 du code du travail qui autorise la suspension temporaire de l'activité de l'entreprise étrangère dès lors qu'elle n'a pas fait cesser, au terme d'un délai de trois jours, un hébergement indigne qu'elle assure, après injonction d'un agent de contrôle habilité ; cette disposition n'implique donc pas le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage.*

*L'article L.1263-3 du code du travail (loi Macron) pose un sérieux problème d'articulation et de logique avec l'article L.4231-1 du code du travail (loi Savary). En effet, l'article L.1263-3 accorde un délai de trois jours à l'entreprise étrangère pour faire cesser l'hébergement indigne, alors que l'article L.4231-1 impose au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage d'obtenir de l'entreprise étrangère la cessation immédiate de cet hébergement, ce qui est logique. Pourquoi cette différence ?*

**.B. Au titre du non-respect du salaire minimal légal ou conventionnel ou au titre des rappels de salaire (articles L.1262-4-3 et R.1263-15 et suivants ou articles L.8281-1 et R.8281-1 et suivants du code du travail)**

Deux dispositions du code du travail sont susceptibles de s'appliquer. L'article L.1262-4-3 du code du travail, issu de la loi Macron, ne concerne que l'entreprise étrangère. L'article L.8281-

<sup>308</sup> Quelle légitimité et quel intérêt pour l'Urssaf ou les services fiscaux ou Pôle Emploi ?

<sup>309</sup> Voir supra p.90 et suivantes.

1 du code du travail, issu de la loi Savary, s'applique à toute entreprise, sans autre précision, ce qui inclut a priori également l'entreprise étrangère<sup>310</sup>.

### **.B.1. Quelle(s) disposition(s) du code du travail s'applique(nt) ?**

Dès lors qu'existe l'article L.1262-4-3 du code du travail, qui est une disposition spécifique du code du travail, codifiée dans la partie du code du travail dédiée aux entreprises étrangères, la question se pose de savoir si l'autre article L.8281-1 du code du travail, qui est codifié dans une autre partie du code du travail, est opposable au donneur d'ordre et au maître d'ouvrage et à la libre disposition des agents de contrôle habilités.

Peut-on en effet concevoir que le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage relève de deux textes et deux procédures différentes et aléatoires, à la seule discrétion des agents de contrôle habilités, pour la même raison, c'est-à-dire le non-respect du salaire minimal légal ou conventionnel par une entreprise étrangère ou le paiement de rappels de salaire par cette même entreprise.

La question n'est pas uniquement d'ordre juridique, car les effets et les conséquences de la mise en œuvre de l'une ou l'autre de ces dispositions sont radicalement différents, notamment en ce qui concerne les droits du salarié détaché. Ainsi, si l'agent de contrôle veut obtenir tous les résultats prévus par le code du travail au bénéfice du salarié détaché, il devra mettre en œuvre ces deux procédures différentes, assises sur deux bases juridiques différentes.

Alors que l'objectif est de rendre la loi moins complexe, moins bavarde et plus intelligible, il aurait été préférable de rédiger un texte unique de synthèse, purgé de lourdeur administrative et de tout risque de contentieux.

### **.B.2. Quelles sont les options (alternatives ou cumulatives ?) disponibles?**

#### **.B.2.1. L'option *entreprise étrangère* de l'article L.1262-4-3 du code du travail (loi Macron)**

**.B.2.1.1.** L'agent de contrôle habilité constate qu'un salarié détaché perçoit un salaire inférieur au SMIC ou au minima conventionnel (y compris non étendu), ou n'a pas perçu la totalité de son salaire de la part d'une entreprise étrangère, il informe par écrit le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage de faire cesser sans délai, chacun en ce qui les concerne, la situation, quel que soit le rang de l'entreprise étrangère dans la chaîne de sous-traitance, et ceci dans un délai de sept jours.<sup>311</sup>

Au terme de ce délai, si la régularisation n'est pas effectuée après injonction du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage adressée à l'entreprise étrangère, il est tenu de dénoncer « le contrat de prestation de services »<sup>312</sup>; le décret d'application de l'article L.1262-4-3 du code du travail n'a pas fixé le délai pour dénoncer le contrat commercial, ce qui laisse toute latitude au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage.

<sup>310</sup> L'article R.1263-15 du code du travail ne rend pas applicable, par une lecture *a contrario* de cette disposition, le mécanisme de l'article L.3245-2 du code du travail aux relations entre le donneur d'ordre et l'entreprise étrangère, ce qui ne résulte pas directement des termes de cet article.

<sup>311</sup> L'article L.1262-4-3 dit à la fois que la situation doit cesser immédiatement, tout en prévoyant un délai de régularisation fixé à sept jours par l'article R.1263-16 du code du travail.

<sup>312</sup> Ecrit ainsi dans la loi.

A défaut de dénonciation du contrat de prestation de services, le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage est tenu solidairement au paiement des minima de salaires, des rappels de salaire dus au salarié détaché et des cotisations sociales (lorsqu'elles sont dues en France).

**.B.2.1.2.** La rédaction de l'article L.1262-4-3 du code du travail appelle les remarques suivantes:

⇒ la relation et l'articulation entre la résiliation du marché et les droits du salarié victime du dumping social sont assez inattendues, sans objet et préjudiciables au salarié victime du dumping social dont la mise en œuvre d'un droit dépend du comportement de plusieurs tiers dont il n'a pas, de surcroît, connaissance,

⇒ la résiliation vise « le contrat de prestation de services ». Faut-il comprendre que le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre peut résilier tout contrat, y compris celui qu'il n'a pas signé et qui concernerait par exemple une entreprise étrangère sous-traitante de 4<sup>ème</sup> rang. Ou s'agit-il du contrat qu'il a personnellement signé avec l'entreprise étrangère?

⇒ le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage ne s'expose à aucune sanction pénale, s'il n'écrit pas à l'entreprise étrangère, ou s'il ne résilie pas le marché ou s'il continue à recourir en toute connaissance de cause à une entreprise étrangère qui ne respecte pas le SMIC ou le salaire conventionnel et pratique du dumping social. Sa responsabilité est purement civile. La loi Macron, tout comme la loi Savary, fait donc reposer sur le salarié détaché, c'est-à-dire la victime, la lutte contre le dumping social en cas de non-respect des minima de rémunération ou de non paiement de sa rémunération.

⇒ le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage n'ont pas de délai pour dénoncer le contrat de prestation de services, ce qui prive d'effectivité cette mesure,

⇒ comment le salarié victime du dumping social prouve au juge que les conditions posées par l'article L.1262-4-3 du code du travail sont réunies puisqu'il ne peut pas obtenir une copie des courriers échangés entre l'agent habilité et le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage, qui sont couverts par le secret professionnel et qui sont cependant le fondement et la justification juridiques de son action ? Comment saura-t-il officiellement que le marché n'a pas été résilié ?

⇒ le risque pour un donneur d'ordre ou un maître d'ouvrage de se faire assigner devant le conseil de prud'hommes en France par un salarié détaché est très réduit, voire négligeable,

⇒ par *a contrario*, on comprend que le salarié victime n'a plus de recours contre le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage si le marché est résilié ; il se retrouve alors dans la situation antérieure à la loi Macron.

**.B.3.3. L'option toute entreprise de l'article L.8281-1 du code du travail relatif au non-respect du noyau dur du code du travail (loi Savary)**

Cette seconde option à la disposition des agents de contrôle habilités pour obtenir la régularisation de la rémunération du salarié détaché est incluse dans la rédaction de l'article L.8281-1 du code du travail relatif au respect du noyau dur du code du travail, dont elle ne constitue qu'un sous ensemble (*voir infra C.*).

**Nota**

*L'existence de ces deux procédures, qui visent a priori le même résultat, mais selon des modalités différentes, risquent de créer un bel imbroglia juridique et une complexité administrative remarquable de nature à priver totalement d'effet des dispositions pourtant présentées comme décisives pour lutter contre le dumping social du fait des pratiques salariales des entreprises étrangères.*

**.C. Au titre du non-respect du noyau dur de la législation du travail (articles L.8281-1 et R.8281-1 et suivants du code du travail)**

Cette disposition de la loi Savary a manifestement été conçue pour « moraliser », à titre principal, les relations commerciales dans le cadre d'une opération de sous-traitance franco-française, compte tenu de l'emplacement de sa codification dans le code du travail. Cependant la généralité de sa rédaction permet d'en faire application à un donneur d'ordre qui recourt à une entreprise étrangère.

Il en résulte donc, pour le recours à une entreprise étrangère, le mécanisme suivant, comparable à celui prévu par l'article L.1262-4-3 du code du travail pour le respect du SMIC ou des minima conventionnels et les rappels de salaires, avec cependant quelques différences notables.

**.C.1.** Lorsque le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre est informé par un agent de contrôle habilité qu'une entreprise étrangère commet une infraction relative à une des dispositions relevant du noyau dur du code du travail, il enjoint par écrit, dans les 24 heures, à cette entreprise de faire cesser la situation.

L'entreprise étrangère dispose d'un délai de 15 jours pour répondre au maître d'ouvrage ou au donneur d'ordre.

Le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre informe lui-même l'agent habilité des suites données par l'entreprise étrangère dès réception de sa réponse ou, au plus tard, au terme du délai de 15 jours.

Si le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre n'écrit pas à l'entreprise étrangère pour lui demander de faire cesser la situation ou s'il n'informe pas l'agent habilité, au plus tard dans les 2 jours suivant l'expiration du délai de 15 jours, des suites données par l'entreprise étrangère, il est passible de l'amende prévue par les contraventions de 5<sup>ème</sup> classe.

Est visé par ce mécanisme, le non-respect des dispositions du code du travail ou des conventions collectives (étendues ?) suivantes :

- ⇒ les libertés individuelles et collectives,
- ⇒ les discriminations et l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes,
- ⇒ la maternité et les congés pour événements familiaux,
- ⇒ le travail temporaire,

- ⇒ l'exercice du droit de grève,
- ⇒ l'hygiène, la santé et la sécurité,
- ⇒ les congés payés et les jours fériés,
- ⇒ la durée du travail et les repos,
- ⇒ la surveillance médicale,
- ⇒ le travail des enfants et des jeunes travailleurs,
- ⇒ **le salaire, y compris les heures supplémentaires et son paiement (2<sup>ème</sup> option visant le salarié détaché).**

**.C.2.** La portée de cette disposition du code du travail est particulièrement limitée pour le salarié détaché parce que :

- ⇒ elle n'offre au salarié détaché aucun recours contre le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre. Il doit s'en remettre à la bonne volonté de son employeur.
- ⇒ le salarié détaché ne dispose d'aucune information sur la mise en œuvre de cette procédure par l'agent habilité ; il n'en connaît ni l'engagement, ni les résultats. Il en ignore l'existence<sup>313</sup>.
- ⇒ le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre n'est pas tenu d'obtenir de la part de l'entreprise étrangère le respect du noyau dur dont elle viole les dispositions: pas d'obligation de résultat, mais une simple obligation de moyen (envoyer un écrit et informer l'agent habilité).
- ⇒ il n'a pas l'obligation de résilier le marché, il peut donc continuer à recourir en toute connaissance à une entreprise étrangère qui ne respecte pas le noyau dur du code du travail et pratique du dumping social en versant des salaires inférieurs au minima légal ou conventionnel,
- ⇒ il ne s'expose à aucune sanction pénale, ni civile, s'il continue à recourir en toute connaissance de cause à une entreprise étrangère qui ne respecte pas le noyau dur du code du travail et pratique du dumping social,
- ⇒ il s'expose à une (petite) contravention de 5<sup>ème</sup> classe s'il ne respecte pas son obligation de moyen et le formalisme prévu par l'article L.8281-1 du code du travail.

**Nota**

*Les questions suivantes peuvent notamment se poser à l'occasion de la mise en œuvre de ces trois dispositions impliquant le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage dans la lutte contre le dumping social du fait des entreprises étrangères :*

<sup>313</sup> La loi Savary et le décret n° 2015-364 du 30 mars 2015 sont muets sur le droit à l'information du salarié.



- tous les agents habilités en matière de travail illégal ont-ils réellement compétence pour intervenir auprès du maître d'ouvrage ou du donneur d'ordre<sup>314</sup> ou est-ce une prérogative réservée uniquement aux agents habilités à contrôler les conditions d'hébergement des salariés et le respect du code du travail et des conventions collectives, c'est-à-dire essentiellement l'inspection du travail,

- si tous les agents de contrôle habilités sont compétents, quid de leur droit d'entrée dans les hébergements et de leur droit de demander la communication des bulletins de paie et autres documents sociaux, puisque leur intervention s'effectue alors hors champ du travail illégal,

- s'agissant de la mise en œuvre de l'article L.8281-1 du code du travail, l'agent de contrôle habilité doit-il préalablement établir un procès-verbal dès lors que cet article mentionne explicitement l'existence d'une infraction<sup>315</sup>. Dans l'affirmative, sur quelle base juridique, si l'agent de contrôle n'est pas un agent de l'inspection du travail ?

#### **.D. L'information sociale de l'entreprise de travail temporaire non établie en France (article L.1262-2-1 IV et V du code du travail)**

En application de l'article 2 de l'ordonnance Travail du 20 février 2019, le donneur d'ordre (c'est-à-dire l'entreprise utilisatrice) qui recourt à une entreprise de travail temporaire non établie en France est tenue à une obligation d'information préalable auprès de celle-ci. Cette obligation d'information diffère selon la domiciliation de l'entreprise utilisatrice :

⇒ lorsque l'entreprise utilisatrice n'est pas établie en France, elle informe préalablement au détachement du salarié intérimaire l'entreprise de travail temporaire des règles sociales applicables à ce salarié détaché ; la liste des informations à communiquer est fixée par l'arrêté du 28 juillet 2020 du ministre chargé du travail. De ce fait, la déclaration à l'inspection du travail, à peine créée, est supprimée.

⇒ lorsque l'entreprise utilisatrice est établie en France, elle informe préalablement au détachement du salarié intérimaire l'entreprise de travail temporaire des règles applicables à ce salarié détaché, mais uniquement en matière de rémunération.

Cette différence du niveau d'information communiquée par l'entreprise utilisatrice à l'entreprise de travail temporaire n'est pas expliquée, peu compréhensible, et complexifie un peu plus le droit applicable.

Seul le défaut d'information de l'entreprise de travail temporaire sur le niveau de rémunération par l'entreprise utilisatrice établie en France fait l'objet d'une sanction, qui est l'amende administrative mentionnée aux articles L.1264-2 4° et L.1264-3 du code du travail, mais à condition que le salarié détaché perçoive un montant inférieur à cette rémunération.

<sup>314</sup> Ce qui serait une évolution remarquable et non anodine des missions des agents habilités, notamment si les douaniers s'occupent désormais de l'exercice du droit de grève et de la lutte contre les discriminations.

<sup>315</sup> Ce qui n'est pas le cas de la rédaction de l'article L.1264-4-1 et de l'article L.3245-2 du code du travail, autrement libellés.

### **.E. L'obligation du maître d'ouvrage d'informer le salarié par voie d'affichage (articles L.1262-4-5 et D.1263-21 du code du travail)**

La loi Travail a introduit dans le code du travail un article L.1262-4-5 du code du travail qui impose au maître d'ouvrage sur les grands chantiers du bâtiment et de génie civil, de procéder à un affichage informant le salarié détaché de la législation du travail qui lui est applicable en France. L'affichage est accessible et traduit dans une des langues officielles parlées dans chacun des Etats d'appartenance des salariés détachés sur le chantier.

L'obligation d'affichage s'applique uniquement aux grands chantiers mentionnés à l'article L.4532-10 du code du travail, c'est-à-dire ceux tenus de constituer un collège interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail<sup>316</sup>. L'article 3 du décret du 5 mai 2017, codifié à l'article D.1263-21 du code du travail, précise le contenu et les modalités de cette information :

⇒ L'affiche présente les informations sur la réglementation française de droit du travail applicable aux salariés détachés en France en matière de durée du travail, de salaire minimum, d'hébergement, de prévention des chutes de hauteur, d'équipements individuels obligatoires et d'existence d'un droit de retrait.

⇒ L'affiche mentionne les conditions selon lesquelles le salarié peut faire valoir ses droits.

⇒ Ces informations, traduites dans l'une des langues officielles parlées dans chacun des Etats d'appartenance des salariés détachés sur le chantier, sont affichées dans le local vestiaire et sont tenues dans un bon état de lisibilité.

Le défaut d'affichage de cette information par le maître d'ouvrage est passible de l'amende administrative de 4 000 euros<sup>317</sup> par salarié mentionnée à l'article L.1264-3 du code du travail, et dans la limite de 500 000 euros, qui est appliquée par le Direccte ou le Dieccte dans les conditions prévues pour le défaut de déclaration de détachement du salarié (*voir supra p.56 et 90*).

### **.III. LES AUTRES OBLIGATIONS INCOMBANT AU DONNEUR D'ORDRE OU AU MAÎTRE D'OUVRAGE**

Aux obligations en relation directe avec la lutte contre le dumping social, s'ajoutent plusieurs autres dispositions spécifiques relatives à l'intervention d'une entreprise étrangère sur le territoire français dont le respect incombe au donneur d'ordre et au maître d'ouvrage. Ces dispositions ont été créées successivement par la loi Savary, puis par la loi Macron, et enfin par la loi Travail ; ces dispositions spécifiques sont complétées elles mêmes par l'obligation de

<sup>316</sup> Cf Article R.4532-77 du code du travail : 10 000 hommes-jours et plus de 10 entreprises intervenantes si bâtiment et plus de 5 entreprises si génie civil.

<sup>317</sup> Porté à 8 000 euros, si réitération dans un délai de deux ans à compter de la notification de l'amende.

droit commun de faire agréer le sous-traitant, au titre de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

**.A. La vérification du respect de la déclaration de détachement au titre des lois Savary, Macron et Travail (articles L.1262-4-1 alinéa 1<sup>er</sup>, L.1264-2 1<sup>o</sup> et R.1263-12 du code du travail)**

**.A.1.** Avant le début du travail du salarié en qualité de détaché sur le territoire français, le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage s'assure que l'entreprise étrangère à qui il recourt pour effectuer une prestation de services a procédé à la déclaration nominative de détachement de ce salarié, via l'application SIPSI. Cette vérification s'effectue par la remise préalable au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage, soit de la copie de la déclaration de détachement (article L.1262-4-1 alinéa 1<sup>er</sup> du code du travail), soit de l'accusé de réception de la déclaration de détachement, délivré par l'application SIPSI (article R.1263-13 du code du travail) ; ces deux textes du code du travail sont en effet d'une rédaction différente et ne mentionnent pas le même document.

En application de l'article L.1264-2 1<sup>o</sup> du code du travail, le défaut de vérification de l'accomplissement de la déclaration de détachement par l'entreprise étrangère est passible d'une amende administrative d'un montant unitaire modulable de 4 000 euros<sup>318</sup> par salarié détaché concerné et d'un montant cumulé maximal de 500 000 euros. Cette pénalité financière est éventuellement appliquée par le Direccte ou le Dieccte, sur rapport d'un agent de l'inspection du travail.

**Nota**

*Aucun texte, codifié ou non dans le code du travail, ne prévoit expressément la délivrance d'un accusé de réception de la déclaration de détachement par l'application SIPSI, contrairement à ce qui est mentionné à l'article R.1221-7 du code du travail pour la déclaration préalable à l'embauche.*

*L'accusé de réception n'est évoqué que de façon incidente, notamment par les articles R.1263-12-1 et D.1221-24-1 du code du travail.*

*L'accusé de réception n'a donc aucun fondement juridique et les procédures de sanction ou de pénalité en relation avec l'existence de cet accusé de réception n'ont pas de base légale.*

En application de l'article R.1331-6 du code des transports, issu du décret du 7 avril 2016 (**voir supra p.56 et suivantes**), lorsque l'entreprise étrangère relève du secteur des transports roulants ou navigants, le donneur d'ordre<sup>319</sup> vérifie avant le début du détachement, que l'entreprise étrangère a établi l'attestation de détachement ; le caractère préalable de la vérification se déduit de la lecture de l'article R.1331-6 précité. Cette vérification s'effectue par la remise de la copie de l'attestation de détachement.

**.A.2.** La mise en œuvre et l'effectivité de cette vérification et de sa sanction au titre de la loi Savary sont sensiblement obérées par les malfaçons rédactionnelles qui résultent de la loi

<sup>318</sup> Porté à 8 000 euros si réitération dans un délai de deux ans.

<sup>319</sup> C'est-à-dire le destinataire du contrat de transport (article L.1331-2 du code des transports).

Savary et de son décret d'application du 30 mars 2015, outre la différence rédactionnelle précitée :

⇒ au terme de l'article L.1262-4-1 du code du travail, le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage procède à cette vérification lorsqu'il recourt à un prestataire de services. Juridiquement, cette formulation ne rend pas obligatoire la vérification de la déclaration de détachement pour le salarié détaché dans le cas d'une prestation pour compte propre ou à l'occasion d'une mobilité intragroupe. Cette différence de traitement est assez peu compréhensible au regard de l'esprit de la loi.

⇒ la loi précise que la déclaration de détachement est adressée à l'inspection du travail ; le décret stipule quant à lui que la déclaration est envoyée à l'unité départementale de la Direccte ou de la Dieccte, qui est une autre autorité administrative. Cette non-conformité visible du décret à la loi peut permettre, en cas de contentieux, au donneur d'ordre ou maître d'ouvrage d'obtenir l'annulation du recouvrement et d'échapper à l'amende administrative.

⇒ la loi précise que l'amende administrative est automatique et s'applique de plein droit ; seul son montant est modulable. Or le décret rend cette pénalité facultative, à la discrétion du Direccte ou du Dieccte, ce qui dénature la volonté du législateur et atténue sensiblement la volonté de lutter contre le dumping social (*voir supra p.56 et suivantes*).

**Nota**

*Dans le secteur des transports roulants ou navigants, la mise en œuvre de la sanction administrative contre le donneur d'ordre qui n'a pas vérifié que l'entreprise étrangère a établi l'attestation de détachement, en se faisant remettre une copie de ce document, n'est pas possible. En effet, l'initialisation de la procédure de sanction se fait, en application de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1264-3 du code du travail, par une démarche de l'inspection du travail, mais qui n'a pas compétence, en l'absence d'habilitation législative expresse, pour vérifier le respect du décret du 7 avril 2016 codifié dans le code des transports.*

**.B. L'envoi d'une déclaration de détachement de substitution au titre des lois Macron et Travail (articles L.1262-4-1 alinéa 1<sup>er</sup>, L.1263-4-1, L.1264-2 1<sup>o</sup> et R.1263-13 et suivants du code du travail)<sup>320</sup>.**

**.B.1.** La loi Macron a complété l'article L.1262-4-1 du code du travail, issu de la loi Savary, en modifiant sensiblement l'obligation qui pèse sur le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage.

A défaut de s'être fait remettre par son cocontractant la copie de la déclaration de détachement ou l'accusé de réception délivré par l'application SIPSi de la déclaration de détachement (rédaction différente de la loi et du décret qui ne mentionnent pas le même document), le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage adresse, dans les 48 heures suivant le début du détachement, une déclaration de substitution, dite subsidiaire, à l'inspection du travail du lieu où débute la prestation. Contrairement à la loi, l'article 1<sup>er</sup> du décret du 19

<sup>320</sup> Article 280 II 3<sup>o</sup> de la loi Macron ; article L.1262-4-1 modifié du code du travail. Décret n° 2016-27 du 19 janvier 2016; articles R.1263-13 et suivants du code du travail.

janvier 2016 précise dans l'article R.1263-13 du code du travail que la déclaration de substitution est envoyée à l'unité départementale.

Le défaut d'envoi de cette déclaration de substitution dans les 48 heures à l'inspection du travail (et non pas à l'unité départementale, puisque le texte de pénalité vise l'article L.1262-4-1 du code du travail) est passible de deux sanctions qui se cumulent:

⇒ d'une part, la même amende administrative, d'un montant unitaire modulable de 4000 euros<sup>321</sup>, et d'un montant cumulé maximal de 500 000 euros, que celle applicable à l'entreprise étrangère qui n'effectue pas la déclaration de détachement, et mentionnée à l'article L.1264-3 du code du travail Cette pénalité est éventuellement appliquée par le Direccte ou le Dieccte, sur rapport d'un agent de l'inspection du travail.

⇒ la suspension de la réalisation de la prestation de services à défaut de réception de la déclaration de substitution<sup>322</sup>, et dans la limite d'une durée d'un mois, en application de l'article L.1263-4-1 du code du travail, issu de la loi Travail). La suspension est prononcée par l'autorité administrative, sur rapport d'un agent de l'inspection du travail. En utilisant les termes de « prestation de services », l'article L.1263-4-1 du code du travail réserve la mesure de suspension au seul cas de défaut de déclaration détachement de substitution dans le cadre d'une PSI, à du détachement dans le cadre de la mobilité internationale intragroupe.

La mise en œuvre de ces deux sanctions est fragilisée pour une double raison:

.- le code du travail ne mentionne pas le même document (copie au niveau de la loi ou accusé de réception au niveau du décret) que doit se faire mettre le donneur d'ordre par son cocontractant prestataire de services,

.- aucun texte, codifié ou non dans le code du travail, ne prévoit expressément la délivrance d'un accusé de réception de la déclaration de détachement par l'application SIPSI, contrairement à ce qui est mentionné à l'article R.1221-7 du code du travail pour la déclaration préalable à l'embauche.

L'accusé de réception n'est évoqué que de façon incidente, notamment par les articles R.1263-12-1 et D.1221-24-1 du code du travail.

L'accusé de réception n'a donc aucun fondement juridique et les procédures de sanction ou de pénalité en relation avec l'existence de cet accusé de réception n'ont pas de base légale.

#### **Nota**

*Les articles 89 et 90 de la loi Avenir professionnel apportent deux tempéraments notables à l'obligation de procéder à la déclaration de détachement (voir supra p.56 et suivantes), ce qui a des effets directs sur les obligations de vigilance et de vérification de l'accomplissement de cette déclaration par le donneur d'ordre et par le maître d'ouvrage.*

<sup>321</sup> Porté à 8 000 euros en cas de réitération dans un délai de deux ans.

<sup>322</sup> La demande de régularisation de la déclaration de détachement est-elle compatible juridiquement avec la mise en œuvre immédiate de la pénalité administrative financière ?

*.1. L'article 89 crée un article L.1262-6 du code du travail qui a permis au ministère du travail de supprimer par l'arrêté du 4 juin 2019 (voir **infra en annexe p.311**) la déclaration de détachement pour des prestations et des opérations de courte durée ou dans le cadre d'événements ponctuels. Par voie de conséquence, l'obligation de vérification du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage disparaît pour les détachements de salarié relevant de cet arrêté.*

*.2. L'article 90 de la loi Avenir professionnel crée un article L.1263-8 du code du travail qui permet à l'autorité administrative d'apporter des aménagements aux modalités de la déclaration de détachement à l'employeur qui détache en France des salariés de façon récurrente. Ces aménagements ne remettent pas en cause le principe de la déclaration de détachement. L'arrêté d'application n'est pas publié à ce jour.*

*L'obligation de vérification par le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage de l'existence de la déclaration de détachement devra être déterminée, en principe, par le contenu de chacune des décisions administratives auxquelles il conviendra de se référer, lorsqu'elles existeront. A défaut, aucune amende administrative ne sera possible à l'égard du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage.*

*Reste cependant à savoir si le non respect de l'obligation de vérification prévue par une décision administrative d'aménagement des modalités de la déclaration de détachement pourra faire l'objet des sanctions prévues par le code du travail qui ne vise pas le non respect d'une telle décision administrative ; le code du travail ne vise que le non respect de l'obligation légale qu'il prévoit.*

Quelques remarques sur l'articulation entre les deux lois Savary et Macron :

⇒ on reconnaît explicitement que l'entreprise étrangère puisse ne pas respecter la loi sur une obligation fondamentale de transparence, et malgré une pénalité dissuasive. L'affichage est peu judicieux.

⇒ on remet en cause le caractère préalable de la déclaration de détachement, avec des connivences possibles entre le donneur d'ordre et l'entreprise étrangère pour un détachement de très courte durée (spectacles, mannequinat). Dans ce cas de connivence, la déclaration sera faite par le donneur d'ordre dans les 48 heures, mais après la prestation terminée.

⇒ à défaut d'adresser cette déclaration de substitution à l'inspection du travail, le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage est-il passible des deux amendes administratives: l'une pour défaut de vérification, l'autre pour défaut d'envoi de la déclaration de substitution ?

⇒ la loi précise que la déclaration de substitution est adressée à l'inspection du travail ; le décret d'application précise qu'elle est transmise à l'unité départementale, qui est une autre autorité administrative. Cette non-conformité du décret à la loi ajoute à la fragilisation juridique des deux sanctions (amende administrative et suspension d'activité) prévues à l'encontre du donneur d'ordre défaillant.

**.B.2.** En application de l'article R.1331-6 I du code des transports (*voir supra p.56 et suivantes*), lorsque l'entreprise étrangère relève du secteur des transports roulants ou navigants, le donneur d'ordre vérifie, avant le détachement du salarié, qu'elle a établi l'attestation de détachement qui se substitue à la déclaration de détachement ; cette vérification est réputée satisfaite lorsque le donneur d'ordre s'est fait remettre une copie de l'attestation de détachement.

Lorsque l'entreprise étrangère, qui relève du secteur des transports roulants ou navigants, n'a pas établi l'attestation de détachement, l'article R.1331-6 II du code des transports prévoit le dispositif alternatif suivant :

⇒ si le salarié est détaché dans le cadre d'une mobilité internationale intragroupe ou par une entreprise de travail temporaire, l'entreprise d'accueil ou l'entreprise utilisatrice établit une attestation de détachement de substitution qui est adressée, dans les 48h du début du détachement, via l'application SIPSI. L'entreprise d'accueil ou l'entreprise utilisatrice reçoit un accusé de réception ; un exemplaire de l'attestation est remis au salarié détaché pour être tenu à bord du moyen de transport.

**Nota**

*Aucun texte, codifié ou non dans le code du travail, ne prévoit expressément la délivrance d'un accusé de réception de la déclaration de détachement par l'application SIPSI, contrairement à ce qui est mentionné à l'article R.1221-7 du code du travail pour la déclaration préalable à l'embauche.*

*L'accusé de réception n'est évoqué que de façon incidente, notamment par les articles R.1263-12-1 et D.1221-24-1 du code du travail.*

*L'accusé de réception n'a donc aucun fondement juridique et les procédures de sanction ou de pénalité en relation avec l'existence de cet accusé de réception n'ont pas de base légale*

⇒ si le salarié est détaché dans le cadre d'une prestation de services internationale (opération de cabotage, par exemple), l'agent de contrôle informe (de quoi et à quel moment?) le donneur d'ordre s'il est la seule partie au contrat mentionné à l'article L.132-8 du code de commerce établie en France. En ce cas, le donneur d'ordre est tenu aux obligations mises à la charge du donneur d'ordre en application des articles L.3245-2, R.3245-1 à R.3245-4<sup>323</sup>, L.4231-1, R.4231-1 à R.4231-4<sup>324</sup> et L.8281-1 et R.8281-1 à R.8281-4<sup>325</sup> du code du travail.

Dans le secteur des transports roulants ou navigants, le décret du 7 avril 2016 ne prévoyait pas d'amende administrative à l'encontre du donneur d'ordre défaillant. L'article R.1331-11 du code des transports, issu de ce décret, ne visait en effet que l'entreprise étrangère. Cette lacune a été comblée par le 6° de l'article 3 du décret du 4 juin 2019 qui a reformulé la

<sup>323</sup> Vérification du respect du salaire minimum légal ou conventionnel. Sauf que ces dispositions ne s'appliquent pas à l'entreprise étrangère, compte tenu de la rédaction de l'article R.1263-15 du code du travail.

<sup>324</sup> Vérification de l'hébergement.

<sup>325</sup> Vérification du noyau dur du code du travail.

rédaction de l'article R.1331-11 de ce code. Cependant, la mise en œuvre de cette amende administrative par le Direccte ou par le Dieccte n'est pas effectivement possible puisque les agents de l'inspection du travail n'ont pas compétence, à défaut d'habilitation législative expresse, pour veiller au respect du code des transports ; cette sanction administrative reste virtuelle.

**Nota**

*La loi Travail prévoyait que le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage, qui procède à la déclaration de substitution de détachement via SIPSI, était tenu de payer la même contribution financière de 50 euros au plus que l'entreprise étrangère défailante. La contribution forfaitaire a été supprimée par le décret du 9 février 2018, puis par l'article 92 de la loi Avenir professionnel (voir supra p.57).*

**.C. La vérification spécifique par le maître d'ouvrage pris en cette qualité du respect de la déclaration de détachement au titre de la loi Travail (articles L.1262-4-1 II, L.1264-2 1° et R.1263-12-1 du code du travail)**

La loi Travail a créé une obligation de vérification spécifique supplémentaire à l'égard du seul maître d'ouvrage pour s'assurer du respect de l'accomplissement de la déclaration de détachement par une entreprise étrangère.

Le maître d'ouvrage est désormais tenu de vérifier que :

⇒ chaque sous-traitant direct ou indirect établi hors de France qu'il agréé au titre de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance,

**Nota**

*Les articles 89 et 90 de la loi Avenir professionnel apportent deux tempéraments notables à l'obligation de procéder à la déclaration de détachement (voir supra p.56 et suivantes), ce qui a des conséquences directes sur les obligations de vigilance et de vérification du maître d'ouvrage.*

*.1. L'article 89 crée un article L.1262-6 du code du travail qui a permis au ministère du travail de supprimer par l'arrêté du 4 juin 2019 (voir infra en annexe p.311) la déclaration de détachement pour des prestations et des opérations de courte durée ou dans le cadre d'événements ponctuels. Par voie de conséquence, l'obligation de vérification du maître d'ouvrage disparaît pour les détachements opérés par une entreprise étrangère sous-traitante relevant de cet arrêté.*

*.2. L'article 90 de la loi Avenir professionnel crée un article L.1263-8 du code du travail qui permet à l'autorité administrative d'apporter des aménagements aux modalités de la déclaration de détachement à l'employeur qui détache en France des salariés de façon récurrente. Ces aménagements ne remettent pas en cause le principe de la déclaration de*



*détachement. L'obligation de vérification par le maître d'ouvrage de l'existence de la déclaration de détachement effectuée par le sous-traitant devra être déterminée, en principe, par le contenu de chacune des décisions administratives auxquelles il conviendra de se référer, lorsqu'elles existeront. A défaut, aucune amende administrative ne sera possible à l'égard du maître d'ouvrage. L'arrêté d'application n'est pas publié à ce jour.*

*Reste cependant à savoir si le non respect de l'obligation de vérification prévue par une décision administrative d'aménagement des modalités de la déclaration de détachement pourra faire l'objet des sanctions prévues par le code du travail qui ne vise pas le non respect d'une telle décision administrative ; le code du travail ne vise que le non respect de l'obligation légale qu'il prévoit.*

⇒ chaque entreprise de travail temporaire établie hors de France à laquelle recourt le sous-traitant direct ou indirect, établi en France ou non, qu'il agrée au titre de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance, a procédé à la déclaration de détachement du salarié qu'elle détache en France auprès de ce sous-traitant.

L'article 1<sup>er</sup> du décret d'application du 5 mai 2017, codifié à l'article R.1263-12-1 du code du travail, précise que le maître d'ouvrage s'acquitte de cette obligation de vérification en demandant, avant chaque détachement, à chaque sous-traitant ou à chaque entreprise de travail temporaire, l'accusé de réception délivré par l'application SIPSI, qu'il a adressée à l'unité départementale<sup>326</sup> compétente.

La remise de l'accusé de réception détenu par l'entreprise de travail temporaire qui, par ailleurs doit être également remis à l'entreprise utilisatrice alors que ce document est unique, prive l'entreprise de travail temporaire d'un document probant attestant du respect de son obligation déclarative.

Le maître d'ouvrage se doit donc de vérifier le respect de la déclaration de détachement de:

- ⇒ son propre cocontractant lorsque celui-ci est une entreprise étrangère,
- ⇒ son ou ses sous-traitants établi(s) à l'étranger qu'il a agréés,
- ⇒ de la ou des entreprise(s) de travail temporaire établie(s) à l'étranger qui met(tent) un salarié intérimaire à la disposition de l'un de ces sous-traitants agréés.

Le défaut de vérification par le maître d'ouvrage de cette déclaration de détachement est passible de l'amende administrative de 4 000 euros<sup>327</sup>, et d'un montant cumulé maximal de 500 000 euros, mentionnée à l'article L.1264-3 du code du travail, qui est celle prévue pour le défaut de déclaration de détachement ou le défaut de désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère (**voir supra p.56, 64, 89 et 90**).

<sup>326</sup> L'article R.1263-12-1 du code du travail mentionne l'unité départementale destinataire de la déclaration de détachement, alors que l'article L.1262-2-1 vise l'inspection du travail qui est une autre autorité administrative.

<sup>327</sup> Porté à 8 000 euros en cas de réitération dans un délai de deux ans.

**Nota**

*.- La vérification du respect de la déclaration de détachement que doit effectuer l'entreprise de travail temporaire établie à l'étranger qui met un salarié intérimaire à la disposition d'un sous-traitant, établi ou non à l'étranger est quasi impossible à réaliser par le maître d'ouvrage qui ne dispose d'aucune information particulière sur la présence de cet intérimaire dans les effectifs du sous-traitant.*

*.- Aucun texte, codifié ou non dans le code du travail, ne prévoit expressément la délivrance d'un accusé de réception de la déclaration de détachement par l'application SIPSI, contrairement à ce qui est mentionné à l'article R.1221-7 du code du travail pour la déclaration préalable à l'embauche.*

*L'accusé de réception n'est évoqué que de façon incidente, notamment par les articles R.1263-12-1 et D.1221-24-1 du code du travail.*

*L'accusé de réception n'a donc aucun fondement juridique et les procédures de sanction ou de pénalité en relation avec l'existence de cet accusé de réception n'ont pas de base légale.*

#### **.D. La vérification du respect de la désignation du représentant de l'entreprise étrangère en France (articles L.1262-4-1, L.1264-2 1° et R.1263-12 du code du travail)**

**.D.1.** Avant le début du travail du salarié en qualité de détaché sur le territoire français, le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage s'assure que l'entreprise étrangère à qui il recourt pour effectuer une prestation de services a procédé à la désignation de son représentant en France, y compris si l'entreprise étrangère relève du secteur des transports roulants ou navigants.

Cette vérification s'effectue par la remise préalable au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage de l'accusé de réception de la déclaration de détachement délivrée par l'application SIPSI, puisque le 3° de l'article 1<sup>er</sup> et le 2° de l'article 3 du décret du 4 juin 2019 intègrent la désignation du représentant en France dans la déclaration de détachement ou dans l'attestation de détachement, même si l'entreprise étrangère a omis de le mentionner dans la déclaration ou l'attestation de détachement.

La remise de l'accusé de réception détenu par l'entreprise étrangère la prive d'un document probant attestant du respect de son obligation déclarative.

Le défaut de vérification de l'accomplissement de la désignation de son représentant en France par l'entreprise étrangère est passible de l'amende administrative d'un montant unitaire modulable de 4 000 euros<sup>328</sup>, et d'un montant cumulé maximal de 500 000 euros, mentionnée à l'article L.1264-3 du code du travail. Cette pénalité financière est éventuellement appliquée par le Direccte ou le Dieccte, sur rapport d'un agent de l'inspection du travail.

<sup>328</sup> Porté à 8 000 euros en cas de réitération dans un délai de deux ans.

**Nota**

*Aucun texte, codifié ou non dans le code du travail, ne prévoit expressément la délivrance d'un accusé de réception de la déclaration de détachement par l'application SIPSi, contrairement à ce qui est mentionné à l'article R.1221-7 du code du travail pour la déclaration préalable à l'embauche.*

*L'accusé de réception n'est évoqué que de façon incidente, notamment par les articles R.1263-12-1 et D.1221-24-1 du code du travail.*

*L'accusé de réception n'a donc aucun fondement juridique et les procédures de sanction ou de pénalité en relation avec l'existence de cet accusé de réception n'ont pas de base légale.*

**.D.2.** Dans le secteur des transports roulants ou navigants, le donneur d'ordre se fait remettre, avant le début du détachement du salarié, une copie de l'attestation de détachement qui comporte l'identité du représentant en France de l'entreprise de transport.

Le décret du 7 avril 2016 (**voir supra p.56 et suivantes**) n'avait pas prévu d'amende administrative à l'encontre du donneur d'ordre défaillant. Cette lacune a été comblée par le 6° de l'article 3 du décret du 4 juin 2019, qui a reformulé la rédaction de l'article R.1331-11 du code du travail. Mais la procédure de mise en œuvre de cette sanction administrative prise par le Direccte ou le Dieccte ne relève pas de la compétence des agents de l'inspection du travail qui ne sont pas autorisés, à défaut d'habilitation législative expresse, à veiller à l'application du code des transports ; l'amende administrative à l'égard du donneur d'ordre restera virtuelle.

**Nota**

*Les articles 89 et 90 de la loi Avenir professionnel apportent deux tempéraments notables à l'obligation de procéder à la désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère (**voir supra p.64 et suivantes**), ce qui a des conséquences directes sur les obligations de vigilance et de vérification de désignation de ce représentant par le donneur d'ordre et par le maître d'ouvrage.*

**.1.** *L'article 89 crée un article L.1262-6 du code du travail a permis au ministère du travail de supprimer par l'arrêté du 4 juin 2019 (**voir infra en annexe p.311**) a désignation de ce représentant pour des prestations et des opérations de courte durée ou dans le cadre d'événements ponctuels. Par voie de conséquence, l'obligation de vérification du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage disparaît pour les détachements relevant de cet arrêté.*

**.2.** *L'article 90 de la loi Avenir professionnel crée un article L.1263-8 du code du travail qui permet à l'autorité administrative d'apporter des aménagements aux modalités de désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère qui détache en France des salariés de façon récurrente. Ces aménagements ne remettent pas en cause le principe de la désignation de ce représentant. L'obligation de vérification par le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage de l'existence de la désignation du représentant en France devra être déterminée, en principe, par le contenu de chacune des décisions administratives auxquelles*

*il conviendra de se référer, lorsqu'elles existeront. A défaut, aucune amende administrative ne sera possible à l'égard du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage. L'arrêté d'application n'est pas publié à ce jour.*

*Reste cependant à savoir si le non respect de l'obligation de vérification prévue par une décision administrative d'aménagement des modalités de désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère pourra faire l'objet des sanctions prévues par le code du travail qui ne vise pas le non respect d'une telle décision administrative ; le code du travail ne vise que le non respect de l'obligation légale qu'il prévoit.*

**.D.3.** La mise en œuvre et l'effectivité de cette vérification et de sa sanction sont également obérées par les malfaçons rédactionnelles qui résultent de la loi Savary et de son décret d'application du 30 mars 2015 :

⇒ au terme de l'article L.1262-4-1 du code du travail, le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage procède à cette vérification lorsqu'il recourt à un prestataire de services. Juridiquement, cette formulation ne rend pas obligatoire la vérification de la désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère dans le cas d'une prestation pour compte propre ou à l'occasion d'une mobilité intragroupe. Cette différence de traitement est assez peu compréhensible au regard de l'esprit de la loi<sup>329</sup>.

⇒ ni la loi, ni le décret ne précisait à l'origine à qui était adressée la désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère. On pouvait déduire de la lecture du décret du 30 mars 2015 que la désignation du représentant de l'entreprise étrangère était incluse pour partie, et implicitement, dans la déclaration de détachement et s'effectue par son intermédiaire ; mais la désignation du représentant contient d'autres éléments qui ne sont pas repris dans la déclaration de détachement.

Ce silence des textes fragilise la procédure de mise en recouvrement de la pénalité financière auprès du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage qui n'aurait pas procédé à la vérification du respect de cette formalité par l'entreprise étrangère auprès d'une autorité administrative non déterminée.

Cette lacune a été comblée *de facto* par l'article 1er et l'article 3 du décret du 4 juin 2019 qui prévoient que désormais la désignation du représentant en France est intégrée dans la déclaration de détachement et l'attestation de détachement.

⇒ la loi stipule que l'amende administrative est automatique et s'applique de plein droit ; seul son montant est modulable. Or le décret rend cette pénalité financière purement facultative, à la discrétion du Direccte ou du Dieccte, ce qui dénature la volonté du législateur et atténue sensiblement la volonté de lutte contre le dumping social (*voir supra p.56 et suivantes*).

**.E. La déclaration de détachement ou l'accusé de réception de la déclaration de détachement à joindre au registre unique du personnel de l'entreprise (RUP) qui accueille le salarié détaché (articles L.1221-15-1, D.1221-24-1 et R.1227-7 1° du code du travail)**

<sup>329</sup> Notamment au regard du dévoiement de la mobilité internationale intragroupe.

**.E.1.** L'article L.1221-15-1 du code du travail mentionne que la déclaration de détachement est jointe au RUP de l'entreprise qui accueille le salarié détaché ; l'article D.1221-24-1 du code du travail indique que l'accusé de réception, délivré par l'application SIPSI, de la déclaration de détachement, qui lui est remis par l'entreprise étrangère, est joint au RUP, ce qui est différent. Quelles la bonne obligation ?

Le non respect de cette formalité par l'entreprise qui accueille le salarié détaché est passible, en application de l'article R.1227-7 1° du code du travail, de l'amende prévue pour les contraventions de quatrième classe.

**.E.2.** Outre cette contradiction entre le texte de la loi et le décret d'application, cette obligation souffre elle aussi de fragilité juridique et de malfaçon rédactionnelle qui interpellent et obèrent sa mise en œuvre effective.

⇒ Aucun texte, codifié ou non dans le code du travail, ne prévoit expressément la délivrance d'un accusé de réception de la déclaration de détachement par l'application SIPSI, contrairement à ce qui est mentionné à l'article R.1221-7 du code du travail pour la déclaration préalable à l'embauche.

L'accusé de réception n'est évoqué que de façon incidente, notamment par les articles R.1263-12-1 et D.1221-24-1 du code du travail.

L'accusé de réception n'a donc aucun fondement juridique et les procédures de sanction ou de pénalité en relation avec l'existence de cet accusé de réception n'ont pas de base légale.

⇒ Joindre la déclaration ou son accusé de réception au RUP de l'entreprise d'accueil, et non pas une copie de celui-ci, comme dans la version antérieure de l'article D.1221-24-1 du code du travail, prive l'entreprise étrangère de la preuve originale du respect de son obligation déclarative, ce qui est difficilement compréhensible, et qui est accentué par le fait que ce même document original doit être simultanément remis au maître d'ouvrage (**voir supra p.56 et suivantes**).

⇒ Par ailleurs, l'article L.1221-15-1 du code du travail<sup>330</sup> mentionne que la déclaration est jointe au registre unique du personnel (RUP) de l'entreprise ; or le RUP de l'entreprise est un document qui n'existe pas<sup>331</sup>. Par ailleurs, cet article ne vise que le salarié détaché accueilli par une entreprise française, c'est-à-dire, soit le salarié intérimaire détaché par une entreprise de travail temporaire, soit le salarié détaché en mobilité intragroupe. Les autres salariés détachés sur le territoire français ne sont nullement accueillis par une entreprise française, sauf à faire un abus de langage difficile à faire prospérer dans le cadre d'une procédure pénale.

Pour tenter de « rattraper » cette rédaction maladroite, et contrairement à celle-ci, l'article D.1221-24-1 du code du travail<sup>332</sup> précise que cette formalité concerne l'accusé de réception de la déclaration de détachement de tous les salariés détachés, quel que soit le motif du détachement, et qu'il est tenu à la disposition d'une partie des agents de contrôle habilités<sup>333</sup> au niveau de l'établissement (sans préciser lequel). L'article du code du travail va bien au-delà de la loi, en ajoutant que ces accusés de réception sont également conservés sur chaque

<sup>330</sup> Issu de la loi Savary.

<sup>331</sup> Seul existe le RUP de l'établissement, conformément à l'article L.1221-13 du code du travail.

<sup>332</sup> Issu du décret du 30 mars 2015.

<sup>333</sup> Inspection du travail, sécurité sociale et OPJ.

chantier ou tout autre lieu de travail distinct de l'établissement, hors tenue obligatoire du RUP.

Il sera a priori difficile d'obtenir, sur la base de ces textes, la condamnation d'un donneur d'ordre qui ne détiendra pas, joint au RUP ou tenu sur un autre lieu, l'accusé de réception de la déclaration de détachement de l'entreprise étrangère sous-traitante, intervenant dans le cadre d'une prestation de services internationale.

Dans le secteur des transports roulants ou navigants, le donneur d'ordre joint quant à lui à son RUP l'accusé de réception de l'attestation de détachement délivré par l'application SIPSI et qui lui remis par l'entreprise de transport.

**Nota**

*En application du décret du 7 avril 2016, codifié dans le code des transports à l'article R.1331-2-II du code des transports, l'accusé de réception de l'attestation de détachement, qui se substitue dans les transports roulants ou navigants à la déclaration de détachement, n'est pas joint au registre unique du personnel du donneur d'ordre lorsque celui-ci n'est pas établi en France (ce qui va de soi...).*

**.F. La vérification du paiement des amendes administratives dues, le cas échéant, par l'entreprise étrangère (articles L.1262-4-1 III et R.1263-12 du code du travail)**

L'article 95 I de la loi Avenir professionnel, qui modifie et complète l'article L.1262-4-1 du code du travail, prévoit que le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage vérifie, lors de la conclusion du contrat commercial, que l'entreprise étrangère, avec qui il contracte et qui va effectuer une prestation de services à son bénéfice, s'est acquittée du paiement de l'amende administrative dont elle est redevable, le cas échéant, en application des articles L.1263-6, L.1264-1, L.1264-2 et L.8115-1 du code du travail (*voir supra p.91*).

La vérification du paiement de l'amende administrative n'est pas obligatoire lorsque l'entreprise étrangère intervient en France pour son propre compte ou lorsqu'elle détache un salarié dans le cadre d'une mobilité intragroupe, puisque l'entreprise étrangère qui détache un salarié dans ce cadre n'a pas la qualité de prestataire de services.

Le défaut de vérification du paiement de l'amende administrative n'est assortie d'aucune sanction particulière et n'entraîne aucune conséquence à l'égard du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage, puisque l'article L.1264-2 du code du travail, qui prévoit les sanctions spécifiques contre le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui n'a pas procédé à certaines vérifications auprès de l'entreprise étrangère, n'a pas été modifié et complété sur ce point et dans cette perspective pour viser le III de l'article L.1262-4-1 du code du travail.

De surcroît, à supposer que le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage procède à cette vérification et constate que l'entreprise étrangère n'a pas payé l'amende administrative, il ne lui est pas interdit de recourir à l'entreprise étrangère défaillante malgré ce défaut de paiement. Cette vérification de principe est donc purement formelle et peu engageante.

En application du 13° de l'article 1<sup>er</sup> du décret du 4 juin 2019, modifiant l'article R.1263-12 du code du travail, la vérification du paiement de l'amende due s'effectue par la remise au donneur d'ordre d'une attestation signée du représentant légal de l'entreprise étrangère.

**.G. La vérification par le donneur d'ordre de la possession du certificat de détachement par le travailleur indépendant prestataire ou par le salarié détaché (article L.114-15-1 du code de la sécurité sociale)**

L'article 27 de la loi du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 2017 a codifié dans le code de la sécurité sociale un article L.114-15-1 qui prévoit que le certificat de détachement dont est titulaire un travailleur indépendant prestataire établi à l'étranger ou un salarié détaché doit être présenté, lorsque ce document est obligatoire, aux agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé, par le travailleur indépendant, par le salarié détaché, par son employeur ou son représentant en France ou par le donneur d'ordre du travailleur indépendant prestataire ou de l'employeur. Ce document est produit, soit lors du contrôle, soit dans les deux mois qui suivent celui-ci lorsqu'un justificatif de demande de ce formulaire est produit lors du contrôle.

Le défaut de présentation du certificat de détachement, lorsqu'il est obligatoire, est passible d'une pénalité civile due par le donneur d'ordre. Le montant de cette pénalité est de 3428 euros (plafond mensuel de la sécurité sociale 2021) par travailleur.

Ainsi rédigé, l'article 27 de la LFSS 2017 fait peser implicitement sur le donneur d'ordre une obligation de vérification de la détention d'un certificat de détachement par le travailleur indépendant prestataire, le salarié détaché ou son employeur.

**Nota**

*L'article 27 de la LFSS 2017, codifié à l'article L.114-15-1 du code de la sécurité sociale, appelle de nombreuses remarques, tant son insertion dans la législation est non seulement inappropriée, mais également contreproductive :*

*.1. La lecture de cette disposition du code de la sécurité sociale laisse penser, sauf si on est un expert dans ce domaine, que tout travailleur indépendant prestataire de services ou tout salarié détaché au sens du droit du travail sur le territoire français est nécessairement détaché au sens du droit de la sécurité sociale et doit donc posséder un certificat de détachement, susceptible d'être présenté lors d'un contrôle. Ce postulat est faux.*

*D'une part, seuls les travailleurs qui exercent leur activité dans un autre Etat de l'UE, de l'EEE, en Suisse, à Monaco et dans l'un des 38 Etats ayant signé une convention bilatérale de sécurité sociale avec la France sont en capacité juridique de posséder, et donc de présenter, un certificat de détachement. Une entreprise russe qui détache un salarié russe en France ne peut pas produire de certificat de détachement. Elle doit s'immatriculer au guichet unique CNFE à l'Urssaf de Strasbourg. Tous les agents de contrôle, et encore moins les donneurs d'ordre, ne le savent pas et le libellé de l'article 27 de la LFSS 2017 conduit à penser, par quiproquo et malentendu, que le certificat de détachement est obligatoire pour tous les salariés ou pour tous les travailleurs indépendants détachés sur le territoire*

*français, quel que soit leur Etat de domiciliation, de résidence, de provenance ou d'emploi habituel.*

*D'autre part, à supposer que le travailleur exerce son activité ou réside dans l'un de ces Etats, il peut se trouver dans une situation administrative qui ne lui permet pas d'obtenir un certificat de détachement de la part de cet Etat. Donc, il doit être immatriculé en France, via le CNFE ou le RSI, la MSA, l'ENIM ou tout autre organisme de protection sociale compétent pour les non salariés non agricoles. Tous les agents de contrôle précités ne le savent pas non plus, et encore moins les donneurs d'ordre. Cette situation est davantage vraie pour les travailleurs indépendants d'Etats tiers qui viennent prester en France, puisque seules quelques conventions bilatérales sur les 38 concernent également les travailleurs indépendants prestataires.*

*Posséder, et donc présenter un certificat de détachement, n'est donc pas une obligation juridique.*

*.2. Cet a contrario (c'est à dire penser que le certificat de détachement est obligatoire pour tout travailleur détaché) est très dommageable, car détenir un certificat de détachement dispense de payer les cotisations sociales en France. Quel est donc l'intérêt de cet article qui laisse croire que sa possession et sa présentation sont obligatoires alors même qu'il évite de payer des cotisations en France? Est ce l'intérêt des ressources de la sécurité sociale? Ce questionnement est d'autant plus pertinent que le la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE), dans son arrêt A-Rosa du 27 avril 2017, puis dans ses arrêts Altun du 6 février 2018 et Vueling du 2 avril 2020, confirme sa jurisprudence, à la suite de la saisine de la Cour de cassation, sur le caractère opposable du certificat de détachement aux autorités françaises et « sacralise » ce document, même si c'est un faux manifeste ou un document frauduleux. Jurisprudence communautaire qui depuis ces arrêts a été reprise dans plusieurs décisions de la Cour de cassation (A-Rosa, Krakbau, Ryanair, City Jet, STJ et Batival<sup>334</sup>).*

*Ce n'est que dans l'hypothèse où le certificat de détachement est utilisé de façon frauduleuse en France que le juge français peut, sous réserve de respecter le mode d'emploi décrit dans les arrêts Altun et Vueling, écarter ce formulaire, pour demander le paiement des cotisations et des contributions sociales en France (voir p.194, 219 et 142).*

*.3. Le défaut de présentation du certificat de détachement étant assorti d'une sanction, tous les donneurs d'ordre, qui ne verront pas la subtilité rédactionnelle et juridique de l'article 27 de la LFSS 2017, vont exiger des travailleurs indépendants prestataires et des employeurs établis hors de France l'obtention à tout prix ce document, y compris par des stratagèmes, même s'ils n'en remplissent pas les conditions. Le risque est de susciter davantage de certificats de complaisance ou des faux certificats (rien n'est plus facile avec une bonne imprimante couleur puisque ces documents ne sont pas sécurisés ; des exemplaires vierges sont disponibles en ligne). Bien entendu, le donneur d'ordre déclarera qu'il ignorait l'absence de fiabilité de ce document.*

<sup>334</sup> Cass. Ass. Plén. n° 13-25467 du 22 décembre 2017 A-ROSA ; cass. civ.2 n° 16-25995 du 9 mai 2018 KRAKBAU ; cass. crim. n° 15-89735 du 18 septembre 2018 RYANAIR ; cass. crim. n° 13-88632 du 18 septembre 2018 CITYJET ; cass. civ.2 n° 17-21706 du 20 décembre 2018 STJ. Se reporter également à la 7<sup>ème</sup> partie Jurisprudence p.275 et suivantes.



*Quel est l'intérêt de la France d'aboutir à ce résultat et à ces dégâts collatéraux, compte tenu des arrêts A-Rosa, Altun et Vueling de la CJUE. Dès lors, en quoi l'article 27 de la LFSS 2017 permet-il de lutter contre les fraudes (et quelles fraudes ?) et d'assurer un meilleur recouvrement des cotisations sociales en France? C'est exactement l'effet inverse qui va se produire.*

*.4. L'obligation de présenter le certificat de détachement qui pèse in fine sur le donneur d'ordre, puisqu'il est le seul sanctionné, est en contradiction directe avec l'article D.8222-7 1° b) du code du travail relatif aux vérifications susceptibles d'être diligentées par le donneur d'ordre à l'égard de son cocontractant établi à l'étranger dans le cadre de la prévention du recours à du travail dissimulé (solidarité financière). L'article D.8222-7 1° b) du code du travail prévoit, en toute rigueur juridique, que le donneur d'ordre se fait remettre soit la justification de l'immatriculation de l'employeur au centre national des firmes étrangères (CNFE) de l'Urssaf de Strasbourg (ou guichet unique équivalent) ou du travailleur indépendant au RSI, à la MSA, à l'ENIM ou équivalent, soit le certificat de détachement, puisque la protection sociale du travailleur est assurée de façon binaire et alternative. La rédaction de l'article D.8222-7 du code du travail est appropriée, pas celle de l'article 27 qui ne fait pas état de la vérification binaire et alternative du donneur d'ordre.*

*.5. Le donneur d'ordre, qui n'est pas un expert en droit social, ne sait pas si le travailleur détaché est en capacité juridique de produire un certificat de détachement ou si ce travailleur relève de l'assujettissement de plein droit au régime français, en application de l'article L.111-2-2 du code de la sécurité sociale. Sauf à le présumer par principe de mauvaise foi, ce qui n'est pas concevable. Le sanctionner dans ces conditions est injustifiable en équité, si ce n'est en droit. Belle perspective de contentieux de la part des donneurs d'ordre qui voudront, à juste titre, ne pas acquitter cette pénalité civile qui leur est réclamée.*

*.6. L'article 27 de la LFSS 2017 crée une responsabilité du fait d'autrui à l'encontre du donneur d'ordre, contraire au système juridique français. En effet, l'article 27 ne prévoit pas que le donneur d'ordre se fait obligatoirement remettre le certificat de détachement par son cocontractant, c'est-à-dire soit par l'employeur du salarié détaché, soit par le travailleur indépendant prestataire. Cette remise obligatoire n'est pas prévue par l'article 27, ni avant le contrôle, ni dans les deux mois qui suivent ce contrôle. Le donneur d'ordre va être tenu responsable pour la non présentation d'un document éventuellement détenu par autrui et qu'il n'est pas tenu d'avoir en sa possession.*

*Le recours aux articles L.8222-1 et suivants du code du travail pour penser, s'il était ainsi raisonné, que le donneur d'ordre doit être en possession du certificat de détachement est juridiquement erroné. Les articles L.8222-1 et suivants du code du travail n'imposent pas au donneur d'ordre de détenir ce document, pas plus que les autres documents listés par le code du travail au titre de la solidarité financière. Le donneur d'ordre peut en effet se dispenser de demander ces documents, s'il est en confiance avec son cocontractant et que celui-ci ne pratique pas du travail dissimulé. C'est ainsi que ces textes ont été conçus et rédigés en 1991.*

*.7. La présentation du certificat de détachement aux agents de contrôle habilités en matière de lutte contre le travail dissimulé est déjà obligatoire depuis la loi du 31 décembre 1991, soit depuis 25 ans ; il peut être réclamé dans ce cadre à l'employeur, au travailleur*

*indépendant et au donneur d'ordre, en application de l'article L.8271-9 1° et 2° du code du travail, issu de la loi du 31 décembre 1991. L'article 27 de la LFSS 2017 est donc redondant sur ce point et n'apporte pas de plus value aux agents de contrôle.*

*.8. L'article 27 est redondant, mais il est aussi bien plus restrictif des prérogatives des agents de contrôle que l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L.8271-9 du code du travail, car celui-ci prévoit que le certificat de détachement doit être produit immédiatement aux agents de contrôle. Or l'article 27 accorde un délai de 2 mois pour présenter le certificat de détachement. Restrictif et surtout contradictoire. L'article 27 réduit donc de façon sensible, et sans raison, les pouvoirs d'investigation de tous les agents de contrôle, ce qui ne peut être présenté assurément comme une mesure destinée à renforcer la lutte contre la fraude.*

*.9. Le défaut de présentation d'un certificat de détachement fait déjà l'objet d'une sanction appropriée depuis la loi du 31 décembre 1991: il s'agit du délit de travail dissimulé par défaut de déclaration sociale (cf les articles L.8221-3 et L.8221-5 du code du travail), si par ailleurs l'employeur ne s'est pas immatriculé au CNFE ou au guichet équivalent, ou si le travailleur indépendant ne s'est pas immatriculé au RSI, à la MSA, à l'ENIM, à la CGSS ou tout autre organisme équivalent compétent pour les non salariés non agricoles. En effet, le système binaire de la protection sociale conduit à constater cette infraction. Pour les agents de l'inspection du travail, et sans doute pour les agents des services de recouvrement, le défaut de présentation du certificat de détachement peut constituer, en outre, un obstacle à fonctions passible du tribunal correctionnel.*

*Pourquoi ajouter cette sanction, à effet neutre, qui n'apporte rien au droit existant et qui, de surcroît, n'est nullement articulée avec les suites pénales, civiles et administratives habituellement données à la constatation de l'infraction de travail dissimulé. Cette double sanction risque par ailleurs de contrevenir à la règle non bis in idem.*

*.10. Focaliser sur la présentation du certificat de détachement comme document central et déterminant d'un contrôle d'un travailleur indépendant prestataire ou d'un employeur établi à l'étranger est une erreur ; c'est l'arbre qui cache la forêt en matière de lutte contre les fraudes économiques et sociales du fait des entreprises étrangères et de leurs donneurs d'ordre en France. Le défaut de paiement des cotisations sociales en France du fait des entreprises étrangères et de leur donneur d'ordre n'est pas causé à titre principal par la présentation ou non du certificat de détachement. L'origine de ces fraudes est autre :*

- .- la fraude à l'établissement, par le contournement des règles applicables à la prestation de services,*
- .- la fausse sous-traitance, c'est-à-dire le marchandage et le prêt illicite de main d'œuvre,*
- .- le recours à des faux travailleurs indépendants,*
- .- les opérations d'intermédiation illicite,*
- .- le non-respect des présomptions de salariat posées par le code du travail,*
- .- le dévoiement de la mobilité internationale intragroupe.*

*Présenter un certificat de détachement en présence de ces fraudes n'a aucun intérêt<sup>335</sup>, n'est pas le vrai sujet et peut être même contreproductif en termes d'efficacité du contrôle, puisque l'agent de contrôle n'ira pas au-delà de cette vérification formelle et facile.*

*Demander le certificat de détachement d'un mannequin japonais qui vient travailler en France sous un statut de travailleur indépendant et qui produit ce certificat de détachement<sup>336</sup>, sans que soit remis en cause ce statut indu à l'égard de l'utilisateur français qui est son employeur de droit, n'a aucun sens juridique, ni de politique publique interministérielle.*

*Demander le certificat de détachement aux salariés travaillant en France dans le cadre d'une opération de marchandage, sans mettre en cause l'utilisateur français, qui est l'employeur de fait de cette main d'œuvre prêtée à but lucratif, n'a aucun sens juridique, ni de politique publique interministérielle.*

*Toutes les affaires jugées par la Cour de cassation, sans aucune exception, et toutes chambres réunies, depuis qu'elle est saisie de ce contentieux, c'est-à-dire depuis 1996<sup>337</sup>, concernent exclusivement les situations de fraudes ci-dessus évoquées. Sauf l'affaire A-Rosa, qui a donné lieu à la décision de la CJUE du 27 avril 2017.*

*.11. Dans toutes ces affaires, la (non) présentation d'un certificat de détachement n'était ni le sujet, ni le cœur de la fraude, ni l'explication du non paiement des cotisations sociales en France. Toutes ces affaires, sans exception, ont donné lieu à confirmation de requalification et de condamnation par la Cour de cassation depuis 1996. Dans ces affaires, présenter un certificat de détachement, non seulement n'avait aucun sens juridique, mais faisait diversion. Les donneurs français ont été requalifiés en utilisateurs et employeurs de fait des prétendus salariés détachés ou des prétendus travailleurs indépendants prestataires. Ils sont donc redevables du paiement des cotisations sociales en France.*

*Dans le cadre de ces six fraudes au paiement des cotisations sociales en France, sanctionner un prétendu donneur d'ordre, en réalité employeur de droit ou fait, pour défaut de présentation d'un certificat de détachement, comme le prévoit l'article 27 de la LFSS 2017, est une incongruité juridique et un non sens en termes d'action publique.*

Par ailleurs, la pénalité civile prévue par l'article L.114-15-1 du code de la sécurité sociale ne doit pas occulter l'existence de l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'activité économique par défaut de déclaration sociale, qui est le manquement le plus significatif d'un défaut de présentation d'un certificat de détachement, lorsque, par ailleurs, le travailleur indépendant ne s'est pas immatriculé auprès du RSI, de la MSA, de l'ENIM ou de tout autre organisme de protection sociale des non salariés non agricoles compétent.

#### **.H. La déclaration d'accident du travail survenant au salarié détaché de l'entreprise étrangère (articles L.1262-4-4, L.1264-2 et R.1262-2 du code du travail)**

<sup>335</sup> Si ce n'est pour le fraudeur.

<sup>336</sup> En application de la convention bilatérale de sécurité sociale franco japonaise.

<sup>337</sup> Plusieurs dizaines ; voir **infra p.275 et suivantes** la jurisprudence citée.

Depuis le décret du 11 juillet 1994, le donneur d'ordre, l'entreprise d'accueil ou l'entreprise utilisatrice était tenu de procéder à la déclaration d'accident du travail survenu à un salarié détaché dans le cadre d'une prestation de services internationale ou d'une mobilité internationale intragroupe<sup>338</sup>. Cette déclaration restait à la charge de l'employeur du salarié détaché accidenté, lorsque celui-ci était détaché dans le cadre d'une auto prestation pour compte propre.

L'article L.1262-4-4 du code du travail, issu de la loi Travail, n'a pas changé ce partage et cette répartition de responsabilité déclarative<sup>339</sup>. Cependant, elle a introduit deux modifications majeures.

⇒ En application du décret du 11 juillet 1994, la déclaration d'accident du travail était adressée soit à l'inspection du travail, soit à la sécurité sociale :

- si le salarié détaché n'est pas couvert par un certificat de détachement et relève du régime français de sécurité sociale, la déclaration était faite à l'Urssaf de Strasbourg, à l'Urssaf des Alpes Maritimes pour les entreprises monégasques, à l'Urssaf du Gard pour le secteur de la tauromachie ou la caisse de MSA d'Alsace ;

- si le salarié détaché est couvert par un certificat de détachement, et donc non assujetti au régime de sécurité sociale français, la déclaration était transmise à l'inspection du travail du lieu de survenance de l'accident.

L'article L.1262-4-4 du code du travail prévoyait désormais que toutes les déclarations d'accident du travail sont effectuées auprès de l'inspection du travail, y compris lorsque le salarié détaché est assujetti au régime français de sécurité sociale. La sécurité sociale n'était donc plus destinataire de la déclaration d'accident du travail lorsque le salarié détaché est assujetti au régime français de protection sociale.

Mais l'article 2 du décret du 5 mai 2017, pris en application de la loi Travail, modifie les dispositions de la loi. En effet, l'article 2 précise, au dernier alinéa de l'article R.1262-2 du code du travail, que la déclaration d'accident du travail est effectuée selon les modalités de droit commun prévues par l'article R.412-2 du code de la sécurité sociale ou par le deuxième alinéa de l'article D.751-93 du code rural et de la pêche maritime, lorsque le salarié détaché dans les conditions prévues par l'article L.1262-2 est affilié à un régime français de sécurité sociale.

Ainsi, la déclaration d'accident du travail resterait finalement soumise au régime juridique du décret du 11 juillet 1994<sup>340</sup> :

- soit le salarié victime est affilié à la sécurité sociale française (c'est-à-dire n'est pas titulaire d'un certificat de détachement) ; la déclaration est adressée à la sécurité sociale française (CPAM, MSA; ENIM, CGSS...).

<sup>338</sup> La modification du décret du 11 juillet 1994 par le décret du 11 décembre 2007 avait « oublié » la déclaration d'accident du travail survenu à un salarié intérimaire détaché.

<sup>339</sup> L'article L.1262-4-4 confond cependant donneur d'ordre et maître d'ouvrage, ce qui donne une lecture peu juridique de cette disposition du code du travail.

<sup>340</sup> La 2<sup>ème</sup> édition du présent Mode d'emploi plaidait pour un retour au dispositif déclaratif du décret du 11 juillet 1994.

.- soit le salarié victime n'est pas affilié à la sécurité sociale française (c'est-à-dire est titulaire d'un certificat de détachement) ; la déclaration est adressée à l'inspection du travail.

La déclaration reste effectuée, dans les deux jours ouvrables suivant la survenance de l'accident du travail, soit par l'entreprise étrangère ou son représentant, en prestation pour compte propre, soit par le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage cocontractant du prestataire de services, y compris en mobilité internationale intragroupe ou dans le cadre du travail temporaire.

Cette formulation de l'obligation déclarative va poser un problème en cas de contentieux. En effet, le salarié en mobilité internationale intragroupe n'est pas détaché dans le cadre d'une prestation de services, et l'entreprise d'accueil du salarié en mobilité n'a la qualité, ni de donneur d'ordre, ni de maître d'ouvrage à l'égard de l'entreprise d'accueil.

Par ailleurs, ni la loi Travail, ni le décret du 5 mai 2017, n'obligent quiconque à prévenir le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage de la survenance de l'accident du travail, ce qui rend cette obligation déclarative très aléatoire, voire théorique, et donc difficilement sanctionnable, malgré son importance et son intérêt.

⇒ Le défaut de déclaration d'accident du travail est (en principe) dépenalisé ; il fait désormais l'objet d'une amende administrative d'un montant maximum de 4 000 euros<sup>341</sup>, prise en application des articles L.1264-2 2° et L.1264-3 du code du travail. Cette sanction s'applique soit à l'employeur, lorsque le salarié est détaché dans le cadre d'une activité économique pour compte propre, soit au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage dans les autres cas de détachement (sous réserve de considérer en droit l'entreprise d'accueil qui reçoit un salarié en mobilité intragroupe comme un donneur d'ordre ou un maître d'ouvrage, ce qui n'est pas acquis).

Cependant, cette dépenalisation est elle-même remise en cause partiellement par l'article 2 du décret du 5 mai 2017. En effet, dès lors que l'article 2 de ce décret, qui a modifié l'article R.1262-2 du code du travail, prévoit que la déclaration de l'accident du travail survenu à un salarié détaché affilié à la sécurité sociale française se fait selon des dispositions de la législation de sécurité sociale, le défaut de respect de ces règles entraîne (en principe) l'application de la pénalité prévue par les textes de sécurité sociale *ad hoc*, c'est-à-dire une contravention de 5<sup>ème</sup> classe.

Ainsi, selon le statut du salarié détaché, affilié ou non à la sécurité sociale française, le défaut de déclaration de son accident du travail est passible soit d'une contravention de 5<sup>ème</sup> classe (1 500 euros), soit d'une sanction administrative (4 000 euros). Cette différence de nature et de quantum de peine, *a priori* injustifiée, pose, en outre, un problème d'égalité de traitement.

#### **Nota**

*La dépenalisation (partielle ?) du défaut de déclaration de l'accident du travail survenu à un salarié détaché va porter préjudice au salarié détaché victime ou à ses ayants droit :*

<sup>341</sup> Porté à 8 000 euros en cas de réitération dans un délai de deux ans.

*.1. la dépenalisation du défaut de déclaration d'accident du travail ne permet plus au salarié détaché, ou à ses ayants droit, de porter plainte auprès du procureur de la République ; celui-ci ne peut plus diligenter une enquête et engager des poursuites. Les services de gendarmerie et de police ne sont plus compétents. Cette différence de traitement entre deux victimes d'un accident du travail qui n'a pas fait l'objet d'une déclaration ne se justifie par aucun élément objectif.*

*.2. l'absence de procès pénal empêche le salarié détaché, ou à ses ayants droit, d'avoir accès au dossier et à la procédure ; il ne peut plus se constituer partie civile et éclairer le juge sur les circonstances de son accident .Il n'y aura plus de débat contradictoire qui, au-delà de la seule absence de déclaration d'accident du travail, permettrait de caractériser d'autres manquements à la loi.*

*.3. la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur devient difficile pour le salarié détaché, ou ses ayants droit, car souvent cette reconnaissance s'appuie sur le procès pénal et les éléments produits et débattus à cette occasion.*

*.4. le salarié détaché, ou ses ayants droit, n'aura pas accès au dossier d'enquête administrative, qui ne sera pas rendu public et qui sera couvert par le secret professionnel de l'inspection du travail, du Direccte et du Dieccte. Il ne pourra pas en faire état devant le TASS<sup>342</sup> dans le cadre d'une procédure en reconnaissance de faute inexcusable.*

*Le salarié détaché, dont le défaut de déclaration d'accident du travail a été dépenalisé, se trouve, de surcroît, dans une situation moins favorable que le salarié détaché dont le défaut de déclaration d'accident du travail reste soumis à une sanction et à une procédure pénales.*

#### **.I. Le respect par le donneur d'ordre de la demande d'agrément prévue par l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance<sup>343</sup>**

L'entreprise principale qui sous-traite, y compris à une entreprise étrangère, le marché qu'il a obtenu est tenu de :

⇒ faire agréer ce sous-traitant par le maître d'ouvrage,

⇒ communiquer au maître d'ouvrage le contrat de sous-traitance, dès lors que celui-ci lui en fait la demande.

A défaut de respecter l'une ou l'autre de ces deux formalités, l'entreprise principale est passible d'une amende de 7 500 euros. Cette infraction est relevée par les agents de contrôle habilités, en application de l'article L.8271-1-1 du code du travail.

<sup>342</sup> Au 1<sup>er</sup> janvier 2019, le TASS a été supprimé ; il est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance.

<sup>343</sup> Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance.

**Nota**

*Contrairement à ce que laisse penser la lecture de l'article L.8271-1-1 du code du travail, la rédaction d'un contrat écrit de sous-traitance n'est pas obligatoire, sauf dans le cadre des contrats et marchés publics, ainsi que de la construction des maisons individuelles relevant de la loi du 19 décembre 1990, ce qui rend ambiguë la compréhension et la portée de cet article du code du travail.*

### **J. La vérification de la carte d'identification professionnelle dans le secteur du BTP (article L.8291-1 du code du travail)**

La création de la carte d'identification professionnelle, créée par la loi Macron<sup>344</sup> et obligatoire sur les chantiers du bâtiment et des travaux publics depuis le mois de février 2016<sup>345</sup>, implique le donneur d'ordre à divers titres :

⇒ lorsque le donneur d'ordre est une entreprise utilisatrice (du secteur du BTP) qui recourt à une entreprise de travail temporaire, établie à l'étranger, qui met à sa disposition un salarié intérimaire, il procède à la déclaration de ce salarié auprès de l'association UCF-CIBTP aux fins d'obtenir la carte d'identification professionnelle pour cet intérimaire détaché dans son entreprise. Le donneur d'ordre est alors redevable de la redevance versée à l'association UCF-CIBTP, en application de l'article R.8291-3 du code du travail.

Le donneur d'ordre, entreprise utilisatrice d'un salarié intérimaire mis à sa disposition par une entreprise de travail temporaire établie à l'étranger, qui ne procède pas à cette déclaration auprès de l'association UCF-CIBTP, est passible d'une pénalité administrative d'un montant unitaire modulable de 2 000 euros et d'un montant cumulé maximal de 500 000 euros.

Cette pénalité est éventuellement appliquée par le Direccte ou par le Dieccte, sur rapport d'un agent de l'inspection du travail, d'un agent des services fiscaux ou d'un agent des douanes. La compétence de ces trois seules catégories d'agents, prévue par l'alinéa 2 de l'article L.8291-2 du code du travail, à engager la procédure de recouvrement de la pénalité administrative n'est pas cohérente avec l'article R.8294-4 du code du travail qui autorise tous les agents de contrôle habilités en matière de lutte contre le travail illégal à demander au salarié de présenter la carte d'identification professionnelle<sup>346</sup>.

⇒ le donneur d'ordre, quel qu'il soit, peut vérifier auprès de l'association UCF-CIBTP, si le salarié de l'entreprise avec qui il a contracté ou de l'un de ses sous-traitants, a fait l'objet d'une déclaration auprès de cet organisme.

⇒ le donneur d'ordre, quel qu'il soit, peut vérifier auprès de l'association UCF-CIBTP que celle-ci a émis la carte d'identification professionnelle (ou l'attestation provisoire) de ce même salarié.

<sup>344</sup> Article 282 de la loi Macron.

<sup>345</sup> Décret n° 2016-175 du 22 février 2016.

<sup>346</sup> Si la compétence des agents de l'inspection du travail est logique, pourquoi avoir réservé un sort particulier aux agents des services fiscaux et des douanes, pour exercer par ailleurs une nouvelle mission assez éloignée de leur cœur de métier ?

⇒ un donneur d'ordre peut se faire présenter par un salarié ou tout salarié (l'article R.8294-7 du code du travail ne désigne pas précisément qui est ce donneur d'ordre ou ce salarié) intervenant sur « son » chantier la carte d'identification professionnelle (ou l'attestation provisoire) qu'il doit posséder. Ce contrôle administratif, presque assimilable à un contrôle d'identité, n'est pas encadré par la loi et confère de très larges pouvoirs au donneur d'ordre, en sachant que sur un chantier il peut y avoir des dizaines de donneurs d'ordre ; le donneur d'ordre devra, à tout le moins, justifier de sa qualité auprès du salarié.

#### **.IV). QUID DE LA PRESTATION POUR COMPTE PROPRE OU DU DETACHEMENT DU SALARIE EN MOBILITE INTRAGROUPE ?**

**.A.** Dans le cas de la prestation pour compte propre ou du détachement du salarié en mobilité intragroupe, le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage n'existe pas. Un cocontractant de l'entreprise étrangère peut certes exister en présence d'une prestation pour compte propre, mais il n'a pas la qualité de donneur d'ordre et encore moins de maître d'ouvrage. L'entreprise étrangère qui a acheté des machines-outils en France sur un site industriel et qui vient les démonter et les conditionner pour être exportées est le client de ce site, et non l'inverse. Elle paie et ne facture pas. Elle ne réalise pas de prestation de services en France pour le compte d'un tiers.

La mobilité intragroupe du salarié appartenant à une entreprise étrangère, qui relève de la gestion individuelle du contrat de travail et non pas d'une opération de sous-traitance, s'effectue quant à elle hors cadre de production économique. Pour autant, dans ces deux situations, l'entreprise étrangère est en bien relation avec une entreprise française. Il en résulte qu'aucune des dispositions du code du travail visant le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage ne s'applique à l'entreprise étrangère qui détache un salarié hors PSI, puisque ni le donneur d'ordre, ni le maître d'ouvrage n'existent.

**.B.** Compte tenu des termes très précis de l'article L.1262-4-1 du code du travail qui mentionne le « prestataire de services », cette entreprise française, qui est en relation dans ce cadre juridique particulier avec une entreprise étrangère, n'est pas tenue de vérifier le bon accomplissement de la déclaration de détachement, pas plus que la désignation effective d'un représentant en France par cette entreprise étrangère. La copie de la déclaration de détachement ou l'accusé de réception de cette déclaration sera annexée au RUP, mais uniquement pour le salarié en mobilité intragroupe.

#### **Nota**

*Aucun texte, codifié ou non dans le code du travail, ne prévoit expressément la délivrance d'un accusé de réception de la déclaration de détachement par l'application SIPS, contrairement à ce qui est mentionné à l'article R.1221-7 du code du travail pour la déclaration préalable à l'embauche.*

*L'accusé de réception n'est évoqué que de façon incidente, notamment par les articles R.1263-12-1 et D.1221-24-1 du code du travail.*



*L'accusé de réception n'a donc aucun fondement juridique et les procédures de sanction ou de pénalité en relation avec l'existence de cet accusé de réception n'ont pas de base légale.*

Les mécanismes de vérification et de mise en cause au titre de la solidarité financière et au titre de la lutte contre le dumping social (hébergement indigne, non-respect du salaire minimal et non-respect du noyau dur du code du travail) ne s'appliquent pas, pour défaut de donneur d'ordre et de maître d'ouvrage.

Reste la question de la responsabilité pénale de l'entreprise française cocontractante, lorsqu'elle existe (ex, démontage d'un bâtiment ou d'une installation achetée par l'entreprise qui procède au démontage), qui peut se poser notamment si le salarié détaché n'a pas de couverture sociale (travail dissimulé par défaut de déclaration sociale) ou si le salarié détaché ressortissant d'un Etat tiers ne possède pas d'autorisation de travail (emploi d'un salarié étranger sans titre de travail).

Cette responsabilité pénale éventuelle ne relève pas juridiquement de l'incrimination de recours. Elle peut relever de la complicité, si les éléments de fait sont réunis.

**Nota**

*La loi du 27 juin 1973 modifiée sur l'hébergement collectif s'applique à toute personne qui héberge des salariés détachés, et pas uniquement à l'employeur, au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage. Cet hébergeur a deux obligations principales : déclarer l'hébergement à la préfecture et à l'inspection du travail<sup>347</sup> et assurer un hébergement décent. Le non-respect de ces obligations constitue des infractions à la loi du 27 juin 1973 modifiée, au code du travail et, éventuellement, aux articles 225-13 et suivants du code pénal, si les conditions d'hébergement sont indignes.*

---

<sup>347</sup> Nouveauté introduite par l'article 280 V de la loi Macron.

## 4<sup>ème</sup> partie

# LES FRAUDES A L'ACTIVITE ECONOMIQUE SUR LE TERRITOIRE FRANÇAIS<sup>348</sup>

---

<sup>348</sup> Voir également le «Mode d'emploi pour le contrôle du travail dissimulé» :

[https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_travail\\_dissimule\\_v2\\_diffusion.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_travail_dissimule_v2_diffusion.pdf)

ainsi *qu'infra p.381 et suivantes* l'article « La fraude à la prestation de services internationale et au détachement de salariés sur le territoire français : panorama de la jurisprudence française », du même auteur :

[https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/fraude\\_a\\_la\\_prestation\\_de\\_services\\_panorama\\_de\\_la\\_jurisprudence\\_francaise\\_aout\\_2012.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/fraude_a_la_prestation_de_services_panorama_de_la_jurisprudence_francaise_aout_2012.pdf)

**.I. LES FRAUDES AUX MODALITES DE L'EXERCICE DE L'ACTIVITE ECONOMIQUE SUR LE TERRITOIRE FRANÇAIS**

**.II. LES FRAUDES A LA NATURE DE L'ACTIVITE ECONOMIQUE EXERCEE SUR LE TERRITOIRE FRANÇAIS**

**.III. LES CONSEQUENCES DES ARRETS ALTUN DU 6 FEVRIER 2018 ET VUELING DU 2 AVRIL 2020, AINSI QUE DE L'ARRET ALPENRIND DU 6 SEPTEMBRE 2018 DE LA CJUE**

## QUELQUES REMARQUES LIMINAIRES

.1. Les fraudes à l'exercice de l'activité économique d'une entreprise étrangère sur le territoire correspondent à des pratiques visant au non-respect de la loi, mais qui ne sont pas les mêmes que celles évoquées dans les pages précédentes de ce document.

Ces comportements différents constituent des infractions nouvelles, qui s'ajoutent à celles mentionnées précédemment. Elles permettent donc la mise en cause complémentaire de l'entreprise étrangère, du donneur d'ordre, du maître d'ouvrage et de la personne complice pour d'autres faits<sup>349</sup>, souvent d'une particulière gravité.

En principe, les infractions qui résultent des comportements frauduleux l'emportent sur les autres manquements à la loi qui peuvent exister et sont en principe constatées et relevées de façon prioritaire, voire exclusive.

.2. En France, l'essentiel du dispositif juridique de lutte contre la fraude à l'exercice de l'activité économique par une entreprise étrangère sur le territoire français, tout comme la lutte contre la fraude au détachement du salarié, résulte des techniques de requalification faite par le juge, et non pas de l'application directe de textes inscrits dans le code du travail ou dans d'autres codes.

A cet égard, le travail d'investigation en amont des agents de contrôle habilités et des organismes de recouvrement, qui ne sont pas tenus par les apparences commerciales, est déterminant pour réunir les éléments permettant au juge de requalifier.

.3. L'efficacité de la lutte contre ces fraudes nécessite de mettre en cause, chaque fois que possible le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage qui bénéficient de l'activité de l'entreprise étrangère intervenant en fraude avec la loi et qu'ils ont fait venir en France. Cependant, les caractéristiques de certaines de ces fraudes commises par l'entreprise étrangère peuvent rendre délicate, dans certaines affaires, l'implication du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage qui ne manqueront pas de faire état de leur bonne foi. Pour autant, recourir à une entreprise étrangère ne se réduit pas à payer une facture « les yeux fermés ».

.4. Les fraudes présentées ci-après, bien que nombreuses et variées, ne sont pas exhaustives de la réalité. D'autres fraudes, spécifiques à un secteur d'activité déterminé, sont susceptibles bien entendu d'exister.

---

<sup>349</sup> Voir également le « Mode d'emploi pour la mise en cause du donneur d'ordre, du maître d'ouvrage et de tous autres dans le cadre du travail illégal et du dumping social » 2<sup>ème</sup> édition Février 2016, du même auteur : [https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_do\\_mo\\_v3\\_publication.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_do_mo_v3_publication.pdf)

## **.I. LES FRAUDES AUX MODALITES DE L'EXERCICE DE L'ACTIVITE ECONOMIQUE SUR LE TERRITOIRE FRANÇAIS**

Les fraudes aux modalités de l'exercice de l'activité économique sur le territoire français relèvent de ce qui est communément appelé la fraude à l'établissement. L'entreprise étrangère déploie sur le territoire français une activité économique qui doit la conduire à créer spontanément un établissement, mais elle se soustrait à cette obligation en se réclamant indûment de la prestation de services internationale.

Pour ce contexte, le respect de la déclaration de détachement (ou de l'attestation de détachement dans le secteur des transports roulants ou navigants) par l'entreprise étrangère peut être « l'arbre qui cache la forêt » et masquer, sous cette apparence, des fraudes majeures à la loi qui rendent accessoire et secondaire le respect de cette formalité.

**.A. La fraude à l'établissement se manifeste habituellement sous l'une des formes suivantes.**

### **.A.1. La coquille vide dans l'Etat de domiciliation officielle de l'entreprise étrangère**

Dans cette situation, l'entreprise, qui peut être un travailleur indépendant, dispose d'une simple adresse postale dans l'Etat de domiciliation, mais n'y déploie aucune activité économique. Elle n'y justifie d'aucune consistance économique ; il s'agit d'une simple boîte postale ou boîte à lettres<sup>350</sup>.

Les tribunaux français ont considéré que ce type d'entreprise ne peut se réclamer de la libre prestation de services, d'une part parce qu'elle n'exerce dans cet Etat aucune activité et d'autre part parce qu'elle exerce son activité réelle en France et de surcroît de façon stable, continue et permanente<sup>351</sup>. L'entreprise étrangère ainsi structurée doit s'établir en France avec toutes les obligations déclaratives et de paiement des charges et contributions sociales et de paiement de l'impôt.

A défaut, elle commet le délit de travail dissimulé prévu par les articles L.8221-1 et suivants du code du travail.

### **.A.2. La délocalisation fictive d'une entreprise française à l'étranger**

L'opération de délocalisation fictive consiste pour une entreprise, qui est installée en France depuis de nombreuses années et qui y a toujours exercé son activité, à transférer son siège social hors de France, de préférence dans un Etat moins disant socialement et fiscalement, par un jeu d'écritures, tout en poursuivant son activité de façon identique sur le territoire français. L'entreprise considère alors ne plus être soumise à la loi française et ne s'acquitte plus de ses cotisations et de son impôt qu'elle paie dans l'Etat qu'elle a choisi et où elle a élu domicile.

<sup>350</sup> Une proposition de règlement relative au cabotage routier est en cours de discussion à la Commission européenne, notamment pour mieux lutter contre les domiciliations de complaisance (boîte à lettres).

<sup>351</sup> Not. Cass. crim. n° 98-84.501 du 27 mai 1999 INERISA; cass. crim n° 99-80.560 du 5 janvier 2000 SPRL EUROPEENEDU BATIMENT; cour d'appel de Rennes du 10 juillet 1997 PRATI; cour d'appel de Dijon du 8 septembre 1999 GILLES; cour d'appel de Rennes du 7 décembre 2000 BATCH ET HAYWARD; tribunal de grande instance de Paris du 20 février 2001 DE BRETAGNE.

Ces pratiques ont été encouragées à une époque et ont connu un certain succès, à l'initiative d'une organisation de défense des commerçants et des artisans. Une circulaire de la direction de la sécurité sociale avait appelé l'attention des services de contrôle et de recouvrement sur cette fraude concertée<sup>352</sup>.

Plusieurs décisions de justice sont venues sanctionner ces pratiques<sup>353</sup>, soit au titre du travail dissimulé, soit pour valider des procédures de recouvrement de cotisations sociales éludées qui étaient engagées par les organismes français de protection sociale.

### **.A.3. L'absence d'activité normale, substantielle et significative dans l'Etat de domiciliation de l'entreprise étrangère**

L'entreprise étrangère déploie dans l'Etat de domiciliation une activité qui se limite à l'exécution de tâches purement administrative et de gestion. Le cœur de son métier, c'est-à-dire la mise en œuvre de son objet social, n'est pas réalisé et déployé dans cet Etat, mais en France, voire dans d'autres Etats de l'Union européenne.

Voir également l'article de l'auteur :

<https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/condition-de-validite-de-delivrance-du-certificat-de-detachement-notion-d-activites-substantielles-de-l-employeur-dans-son-etat-de-domiciliation>

Conformément à la jurisprudence communautaire<sup>354</sup>, le juge français dénie à l'entreprise étrangère, dans cette hypothèse, le droit de se prévaloir de la libre prestation de services et en tire toutes les conséquences au regard du droit social qui doit être appliqué<sup>355</sup>. L'activité économique en France doit donner lieu à la création d'un établissement, accompagnée d'une demande d'immatriculation au registre consulaire, si elle est obligatoire, et avec les déclarations fiscales et sociales afférentes à l'activité de cet établissement. A défaut, le délit de travail dissimulé est avéré.

### **.A.4. La présence d'une activité stable et continue sur le territoire français**

Le fait qu'une entreprise étrangère justifie d'une domiciliation hors de France, dans un Etat où elle exerce une réelle activité économique, ne la dispense pas de créer un établissement en France dès lors qu'elle y déploie une activité stable et continue<sup>356</sup>. En effet, la prestation de services est par nature temporaire. Si l'activité économique sur le territoire français devient pérenne ou est exercée sans limitation de durée, elle change de nature et ne peut relever de la prestation de services. Cette activité économique doit donner lieu à la création d'un établissement en France, en vertu de la jurisprudence communautaire et nationale (**voir supra p.36 et suivantes**), même si cette activité ne représente qu'une partie (très) accessoire de son chiffre d'affaires ou du nombre de ses clients.

<sup>352</sup> Circulaire DSS/SDFGSS/5B/99/495 du 23 août 1999.

<sup>353</sup> Cass. crim. n° 98-86.665 du 27 mai 1999 RODRIGUEZ; cass. soc. n° 03-18.771 du 22 février 2006 HELLEGOUARCH; cass. crim. n°05-87.436 du 3 octobre 2006 THE LOVELY TIME SDT; cour d'appel d'Agen du 14 mars 2002 CAUNEZIL.

<sup>354</sup> CJCE 35/70 du 17 décembre 1970 Manpower; CJCE C-202/97 du 10 février 2000 FITZWILLIAM ; CJUE C-784/19 du 3 juin 2021 TEAM POWER EUROPE.

<sup>355</sup> Cass. crim. n° 11-82.949 du 14 février 2012 VINEXPERT.

<sup>356</sup> CJUE C-167/01 du 30 septembre 2003 INSPIRE points 95 et suivants.

La fraude à l'établissement sous cette forme est sans doute la plus fréquente en France, car facile à mettre en œuvre.

Lorsque cette fraude à l'établissement est constatée, elle constitue en particulier du travail dissimulé par dissimulation d'activité.

De nombreuses décisions de justice sont intervenues pour réprimer cette fraude constatée dans plusieurs secteurs d'activité dont la prospection commerciale, le bâtiment, le transport routier de marchandises, la réparation automobile, le transport aérien, l'import-export<sup>357</sup>.

#### **.A.5. L'activité économique exercée sur le territoire français sans limitation prévisible de durée**

Lorsque l'entreprise étrangère envisage d'exercer ou commence à exercer son activité économique en France sans limitation prévisible de durée, elle ne peut se réclamer du régime de la prestation de services, en vertu de la jurisprudence communautaire<sup>358</sup>. Son activité économique relève de l'établissement et entraîne le respect des formalités déclaratives en France. A défaut, le délit de travail dissimulé par dissimulation d'activité est constitué.

Le critère de l'exercice de l'activité économique sur le territoire français pour caractériser un établissement peut être retenu seul et de façon autonome ou venir conforter le critère de l'activité stable et continue. Ce critère peut être retenu seul, notamment en présence d'une activité économique qui vient de démarrer, dès lors que son responsable reconnaît son projet ; une habilitation amiante délivrée par l'AFNOR à une entreprise étrangère est, par exemple, le signe d'une volonté d'exercer de façon pérenne en France.

La prestation de services internationale ne doit pas être utilisée comme une période d'essai ou de test ou d'observation préalable à la création officielle d'un établissement.

#### **Nota**

*La fraude à l'établissement (c'est-à-dire de la dissimulation d'activité économique) génère de facto de la fraude au détachement du salarié (c'est-à-dire de la dissimulation d'emploi salarié) affecté à l'activité économique exercée illégalement en France (voir **infra p.223 et suivantes**). Les deux fraudes, et donc les deux infractions, sont liées.*

*Par ailleurs, l'article 99 de la loi Avenir professionnel modifie et complète les éléments constitutifs du délit de travail dissimulé par dissimulation d'activité, en ajoutant un 3° à l'article L.8221-3 du code du travail qui vise, de façon spécifique, l'entreprise étrangère qui pratique en France de la fraude au détachement de salarié induite par de la fraude à l'établissement du fait d'une activité de simple gestion administrative dans son Etat de domiciliation ou du fait d'une activité stable, continue et habituelle sur le territoire français.*

<sup>357</sup> Cass. crim. n° 00-86.281 du 24 avril 2001 EITEL; cass. crim. n° 02-86.287 du 25 mars 2003 MOHAMED; cass.soc. n° 02-60.119 du 14 janvier 2004 AGIO SIGARENFABRIEKEN; cass. crim. n°03-86.970 du 26 octobre 2004 HOLGER; cass. crim. n° 11-88420 du 11 mars 2014 EASYJET; cour d'appel de Colmar du 13 octobre 2000 RHEEE.

<sup>358</sup> Voir **infra 7ème partie Jurisprudence p.275 et suivantes**.

*Cette modification du code du travail n'apporte rien à l'état du droit existant pour mettre en cause un travailleur indépendant prestataire qui pratiquerait de la dissimulation d'activité économique sur le territoire français; il ne s'agit pas d'une innovation juridique, ni de la création d'un nouveau cas d'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'activité. De nombreuses condamnations sont d'ailleurs déjà intervenues pour fraude à l'établissement sur le fondement de l'article L.8221-3 du code du travail.*

*En effet :*

*.1. le statut du travailleur indépendant exerçant une activité professionnelle est binaire et reste binaire : soit il est établi en France et dans cette hypothèse les 1° et 2° de l'article L.8221-3 du code du travail s'appliquent s'il se prévaut à tort du régime de la libre prestation de services, soit il n'est pas établi en France ; dans cette hypothèse son activité ne peut pas relever des incriminations mentionnées au 1° et au 2° de l'article L.8221-3.*

*Le 3° de l'article L.8221-3 n'est donc que la reformulation (en creux) des 1° et 2° de ce même article, si cet article a pour objet d'incriminer et de sanctionner la fraude à l'établissement.*

*.2. en réalité, et principalement, le 3° de l'article L.8221-3 du code du travail, ajouté par l'article 99 de la loi Avenir professionnel, ne concerne pas, compte tenu de sa rédaction peu limpide, la dissimulation d'activité économique, mais la dissimulation d'emploi salarié puisqu'est visé le recours non conforme au détachement d'un salarié, consécutif à une fraude à l'établissement.*

*Alors que l'objectif est de simplifier le droit, l'ajout inutile d'un 3° à l'article L.8221-3 du code du travail complexifie, interroge et sème le trouble, puisqu'il mélange à la fois de la fraude au détachement (c'est-à-dire de la dissimulation d'emploi salarié) et de la fraude à l'établissement (c'est-à-dire de la dissimulation d'activité économique).*

*Reste à espérer que cette confusion des fraudes dans la définition d'une incrimination ne va pas nuire à la bonne application des textes qui ne posait aucun problème avant cet ajout rédactionnel inopportun.*

## **.B. Quid de la mise en cause du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage ?**

La mise en cause, au plan pénal ou au titre de la solidarité financière, du donneur d'ordre, voire du maître d'ouvrage, pour recours à travail dissimulé par une fraude à l'établissement est juridiquement possible<sup>359</sup>.

Les investigations s'attacheront donc à démontrer qu'en raison de la nature, des circonstances et, des modalités des relations commerciales ou en raison des relations personnelles ou familiales entre les dirigeants des deux entreprises, le donneur d'ordre savait que l'entreprise étrangère disposait d'une domiciliation de complaisance à l'étranger ou déployait en France une activité économique stable et continue :

<sup>359</sup> Voir infra 7<sup>ème</sup> partie Jurisprudence .M. p.290.



⇒ un donneur d'ordre qui contracte avec la même entreprise étrangère à plusieurs reprises rapprochées ou successives,

⇒ un donneur d'ordre qui se fait remettre par l'entreprise étrangère (qui cherche à le convaincre pour obtenir un marché supplémentaire) une liste de clients et de références antérieurs ou en cours en France,

⇒ un donneur d'ordre qui a comme principal interlocuteur un représentant de l'entreprise en France,

⇒ un donneur d'ordre qui se fait démarcher en France,

⇒ un donneur d'ordre qui procède au paiement des factures sur un compte bancaire ouvert en France etc.

En cas de délocalisation fictive à l'étranger, la mise en cause du donneur d'ordre est plus aisée à établir.

## **.II. LES FRAUDES A LA NATURE DE L'ACTIVITE ECONOMIQUE SUR LE TERRITOIRE FRANÇAIS**

Même si l'activité de l'entreprise étrangère sur le territoire français relève effectivement de la prestation de services internationale, l'objet de cette prestation temporaire peut cependant s'avérer contraire à la législation du travail<sup>360</sup>.

La fraude à la nature de l'activité économique exercée en France vise en effet le comportement d'entreprises étrangères dont l'intervention est susceptible de constituer a priori de la vraie prestation de services, parce que temporaire, mais dont l'objet porte en réalité sur des opérations ou des activités interdites par le code du travail ou non conformes au code du travail.

On peut citer ainsi d'une part les opérations de fausse sous-traitance et d'autre part les diverses activités d'intermédiation transnationale.

### **.A. Les opérations de fausse sous-traitance**

A l'identique des pratiques qui existaient déjà entre entreprises françaises, des entreprises étrangères participent en France, et au bénéfice d'entreprises françaises, à de la fausse sous-traitance. Cette fausse sous-traitance, sous des montages commerciaux parfois sophistiqués, se manifeste, soit par la fourniture de main-d'œuvre salariée prétendument détachée, soit par le recours à des pseudos travailleurs indépendants.

Cette fraude à la prestation de services internationale, historiquement la première sanctionnée par les tribunaux français<sup>361</sup>, affecte plusieurs secteurs d'activité économique et pas uniquement celui du BTP, traditionnellement sensible.

---

<sup>360</sup> L'activité de l'entreprise étrangère sur le territoire français peut être aussi illégale à un double titre : en raison de ses modalités et en raison de sa nature.

<sup>361</sup> Première décision rendue: cass. crim. n° 95-80.772 du 16 janvier 1996 STIM.

Pour caractériser ces fraudes transnationales à l'emploi et au travail, les tribunaux utilisent la même grille d'analyse et de requalification que celle résultant de la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation, fondée sur le transfert et l'exercice réel de la subordination juridique, pour ainsi faire la distinction entre vraie et fausse sous-traitance<sup>362</sup>. En cette matière, l'un des intérêts, si ce n'est l'intérêt majeur, de cette jurisprudence est de mettre en cause à titre principal le donneur d'ordre qui est établi en France et qui tire profit au premier chef de ces pratiques.

### **.A.1. La mise à disposition illicite de salariés**

L'une des premières affaires emblématiques de fausse sous-traitance internationale, c'est-à-dire de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre, a été jugée par la Cour de cassation en 1998<sup>363</sup> pour des faits commis sur un chantier de réparation navale. A l'époque, cette affaire avait fait grand bruit car l'entreprise française titulaire du marché avait préféré sous-traiter le travail à un prestataire établi hors de France plutôt que d'employer la main-d'œuvre locale disponible et qualifiée qui se trouvait dans un bassin d'emploi touché par des restructurations récentes dans la "navale". L'enquête de terrain avait révélé que cette sous-traitance apparente cachait une opération de trafics de main-d'œuvre étrangère, mise à la disposition de l'entreprise française qui l'utilisait comme son propre personnel.

C'est également dans cette affaire que la Cour de cassation a validé pour la première fois, outre les qualifications classiques de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre, l'analyse d'un juge du fond consistant à considérer le donneur d'ordre comme l'employeur de fait des salariés prêtés du pseudo sous-traitant, avec toutes les conséquences pénales relatives au travail dissimulé (encore appelé travail clandestin à l'époque) et à l'emploi d'étranger sans titre de travail. Cette analyse est désormais acquise et est devenue habituelle<sup>364</sup>.

Depuis cette période, de nombreuses décisions de justice sont intervenues pour condamner des opérations de prestation de services internationale masquant en réalité du marchandage et du prêt illicite de main-d'œuvre: dans l'agriculture, la réfection de fours industriels, la serrurerie, le bâtiment, la manufacture, les transports routiers de marchandises, les travaux sous-marins offshores<sup>365</sup>.

### **.A.2. Le recours à des faux travailleurs indépendants**

Une fraude plus sophistiquée à la nature de la prestation de services internationale consiste pour un donneur français à recourir à des personnes présentées formellement comme des travailleurs indépendants, en provenance de leur Etat d'origine, tout en les faisant travailler de façon subordonnée, comme des salariés.

**.A.2.1.** S'il est tout à fait loisible à un donneur d'ordre français de faire appel en sous-traitance à un ou plusieurs travailleurs indépendants établis hors de France, dans le cadre des articles

<sup>362</sup> Cass. crim. n° 82-94.131 du 7 février 1984 ALPHA INFORMATIQUE; cass. crim n° 84-91.628 du 25 juin 1985 ALTRA; cass. crim. 21 janvier 1986 TMG; cass. crim. n° 85-95.6585 du 23 juin 1987 KODAK.

<sup>363</sup> Cass. crim. n° 96-86.679 du 4 juin 1998 TESSANDIER.

<sup>364</sup> Arrêt de principe: cass. crim n°05-80.833 du 31 janvier 2006 ABC.

<sup>365</sup> Cass. crim. n° 96-86.479 du 12 mai 1998 SOGEXPAT; cass. crim. 03-82.797 du 17 février 2004 EFUBA; cass. crim. n°10-82.626 du 12 octobre 2010 JPV; cass. crim. n°10-82.636 du 1er mars 2011 NORCOLOR; cour appel de Dijon n° 99/607 du 8 septembre 1999 GILLES.

56 et 57 du TFUE (*voir supra p.48*), encore faut-il que ce(s) travailleur(s) indépendant(s) vien(nen)t prêter en respectant les conditions cumulatives suivantes:

- ⇒ tout d'abord être connus en qualité de travailleur indépendant dans l'Etat où ils sont domiciliés,
- ⇒ y exercer habituellement leur activité économique,
- ⇒ respecter leurs obligations fiscales et sociales en France,
- ⇒ enfin ne pas être liés au donneur d'ordre par un lien de subordination juridique permanente.

A plusieurs reprises, les tribunaux ont sanctionné des donneurs d'ordre français qui recouraient, parfois massivement<sup>366</sup>, à des faux travailleurs indépendants, y compris sous la qualité d'auto-entrepreneurs<sup>367</sup>, souvent en provenance de l'Union européenne, soit directement, soit par le concours d'intermédiaires très actifs dans le placement rémunérateur de ces pseudos travailleurs indépendants<sup>368</sup>. Ces donneurs d'ordre sont alors requalifiés en employeurs de fait de ces faux indépendants et condamnés pour dissimulation d'emploi salarié, voire emploi de salarié sans titre de travail, s'il s'agit de ressortissants d'Etats tiers ; les cotisations et contributions sociales sont dues en France, y compris si ces faux travailleurs indépendants sont titulaires de certificats de détachement<sup>369</sup>.

**.A.2.2.** Une attention plus particulière doit être accordée à la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la production et à l'emploi des artistes résidents dans un autre Etat de l'Union européenne (UE) ou dans l'Espace économique européen (EEE), en relation avec la modification récente du code du travail que la France a dû consentir à la demande de la Commission européenne pour atténuer la portée de la présomption de salariat<sup>370</sup>. Certains organisateurs de spectacles ont vu dans cette modification législative une opportunité pour s'affranchir de facto des effets attachés à cette présomption de salariat, en présentant d'office, des artistes résidents dans un autre Etat de l'UE ou de l'EEE auxquels ils recouraient, comme des travailleurs indépendants, ce qui leur évitait de se comporter en producteur employeur et de payer les cotisations et les contributions aux organismes de protection sociale et à la caisse de congés payés.

Trois décisions de la Cour de cassation, intervenues depuis cette évolution législative, permettent de combattre plus efficacement cette fraude du producteur du spectacle : il lui appartient de prouver que la présomption de salariat ne s'applique pas en démontrant<sup>371</sup> que les artistes à qui il fait appel sont connus dans leur Etat de résidence pour y exercer habituellement la profession d'artiste en qualité de travailleur indépendant<sup>372</sup>. Tant que le

<sup>366</sup> 72 faux travailleurs indépendants dans une affaire de maraîchage: tribunal de grande instance de Villefranche sur Saône n° 1251/06 du 19 décembre 2006.

<sup>367</sup> Cass. crim. n° 15-85129 du 18 octobre 2016 ALEXANDRE K.

<sup>368</sup> Cass. crim. n° 15-80896 du 27 novembre 2017 Eurl BRB.

<sup>369</sup> Même arrêt.

<sup>370</sup> Article L.7121-5 du code du travail créé par la loi n° 2008-89 du 30 janvier 2008 (*voir supra p.129 et suivante et infra p.237 et suivante*).

<sup>371</sup> Et pas simplement d'affirmer.

<sup>372</sup> Par analogie juridique, la même analyse juridique est applicable à celui qui emploie un mannequin détaché sous un statut de travailleur indépendant (*voir infra p.119 et suivante et p.237 et suivante*).

producteur n'a pas fait cette démonstration, il reste l'employeur des artistes. Les agents habilités, les organismes de recouvrement et le juge sont donc en droit de faire application de la présomption de salariat tant que le producteur n'a pas fait cette démonstration probante.

### **.A.3. Quid de la mise en cause du donneur d'ordre ?**

En application de la jurisprudence de la Cour de cassation, le donneur d'ordre est considéré comme l'employeur des salariés ou des faux travailleurs indépendants détachés mis à sa disposition et utilisés dans le cadre d'une opération de fausse sous-traitance.

S'agissant d'une fausse sous-traitance internationale, cette analyse revêt une importance capitale pour lutter contre le dumping social.

**.A.3.1. Au plan pénal**, le donneur d'ordre, requalifié en employeur, commet les infractions de marchandage, de prêt illicite de personnel, de dissimulation d'emploi salarié, voire emploi de salarié étranger sans titre de travail, lorsque l'entreprise étrangère se contente de mettre à sa disposition du personnel salarié sous couvert d'une sous-traitance.

Il commet l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié lorsqu'il recourt directement à des faux travailleurs indépendants détachés, ainsi que l'infraction d'emploi de salarié étranger sans titre de travail, si ces travailleurs sont des ressortissants d'Etats tiers, qui ont besoin d'une autorisation de travail.

**.A.3.2. Au plan civil, en matière de recouvrement**, les organismes de protection sociale et les caisses de congés payés sont habilités à réclamer au donneur d'ordre le paiement des cotisations et contributions, même si ces salariés et travailleurs indépendants sont munis de certificats de détachement. En effet, compte tenu de la fraude et de la requalification, ces salariés et travailleurs indépendants perdent leur qualité de détachés puisqu'ils deviennent les salariés du donneur d'ordre. Les certificats de détachement, attachés à cette qualité qui n'existe donc pas, ne sont pas opposables aux organismes de protection sociale<sup>373</sup>.

Le donneur d'ordre est redevable également à l'OFII de la contribution spéciale et de la contribution forfaitaire, s'il a fait l'objet d'un procès-verbal pour emploi d'un salarié étranger sans titre de travail (et de séjour).

### **.B. Les activités d'intermédiation transnationale à destination du territoire français**

Des entreprises étrangères proposent, par du démarchage très soutenu, à des employeurs français de la main-d'œuvre, soit en se réclamant du statut d'entreprise de travail temporaire, soit en se réclamant d'un autre statut d'intermédiation, souvent difficile à identifier.

Il ne s'agit donc plus d'une opération présentée (à tort) comme de la sous-traitance, mais comme de la fourniture ou de la mise à disposition de personnes, sous des formes très variées, mais toujours alléchantes, car moins chères et plus flexibles.

Dans cette offre, il convient de distinguer d'une part les prestations de services a priori licites, mais exercées en dehors du cadre juridique qui leur est applicable et d'autre part toutes les autres formes d'intermédiation transnationale illicite de main-d'œuvre.

---

<sup>373</sup> Cass. crim. n° 15-80896 du 27 novembre 2017 Eurl BRB.

## **.B.1. Les activités licites mais exercées de façon illégale**

### **.B.1.1. Les fraudes au travail temporaire**

Une entreprise de travail temporaire établie hors de France peut mettre à la disposition d'utilisateurs français des salariés intérimaires dans le cadre de la prestation de services<sup>374</sup>. Le code du travail précise à cet égard les règles applicables à ces prestations en France (**voir supra p.113 et suivantes**). Deux fraudes ont fait l'objet de décisions de la Cour de cassation, qui a confirmé des condamnations prononcées en appel:

⇒ la fraude à l'établissement de la part d'une entreprise de travail temporaire qui ne justifiait pas d'une activité normale, substantielle et significative dans l'Etat de domiciliation<sup>375</sup>. Dans cette affaire, il a été considéré que les utilisateurs français de ces intérimaires devenaient leurs employeurs de fait. Cette fraude semble relativement répandue dans ce secteur d'activité. Elle est facilitée par l'utilisation maximale d'internet à laquelle ces entreprises ont recours pour se faire connaître à distance et démarcher depuis un Etat dans lequel elles n'ont pas d'activité réelle. Il est d'ailleurs très révélateur que certains de ces sites soient uniquement conçus en langue française, à l'exclusion même de la langue de l'Etat de domiciliation.

Voir également l'article de l'auteur relatif à la décision du 3 juin 2021 TEAM POWER EUROPE de la CJUE :

<https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/condition-de-validite-de-delivrance-du-certificat-de-detachement-notion-d-activites-substantielles-de-l-employeur-dans-son-etat-de-domiciliation>

⇒ la fraude à la mise à disposition de salariés et au paiement des cotisations sociales en France, en utilisant abusivement le statut du détachement. Cette fraude résulte soit directement de la fraude à l'établissement, soit du rattachement indu des salariés intérimaires au système de protection sociale d'un Etat dans lequel ils n'ont jamais travaillé et qui ne les connaissait pas auparavant<sup>376</sup>.

Mais il existe d'autres fraudes commises par l'entreprise de travail temporaire et par l'utilisateur français qui ont pour objet d'éluder les règles de forme et de fond qui régissent l'exercice de cette activité. Le non-respect de ces règles est passible des sanctions spécifiques relatives au travail temporaire inscrites dans le code du travail.

Il est de jurisprudence constante de la Cour de cassation depuis 1983<sup>377</sup> que le non-respect des règles du travail temporaire constitue également du marchandage et du prêt illicite de main-d'œuvre. Ces délits sont imputables, non seulement à l'entreprise étrangère, mais également et surtout à l'utilisateur français.

<sup>374</sup> La plupart des Etats de l'Union européenne ont des ETT dont l'activité est souvent règlementée, comme en France (voir [www.prisme.eu](http://www.prisme.eu)).

<sup>375</sup> Cass. crim. n° 11-82.949 du 14 février 2012 VINEXPERT ; cass. crim. n° 14-84644 du 30 mars 2016 GAEC DE L'ASTRATELLA..

<sup>376</sup> Cass.civ. 2 n° 05-21.596 du 5 avril 2007 SERRURERIE OBJATOISE; cass.civ. 2 n° 07-11.096 du 20 mars 2008 ELMAT Ltd ; cass. crim. n° 14-84644 du 30 mars 2016 GAEC DE L'ASTRATELLA.

<sup>377</sup> Cass. crim. n° 82-91726 du 22 mars 1983 SONOCAR.

Par ailleurs, une autre jurisprudence constante et complémentaire de la Cour de cassation considère que l'utilisateur de salariés dans le cadre d'une opération de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre est l'employeur de ces salariés. Il en résulte que l'utilisateur français qui emploie, en dehors des règles sur le travail temporaire, des salariés intérimaires mis à sa disposition par une ETT établie hors de France, devient leur employeur<sup>378</sup>.

Cette analyse de la Cour de cassation entraîne plusieurs conséquences significatives: l'utilisateur français commet en outre l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, voire d'emploi de salarié étranger sans titre de travail ; les organismes de recouvrement, y compris l'OFII, sont fondés à lui réclamer le paiement des cotisations et contributions sociales, de la contribution spéciale et de la contribution forfaitaire, pour l'emploi direct des salariés intérimaires, missionnés hors du cadre du travail temporaire dont il ne peut plus se réclamer.

### **.B.1.2. Les fraudes au mannequinat<sup>379</sup>**

Contrairement aux entreprises de travail temporaire, seules les agences de mannequins établies dans l'Union européenne (UE) et dans l'Espace économique européen (EEE) bénéficient de la libre prestation de services<sup>380</sup>. Une agence de mannequins installée en Suisse ou dans un Etat tiers ne peut pas détacher de mannequins en France.

Le mannequin détaché en France a la qualité de salarié puisqu'il bénéficie de la présomption de salariat mentionnée dans le code du travail. A l'identique de l'artiste, cette présomption de salariat peut cependant être écartée s'il est démontré que le mannequin est connu pour exercer habituellement ce métier comme travailleur indépendant, dans l'Union européenne ou l'Espace économique européen et qu'il vient lui-même prêter à titre indépendant<sup>381</sup>. Mais, il appartient à l'utilisateur du mannequin ou à l'agence de mannequins d'apporter cette preuve, et non pas aux agents de contrôle habilités ou aux organismes de recouvrement, ni au juge d'en faire la démonstration.

Deux types de fraude dans le secteur du mannequinat ont donné lieu à de la jurisprudence:

⇒ le détachement en France d'un mannequin sous un statut de travailleur indépendant, sans même démontrer l'existence de ce statut dans l'Etat où il est réputé être installé et exercer habituellement son activité<sup>382</sup>. Ce type de fraude n'est pas rare et isolé, compte tenu de la présomption de salariat en vigueur en France.

⇒ le détachement en France d'un mannequin salarié depuis une structure basée en Suisse, et sans respecter les règles du code du travail relatives aux conditions d'exercice d'une agence de mannequins en France<sup>383</sup>.

<sup>378</sup> Cass. crim. n° 05-80-833 du 31 janvier 2006 ABC ; cass. crim. n° 14-88194 du 10 mai 2016 ROCHEFOLLE.

<sup>379</sup> Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi des mannequins » 1<sup>ère</sup> édition Mars 2017, du même auteur : [https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_mannequins.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_mannequins.pdf)

<sup>380</sup> L'interdiction opportune de prêter en France faite aux agences de mannequins établies dans les autres Etats aurait pu être appliquée également aux ETT, ce qui était d'ailleurs le cas avant le décret du 11 décembre 2007 précité.

<sup>381</sup> Articles L.7123-3 et L.7123-4 du code du travail, tempérés par l'article L.7123-4-1.

<sup>382</sup> Cour d'appel de Versailles n° 1999-21380 du 9 octobre 2001.

<sup>383</sup> Tribunal de grande instance de Paris n° 0120590749 du 19 septembre 2006 RICHTER (cette décision a été rendue avant l'interdiction de prêter en France pour les agences de mannequins établies en Suisse).

Compte tenu de la grande similitude entre la mise à disposition d'intérimaires et de mannequins, les qualifications juridiques et les conséquences pénales et civiles sont identiques en présence de fraudes au mannequinat.

Ainsi, à titre d'exemple, le détachement d'un mannequin en France auprès d'un utilisateur français par une agence établie en Suisse constitue du marchandage et du prêt illicite de main-d'œuvre pour les deux entreprises, ainsi que du travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié à l'encontre de l'utilisateur. S'ajoute le délit d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, si le mannequin est un ressortissant d'un Etat tiers. L'Urssaf, la caisse de retraite complémentaire et Pôle Emploi sont en droit de réclamer les cotisations et les contributions sociales à l'utilisateur français, même si le mannequin est en possession d'un certificat de détachement. L'OFII devient créancier à son égard de la contribution spéciale et de la contribution forfaitaire (si irrégularité du séjour), lorsqu'un procès-verbal est établi.

### **.B.2. Les activités d'intermédiation transnationale illicite**

Les activités d'intermédiation transnationale illicite constituent de véritables trafics de main-d'œuvre.

L'observation des pratiques des entreprises étrangères fait ressortir (de façon non limitative) au moins trois types d'activité d'intermédiation transnationale illicite de main-d'œuvre et de fraude à la loi.

#### **.B.2.1. La mise à disposition illicite de salariés, en dehors de tout cadre juridique**

Des entreprises établies hors de France proposent, moyennant rémunération, la fourniture de salariés, en dehors de toute règle relative à la mise à disposition de personnel. Ces pratiques, souvent accompagnées de publicité et de démarchage assez provocateurs, tombent directement, et à titre principal, sous le coup des infractions de marchandage et de prêt illicite de personnel<sup>384</sup>.

Selon les affaires, d'autres infractions sont susceptibles d'être caractérisées : dissimulation d'emploi salarié, si l'entreprise française ne les considérait pas comme ses propres salariés, mais comme des pseudo intérimaires, emploi de salarié étranger démuné de titre de travail (et de séjour), abus de vulnérabilité etc.

Les organismes de recouvrement sont fondés à réclamer les cotisations sociales à l'entreprise française qui est leur employeur, si elle élude, quel que soit le motif, le versement de ces cotisations.

La contribution spéciale et la contribution forfaitaire sont dues à l'OFII, si un procès-verbal pour emploi de salarié étranger sans titre de travail (et de séjour) a été relevé.

#### **.B.2.2. La mise à disposition de faux travailleurs indépendants**

Des intermédiaires, souvent constitués en entreprises, offrent, moyennant rémunération, les services de personnes présentées comme des travailleurs indépendants, mais qui vont en

---

<sup>384</sup> Not. Cass. crim n° 07-81.043 du 3 mars 2009 EARL CIDRES; cass. crim. n° 09-88.759 du 9 novembre 2010 TESI; tribunal de grande instance de Paris n° 0309490088 du 12 septembre 2006 PUB IRLANDAIS; tribunal de grande instance d'Albertville du 5 février 2007 MIOLLEX DONJON.

réalité être employées, de façon subordonnée, comme des salariés. Parfois, ces personnes ne justifient même pas du statut de travailleur indépendant dans l'Etat où elles se déclarent résidents, ni du respect de leurs obligations fiscales et sociales en France en qualité de prestataires de services, ce qui facilite bien entendu la requalification, puisque la qualité de travailleur indépendant ne se présume pas.

L'entreprise française qui emploie ces faux prestataires indépendants commet, à titre principal, l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, voire d'emploi de salarié étranger sans titre de travail (et de séjour). Elle commet également les infractions de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre, voire d'abus de vulnérabilité.

Dans les affaires d'emploi transnational de faux travailleurs indépendants, l'abus de vulnérabilité est fréquent puisque ces personnes sont souvent payées à la tâche, en dessous du SMIC, avec des horaires de travail très conséquents et parfois sans repos hebdomadaire ; c'est tout l'intérêt de pratiquer cette fraude.

L'intermédiaire, qui n'est pas leur employeur, peut être mis en cause pour plusieurs infractions : marchandage, prêt illicite de main-d'œuvre, complicité de dissimulation d'emploi salarié, complicité d'emploi de salarié étranger sans titre de travail (et de séjour), abus de vulnérabilité<sup>385</sup>.

Les organismes de recouvrement sont fondés à réclamer les cotisations sociales à l'entreprise française qui est leur employeur, puisqu'elle élude nécessairement le versement de ces cotisations.

La contribution spéciale et la contribution forfaitaire sont dues par l'entreprise française à l'OFII, si un procès-verbal pour emploi de salarié étranger sans titre de travail (et de séjour) est relevé.

### **.B.2.3. La mise à disposition de faux stagiaires**

Sur un schéma sensiblement identique à la mise à disposition de faux travailleurs indépendants, d'autres intermédiaires proposent à des entreprises françaises d'accueillir des ressortissants de l'Union européenne ou d'Etats tiers, qui sont présentés comme des stagiaires, mais qui vont être employés en réalité comme des salariés. Là encore, des décisions de justice attestent de ces fraudes transnationales qui tombent principalement sous le coup des mêmes incriminations que celles visant la mise à disposition de faux travailleurs indépendants<sup>386</sup>.

L'entreprise d'accueil est requalifiée en employeur ; elle commet, à titre principal, l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, voire d'emploi de salarié étranger sans titre de travail (et de séjour) et de violation du monopole de l'OFII. Elle commet également les infractions de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre, voire d'abus de vulnérabilité.

Dans ces affaires, l'abus de vulnérabilité est fréquent puisque ces personnes, qui travaillent comme des salariés, perçoivent au mieux une gratification, sensiblement inférieure au SMIC ;

<sup>385</sup> Cass. crim. n° 08-82.843 du 9 décembre 2008 SIDROM; cass. crim. n° 07-87.289 du 8 juin 2010 ESAF.

<sup>386</sup> Cass. crim. n° 98-87.686 du 16 novembre 1999 WISSING; cass. crim. n° 09-86.095 du 26 mai 2010 ACTIONS LANGUES; cass. crim. n° 11-85.648 du 28 février 2012 AGRINEWS; cour d'appel de Rennes du 10 mars 2005 SIMON.



des avantages en nature leur sont décomptés de surcroît. Pour être accueillis dans des entreprises françaises de prestige ou de renom, notamment dans les HCR, le stagiaire paie parfois son hôte, sous la forme d'un droit d'entrée. Les horaires de travail dépassent les limites légales et le repos hebdomadaire reste très aléatoire.

L'intermédiaire, qui effectue le placement des stagiaires, peut être mis en cause pour plusieurs infractions : marchandage, prêt illicite de main-d'œuvre, complicité de dissimulation d'emploi salarié, complicité d'emploi de salarié étranger sans titre de travail (et de séjour), violation du monopole de l'OFII et abus de vulnérabilité<sup>387</sup>.

Les organismes de recouvrement sont fondés à réclamer les cotisations sociales à l'entreprise française d'accueil qui est leur employeur, puisqu'elle élude nécessairement le versement de ces cotisations.

La contribution spéciale et la contribution forfaitaire sont dues par l'entreprise d'accueil à l'OFII, si un procès-verbal pour emploi de salarié étranger sans titre de travail (et de séjour) est relevé.

### **.III. Les conséquences des arrêts *Altun* du 6 février 2018 et *Vueling* du 2 avril 2020, ainsi que de l'arrêt *Alpenrind* du 6 septembre 2018 de la CJUE**

Quid de l'impact de la décision C-359/16 *Altun* du 6 février 2018 et de la décision C-370/17 et C-37/18 *Vueling* du 2 avril 2020, ainsi que de la décision C6527/16 *Alpenrind* du 6 septembre 2018 de la CJUE sur le constat d'une fraude à l'exercice d'une activité économique sur le territoire français, dont l'infraction de travail dissimulé est l'une de ses traductions ?

Dans les décisions *Altun*<sup>388</sup> et *Vueling*<sup>389</sup>, la CJUE a confirmé sa jurisprudence *A-Rosa* du 27 avril 2017<sup>390</sup> au terme de laquelle les autorités nationales et le juge national de l'Etat d'accueil de la prestation effectuée par une entreprise établie dans un autre Etat de l'UE, de l'EEE ou de la Suisse, ne peuvent pas remettre en cause d'office et de leur propre initiative la validité d'un certificat de détachement, qui dispense de payer les cotisations et contributions sociales en France, y compris lorsque ce formulaire est obtenu ou utilisé de façon frauduleuse.

Dans la décision *Alpenrind*<sup>391</sup>, la CJUE considère que les conclusions de la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale, saisie d'un recours par l'Etat membre d'accueil et d'emploi du travailleur détaché contre la décision de l'institution émettrice de refuser de retirer le certificat de détachement, ne s'imposent pas à cette institution; la CJUE précise que ces conclusions n'ont la valeur que d'un simple avis. Il en

<sup>387</sup> Cass. crim. n° 08-82.843 du 9 décembre 2008 SIDROM; cass. crim. n° 07-87.289 du 8 juin 2010 ESAF.

<sup>388</sup> Pour plus d'analyse, voir *infra p.381 et suivantes* l'article de commentaire de l'arrêt *Altun* publié dans Droit Ouvrier du mois d'avril 2018, du même auteur.

<sup>389</sup> Voir l'article publié sur le site de l'auteur : <https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/certificat-de-detachement-frauduleux-arret-vueling-du-2-avril-2020-de-la-cjue>

<sup>390</sup> Voir également *infra p.381 et suivantes* le commentaire de l'arrêt *A-Rosa* publié dans Droit Ouvrier du mois de juin 2017, du même auteur.

<sup>391</sup> Voir l'article publié sur le site de l'auteur : <https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/certificat-de-detachement-procedure-de-retrait-cjue-affaire-alpenrind>

résulte que l'Etat membre d'origine n'est pas tenu de retirer le certificat de détachement litigieux, alors même que la Commission administrative conclut dans ce sens.

**Nota**

*Les arrêts Altun et Vueling ou l'arrêt Alpenrind, pas plus que l'arrêt A-Rosa, ne s'appliquent pas au certificat de détachement délivré dans le cadre de l'un des 38 accords bilatéraux de sécurité sociale signés entre la France et des Etats tiers<sup>392</sup>.*

*Ces Etats ne font pas partie de l'UE ou de l'EEE et ne peuvent pas se prévaloir de la jurisprudence de la CJUE qui, par ailleurs, se rapporte à l'application d'autres normes juridiques de nature communautaire.*

**.A. Le descriptif du mode d'emploi institué par les arrêts *Altun* et *Vueling*, à la lumière de l'arrêt *Alpenrind***

Avant toute décision du juge de l'Etat d'accueil et d'emploi, la CJUE exige une saisine préalable de l'institution de sécurité sociale qui a délivré le certificat de détachement litigieux pour en demander le retrait ou l'invalidation, selon le mode d'emploi suivant.

**.A.1.** Préalablement à la décision du juge français qui est saisi d'un contentieux, civil ou pénal, dans le cadre duquel il est susceptible de constater une fraude à l'obtention ou à l'utilisation du certificat de détachement, et donc de l'écarter, l'institution de sécurité sociale française intéressée et compétente<sup>393</sup> doit demander le retrait ou l'invalidation de ce formulaire à son homologue qui l'a délivré, ce qui suppose une bonne coopération et bonne entente entre les deux entités françaises ou entre l'institution française et les agents de contrôle qui ont constaté l'emploi en France d'un salarié détaché avec un certificat de détachement injustifié.

**.A.2.** Selon l'arrêt *Altun*, cette demande de retrait ou d'invalidation, s'effectue dans le cadre d'une enquête judiciaire. Cette condition risque de susciter un nouveau contentieux spécifique de la part des Etats qui n'ont aucun intérêt financier à retirer le certificat de détachement.

En matière pénale, c'est-à-dire dans le cadre d'une affaire de travail dissimulé, à partir de quel moment l'enquête judiciaire existe ? Est-ce uniquement à compter de la saisine du procureur de la République, à compter de la saisine du tribunal ou est-ce en amont, dès qu'un agent de contrôle habilité recherche l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'activité par défaut de déclarations sociales, c'est-à-dire avant la rédaction et la transmission d'un rapport ou d'un procès-verbal au procureur de la République ?

A cet égard, se pose la question de savoir si un agent de contrôle habilité peut désormais continuer à constater cette modalité de l'infraction de travail dissimulé, puisque le constat de

<sup>392</sup> Voir sur le site du CLEISS la liste de ces accords bilatéraux.

<sup>393</sup> Quelle est l'institution compétente ? L'URSSAF, la MSA, la CGSS, le RSI, l'ENIM, une caisse de retraite complémentaire, Pôle Emploi, le CNFE de l'URSSAF de Strasbourg, le Cleiss ? Il n'existe aucune instruction ministérielle sur le sujet.

cette infraction est conditionné par une saisine préalable de l'institution de sécurité sociale qui a délivré le certificat de détachement qui reste en vigueur. Dès lors, et compte tenu par ailleurs de l'exigence d'une enquête judiciaire, l'agent de contrôle n'est-il pas contraint de transmettre au procureur de la République un simple rapport, et non plus un procès-verbal ?

La distinction entre rapport et procès-verbal n'est pas anodine, puisque la mise en œuvre de certaines mesures sanctionnant des pratiques de travail dissimulé implique la rédaction d'un procès-verbal.

En matière civile, la condition de la justification de l'existence d'une enquête judiciaire n'est pas usuelle et appropriée. Est-ce à dire que les organismes de protection sociale doivent préalablement saisir le TASS<sup>394</sup>, avant que ne soit demandé le retrait ou l'invalidation du certificat de détachement? Cette incertitude sur la bonne articulation des procédures fragilise la reconnaissance des droits des organismes victimes du non paiement des cotisations et contributions sociales en France.

**.A.3.** Seule l'institution de sécurité sociale française compétente précitée est autorisée à demander le retrait ou l'invalidation du certificat de détachement. Le délai dans lequel, à peine de forclusion ou de prescription, le retrait ou l'invalidation est demandé n'est pas précisé. Est-ce le délai de l'Etat d'accueil dans lequel la fraude à l'exercice de l'activité économique est constatée ou le délai de l'Etat qui a émis le certificat de détachement ? Ou un autre délai ?

A la lecture de l'arrêt *Vueling*, la saisine de l'homologue émetteur du certificat de détachement doit se faire promptement, sans autre précision de la part de la CJUE. Quel sera l'impact de cette condition, car le traitement de la plupart des affaires de fraude à l'établissement ou au détachement nécessite du temps pour caractériser la fraude ?

Les agents de contrôle habilités, le procureur de la République ou le juge d'instruction doivent donc nécessairement s'adresser à cette institution, par un dossier argumenté et documenté, puisqu'elle dispose ainsi d'un monopole en la matière.

Il est à espérer que l'institution de sécurité sociale française transmettra toutes les demandes et ne fera pas un tri, voire opposition, qui résulterait d'une différence d'analyse juridique avec l'auteur de sa saisine, ou du montant modeste des cotisations sociales éludées ou d'amicales pressions diplomatiques ou politiques.

A cet égard, les instructions ministérielles du 18 février 2014 de la direction de la sécurité sociale nécessitent d'être actualisées pour rendre obligatoire et systématique la saisine de l'institution de sécurité sociale qui a émis le certificat de détachement, dès lors qu'elle est sollicitée pour obtenir le retrait ou l'invalidation de ce formulaire.

**.A.4.** L'institution de sécurité sociale qui a émis le certificat de détachement n'est pas obligée de retirer ou d'invalider ce formulaire, même si la fraude est caractérisée sur le territoire français au regard de l'ordre juridique français. Selon les arrêts *Altun* et *Vueling*, l'institution de sécurité sociale est uniquement tenue de prendre en considération la demande, de

---

<sup>394</sup> Au 1<sup>er</sup> janvier 2019, le TASS a été supprimé ; il est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance.

l'examiner et de répondre dans un délai raisonnable, dont la durée n'est pas précisée par l'arrêt, ce qui va nécessairement générer du contentieux.

Dès lors, plusieurs situations (non exhaustives) sont envisageables :

⇒ l'institution retire le certificat de détachement dans le délai raisonnable non déterminé par les arrêts *Altun* et *Vueling*; le juge français retrouve sa libre appréciation.

⇒ l'institution ne procède pas à l'examen de la demande ou ne répond pas dans le délai raisonnable non déterminé.

Si on se réfère aux textes communautaires *ad hoc*, le délai raisonnable dont disposerait l'institution de sécurité sociale de l'Etat d'envoi serait de 3 mois, qui peut être porté à 6 mois pour les dossiers complexes. Le défaut de réponse dans le délai de 6 mois autorise la saisine de la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale, qui dispose elle-même d'un délai de 6 mois. La saisine de la Commission administrative ne ressort pas non plus de la compétence du juge français, mais de celle de l'institution de sécurité sociale française. Ces délais, calculés en mois, ne sont pas anodins et obèrent des procédures déjà lourdes et longues par nature, notamment en termes de traduction linguistique.

A quel moment, à défaut de réponse, le juge français retrouve-t-il sa libre appréciation ? A compter du délai de 3 mois ou de 6 mois imparti à l'institution émettrice ? A compter de l'expiration du délai de 6 mois dont dispose la Commission administrative ?<sup>395</sup> Autrement dit, est-ce que le juge français retrouve sa liberté d'appréciation au terme de ce délai de deux fois trois mois ou est-il tenu d'attendre la réponse de la Commission administrative dont la saisine serait obligatoire ?

S'il doit attendre la réponse de la Commission administrative, il devra nécessairement attendre la réponse consécutive de l'institution émettrice du certificat de détachement, si la Commission émet un avis favorable au retrait ou à l'invalidation. Dans cette hypothèse, aucun texte ne précise le délai de réponse de l'institution émettrice du formulaire.

Enfin, rien n'est dit sur la façon dont le juge s'assure que l'institution émettrice n'a pas procédé à l'examen de la demande de retrait ou d'invalidation dans le délai raisonnable ; rien n'est dit la façon concrète par laquelle il vérifie avec assurance et sans difficulté cette condition.

⇒ l'institution répond dans le délai raisonnable qu'elle ne retire pas ou qu'elle n'invalide pas le certificat de détachement ; cette décision lie le juge français. Seul un recours devant la Commission administrative est alors possible, mais l'avis de la Commission ne s'impose pas à l'institution émettrice qui peut maintenir son refus et bloquer l'action du juge français.

⇒ l'institution répond dans le délai raisonnable qu'elle retire ou invalide le certificat de détachement, mais sans donner à ce retrait à cette invalidation l'étendue de l'effet rétroactif souhaité dans la demande de retrait ou d'invalidation ou sans lui donner d'effet rétroactif, ce qui empêche d'une part le juge pénal français de constater une infraction pour la période d'intervention du travailleur indépendant ou de l'entreprise en France dont il est saisi et

---

<sup>395</sup> Dans la note de presse du 2 mai 2019 qui présente le bilan URSSAF 2018 de la lutte contre le travail dissimulé, l'ACOSS prend en compte le délai maximum de deux fois 6 mois (3 mois renouvelables, plus 6 mois).

d'autre part les organismes de protection sociale de récupérer la totalité des cotisations éludées sur les cinq dernières années.

**Nota**

*Dans l'arrêt Alpenrind du 6 septembre 2018, la CJUE précise que les conclusions de la Commission administrative ne lient pas l'institution de sécurité sociale qui a délivré le certificat de détachement ; l'institution peut donc refuser de retirer le formulaire administratif, alors que la Commission administrative le préconise.*

*Dès lors, on peut s'interroger sur l'intérêt et l'utilité de saisir la Commission administrative qui émet un simple avis consultatif.*

*Mais la saisine de la Commission administrative reste cependant incontournable, car la CJUE risque de juger, au nom de la coopération loyale entre les Etats membres, qu'un contentieux national visant à écarter un certificat de détachement sans avoir épuisé toute la procédure de retrait amiable de ce formulaire prévue par les textes communautaires, est contraire au droit de l'Union. Sauf si la CJUE considère que le délai raisonnable dont elle fait mention dans l'arrêt Altun est plus bref.*

*En effet, est-ce raisonnable d'attendre 12 mois pour obtenir une réponse ?*

Ainsi, sous un énoncé sibyllin, le mode d'emploi des arrêts *Altun* et *Vueling*, articulé avec l'arrêt *Alpenrind*, ne facilite pas la tâche des autorités françaises et du juge français pour lutter contre le travail dissimulé et le dumping social en présence d'une fraude à l'exercice d'une activité économique sur le territoire français.

Rien n'est dit, de surcroît, sur l'obligation de l'institution émettrice de motiver un refus de retrait ou d'invalidation d'un certificat de détachement.

**.A.5.** La demande de retrait ou d'invalidation du certificat de détachement par un organisme de protection sociale déterminé et la réponse apportée par l'institution émettrice de ce formulaire valent-elles exclusivement à son égard ou valent-elles à l'égard de tous autres les organismes ? Est-ce que le refus de retrait ou d'invalidation d'un certificat de détachement opposé à une demande de retrait formulé par une caisse de retraite complémentaire est opposable à l'URSSAF, à la MSA ou à Pôle Emploi ?

**.A.6.** Le retrait ou l'invalidation d'un certificat de détachement par l'institution de sécurité sociale qui l'a émis n'est pas acquis, essentiellement pour deux raisons :

. d'une part, le retrait ou l'invalidation d'un certificat de détachement représente un risque fort de manque à gagner financier conséquent pour l'Etat où se trouve le siège ou la domiciliation d'une entreprise qui exerce frauduleusement son activité en France. Même avec un dossier argumenté et documenté présenté par l'institution de sécurité sociale française, l'institution de sécurité sociale qui a émis le certificat de détachement peut faire le choix de ne pas le retirer si les sommes en jeu sont importantes.

. d'autre part, l'Etat dans lequel se trouve l'institution de sécurité sociale qui a émis le certificat de détachement litigieux dispose d'un ordre juridique (sensiblement) différent de la France ; les concepts juridiques, le périmètre des infractions et les éléments juridiques ne sont pas nécessairement les mêmes. Ce qui est litigieux ou frauduleux en France ne l'est pas *de facto* dans l'Etat qui a émis le formulaire ; la fausse sous-traitance, qui est constitutive d'infractions et créatrice d'un employeur de fait sur le territoire français, est-elle reconnue ainsi dans les autres Etats de l'Union européenne et avec les mêmes conséquences de droit ?

De surcroît, le mode d'emploi des arrêts *Altun et Vueling* autorise cette institution à s'immiscer dans l'ordre juridique français, à l'analyser, voire à se substituer à l'appréciation du juge français, ce qui ne relève pas d'une grande orthodoxie juridique et qui va être source de désappointement et d'incompréhension. Les arrêts *Altun* et *Vueling*, confortés par l'arrêt *Alpenrind*, sont décevants ; il aurait été plus justifié et fructueux, comme le suggérait l'avocat général, d'autoriser le juge national de l'Etat d'accueil à écarter d'office le certificat de détachement, dès lors qu'il constate son usage frauduleux sur le territoire français.

#### **Nota**

*Ce parcours du combattant pour faire respecter l'ordre public social ne peut que dissuader, voire favoriser le dumping social ; à ce titre, les arrêts Altun et Vueling sécurisent objectivement la fraude à l'utilisation du certificat de détachement et au non paiement des cotisations sociales en France.*

*Le juge français ne sait plus quel est le droit applicable et jusqu'où il peut aller sans se faire censurer par la CJUE.*

*Il en est de même pour les agents de contrôle et les services de recouvrement, puisqu'aucune doctrine administrative interministérielle n'a été définie et diffusée, par voie de circulaire, d'instruction ou de note, depuis les arrêts A-Rosa, Altun, Vueling et Alpenrind de la CJUE et les arrêts Krakbau, Ryanair, Cityjet, STJ et Batival de la Cour de cassation. A croire que ces décisions de justice, d'un poids considérable, n'existent pas.*

*Tout ceci ne peut que conforter les effets d'aubaine et les comportements frauduleux des opérateurs économiques des deux côtés de la frontière.*

#### **.B. Le mode d'emploi des arrêts *Altun* et *Vueling* appliqué à la fraude à l'activité économique sur le territoire français**

L'application stricte que la Cour de cassation fait, tant en matière pénale qu'en matière civile, de la jurisprudence communautaire relative à la force probante du certificat de détachement fragilise sensiblement les procédures judiciaires engagées en France pour lutter contre la fraude à l'activité économique sur le territoire français, dès lors que ces procédures se fondent sur l'infraction de travail dissimulé par défaut de déclarations sociales, quel que soit le montage utilisé ou quelle que soit la nature de la fraude. Le bon épilogue de ces procédures ne dépend plus du juge français, mais du comportement de l'institution émettrice du certificat de détachement.

Il est à penser que, tous les cas, la Cour de cassation, sauf évolution ou revirement de jurisprudence, va en effet censurer toutes les procédures pénales ou civiles prononçant une condamnation, en s'affranchissant du certificat de détachement, sans avoir préalablement demandé, voire obtenu le retrait ou l'invalidation de ce formulaire auprès de l'institution qui l'a émis.

Tel est le sens dominant des décisions rendues par la Cour de cassation depuis l'arrêt *Altun* de la CJUE

Dans l'arrêt *Ryanair* du 18 septembre 2018<sup>396</sup>, la chambre criminelle de la Cour de cassation a censuré la décision de condamnation d'une cour d'appel, alors que la procédure et les qualifications et les incriminations s'articulaient autour du défaut de création d'un établissement en France ; la Cour de cassation a refusé de tirer les conséquences du constat d'une fraude à l'établissement sur la validité des certificats de détachement des salariés affectés à l'activité économique sur le territoire français constitutive de cette fraude, tant qu'il n'était démontré que mode d'emploi du retrait du certificat de détachement décrit par les décisions *A-Rosa* et *Altun* de la CJUE avait été respecté.

Dans les arrêts *Krakbau* du 9 mai 2018, *STJ* du 20 décembre 2018 et *Batival* du 24 janvier 2019<sup>397</sup>, la 2<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation rend opposables les certificats de détachement de salariés employés dans le cadre d'une opération de fausse sous-traitance internationale, qui induit pourtant l'existence d'un employeur de fait sur le territoire français ; dans les affaires *STJ* et *Batival*, l'organisme de recouvrement qui réclamait les cotisations sociales à cet employeur de fait s'appuyait de surcroît sur une condamnation pénale de cet employeur de fait pour marchandage, prêt illicite de main d'œuvre et dissimulation d'emploi salarié.

Dans les affaires *STJ* et *Batival*, l'application scrupuleuse de la jurisprudence *A-Rosa* par la Cour de cassation a pour effet de renoncer à condamner une entreprise française reconnue employeur de fait de prétendus salariés détachés à verser des cotisations sociales en France, tant que les certificats de détachement ne sont pas retirés par l'institution de sécurité sociale qui les a émis. Si ces formulaires ne sont pas retirés, cette entreprise, bien qu'employeur, ne sera pas tenue de verser des cotisations sociales, ce qui est contraire à tout principe régissant la qualité d'employeur.

Se référant à la jurisprudence communautaire, la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans plusieurs décisions rendues le 12 janvier 2021<sup>398</sup> juge irrecevable la constitution de partie civile de l'Urssaf dans des affaires de travail dissimulé, notamment pour certificat de détachement frauduleux, au motif que la procédure de demande de retrait ou d'invalidation de ce formulaire n'avait pas été engagée.

Cette série de décisions est cependant tempérée par l'arrêt *Groupeement GTS* du 7 mai 2019 de la chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>399</sup> qui a censuré une décision d'une cour d'appel pour n'avoir pas suffisamment recherché s'il n'existait pas un employeur de fait en

---

<sup>396</sup> Voir infra 7<sup>ème</sup> partie Jurisprudence p.275.

<sup>397</sup> Voir infra 7<sup>ème</sup> partie Jurisprudence p.275.

<sup>398</sup> Not. Cass. crim. n° 18-86757 du 12 janvier 2021 BLANCONORTE.

<sup>399</sup> Voir infra 7<sup>ème</sup> partie Jurisprudence p.275.

France pour des salariés détachés dont les cotisations sociales étaient versées dans un autre Etat de l'Union européenne.

Sous réserve de cette décision non anodine du 7 mai 2019, il résulte de cette jurisprudence que le juge français ne peut plus entrer directement en voie de condamnation pour fraude à l'activité économique pour défaut de déclarations sociales soit au plan pénal, soit au plan civil, dès que lors que cette condamnation écarte d'office un certificat de détachement non préalablement contesté, voire non retiré, par l'institution émettrice de ce document.

Si l'institution émettrice refuse de retirer le certificat de détachement, le juge français ne pourra pas entrer en voie de condamnation, même si la fraude est évidente.

Au plan pénal, le juge ne pourra pas condamner pour travail dissimulé par dissimulation d'activité économique par défaut de déclarations sociales.

Au plan civil, et en application de l'arrêt *Vueling*, le juge ne pourra pas condamner à verser les cotisations sociales, même si l'opérateur économique a été reconnu coupable au plan pénal par une autre décision de justice ayant autorité de chose jugée. La CJUE considère qu'une telle décision de justice, contraire au droit communautaire relatif à l'opposabilité du certificat de détachement, n'est pas créatrice de droits.

Pour davantage d'informations sur le sujet, voir l'article de l'auteur publié sur son site :

<https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/etat-des-lieux-sur-le-statut-du-certificat-de-detachement-frauduleux>

#### **Nota**

*.1. L'exercice illégal d'une activité économique sur le territoire français ne se limite pas au seul constat d'un usage frauduleux du certificat de détachement et du non paiement des cotisations et contributions sociales en France.*

*L'exercice illégal de cette activité économique génère d'autres fraudes qui sont autant d'éléments matériels du délit de travail dissimulé, avec éventuellement l'existence d'un employeur de fait établi en France. Dès lors, il est essentiel de faire état dans les procédures et de traiter, au même titre que le défaut de déclarations sociales :*

*.- le défaut de demande d'inscription au RCS ou au RM,*

*.- le défaut de déclarations fiscales,*

*.- le défaut de déclaration préalable à l'embauche, si l'opérateur économique emploie, de droit ou de fait (non respect de la présomption de salariat ou faux travailleur indépendant) du personnel salarié,*

*.- le défaut de remise de bulletin de paie, si l'opérateur économique emploie, de droit ou de fait (non respect de la présomption de salariat ou faux travailleur indépendant), du personnel salarié.*



*.2. Omettre de faire état dans la procédure de ces autres manquements sur le territoire français, lorsqu'ils sont constitués, fragilise et réduit le contentieux national engagé pour sanctionner une fraude sociale avérée.*

*Il ne faut surtout pas limiter le constat et l'analyse juridique au seul défaut de déclarations sociales en France.*

*Dans une affaire de travail dissimulé, la chambre criminelle de la Cour de cassation confirme, notamment dans l'arrêt Bouygues du 12 janvier 2021, rendu après une question préjudicielle posée à la CJUE, les effets circonscrits du certificat de détachement au seul usage de celui-ci, à l'exclusion de tout impact de ce formulaire sur les autres modalités constitutives du travail dissimulé mentionnées aux articles L.8221-3 et L.8221-5 du code du travail.*

*Pour davantage d'informations sur la décision du 12 janvier 2021, voir l'article de l'auteur publié sur son site :*

<https://www.hervequichaoua.fr/actualites/article/condamnation-de-deux-donneurs-d-ordre-pour-recours-a-une-entreprise-de-travail-temporaire-etrangere-epr-de-flamanville>

## **Liste noire et « name and shame<sup>400</sup> » des entreprises étrangères intervenant sur le territoire français**

La combinaison des dispositions de la loi Savary et de la loi Avenir professionnel se traduit par l'insertion dans le code du travail de mesures tendant à faciliter et à favoriser la diffusion et l'affichage de décisions de justice de condamnation devenues définitives pour des pratiques de travail illégal<sup>401</sup>, qu'elles visent des entreprises françaises ou des entreprises étrangères, des personnes physiques ou des personnes morales.

⇒ Dans un premier temps, lors de la préparation et des débats parlementaires de la loi Savary, l'accent a été mis sur la volonté de tenir une liste noire des entreprises étrangères qui ne respecteraient pas les lois sociales en France et qui seraient *non grata* sur le territoire français.

Ces déclarations se sont traduites par l'insertion dans le code du travail, à l'article 8 de la loi Savary, de plusieurs ajouts permettant au juge de prononcer, y compris à l'encontre d'une entreprise étrangère, condamnée pour des faits de travail illégal, une peine complémentaire de diffusion de la condamnation pénale sur un site internet. Il ne s'agit donc pas d'une interdiction de prêter en France, à l'instar de la liste noire de l'Union européenne relative aux compagnies aériennes interdites de desserte, de transit et de survol.

Le décret n° 2015-1327 du 21 octobre 2015, codifié aux articles R.8211-1 et suivants du code du travail, précise les modalités de mise en œuvre de cette peine complémentaire, via une publication sur le site internet du ministère du travail.

<sup>400</sup> En français, « Nommer et couvrir de honte ».

<sup>401</sup> Travail dissimulé, emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, marchandage et prêt illicite de main d'œuvre.

⇒ L'article 60 de la loi Avenir professionnel a modifié ce mécanisme, en reformulant les articles L.8224-3 et L.8224-4 du code du travail, mais uniquement pour certaines condamnations prononcées pour des faits de travail dissimulé.

Désormais, lorsqu'une condamnation pour des faits de travail dissimulé commis en bande organisée mentionnés au 3<sup>ème</sup> alinéa de l'article L.8224-2 du code du travail est prononcée, cette condamnation est automatiquement assortie d'une décision de publicité et d'affichage, qui devient ainsi une peine accessoire.

Cependant, l'article 60 de la loi Avenir professionnel permet au juge d'écarter cette peine accessoire et dispenser la personne condamnée de la publication et de l'affichage, en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur, ce qui atténue très sensiblement la portée des déclarations ministérielles faites dans le cadre de la présentation de cette loi.

En résumé :

.- le juge peut prononcer à l'encontre d'une entreprise étrangère (et de son donneur d'ordre) une mesure de publication sur le site internet du ministère du travail, ainsi que d'affichage, lors d'une condamnation pour des faits de travail illégal ;

.- le juge doit prononcer à l'encontre d'une entreprise étrangère (et de son donneur d'ordre) une mesure de publication sur le site internet du ministère du travail, ainsi que d'affichage, lors d'une condamnation pour des faits de travail dissimulé commis en bande organisée ; mais le juge reste libre de dispenser la personne condamnée de cette mesure de publication et d'affichage.

Ce dispositif a connu un succès très relatif, puisque, au 1<sup>er</sup> trimestre 2021, seules 8 décisions de diffusion de condamnation pour travail illégal étaient publiées sur le site dédié du ministère du travail<sup>402</sup>, dont une seule visant une entreprise étrangère. On est donc bien loin d'une liste noire exhaustive annoncée par le ministre du travail de l'époque et lors des débats parlementaires.

---

<sup>402</sup> [liste-noire.travail-emploi.gouv.fr](https://liste-noire.travail-emploi.gouv.fr)

## 5ème partie

# LES FRAUDES AU DETACHEMENT DU SALARIE SUR LE TERRITOIRE FRANÇAIS<sup>403</sup>

---

<sup>403</sup> Voir également le «Mode d'emploi pour le contrôle du travail dissimulé» :

[https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_travail\\_dissimule\\_v2\\_diffusion.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_travail_dissimule_v2_diffusion.pdf)

ainsi qu'*infra p.381 et suivantes* l'article « La fraude à la prestation de services internationale et au détachement de salariés sur le territoire français : panorama de la jurisprudence française », du même auteur :

[https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/fraude\\_a\\_la\\_prestation\\_de\\_services\\_panorama\\_de\\_la\\_jurisprudenc\\_e\\_francaise\\_aout\\_2012.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/fraude_a_la_prestation_de_services_panorama_de_la_jurisprudenc_e_francaise_aout_2012.pdf)



## QUELQUES REMARQUES LIMINAIRES

Les fraudes au statut du salarié détaché sont au cœur du dumping social et du contournement de l'ordre public social.

Les fraudes au statut du salarié détaché sont souvent, mais pas exclusivement, liées aux fraudes au statut de l'activité économique exercée en France par un opérateur économique. A ce titre, la distinction entre ces deux fraudes reste nécessaire.

Les fraudes au détachement du salarié détaché ont pour objet de qualifier de détaché un salarié qui travaille en France, alors qu'il travaille en réalité en emploi direct pour le compte d'un employeur établi en France. L'intérêt de ces fraudes à la loi, c'est-à-dire faire croire que cette personne est un salarié détaché d'une entreprise établie à l'étranger, alors que son employeur réel est établi en France, est de s'affranchir au maximum de la législation sociale française, et notamment du paiement des cotisations et contributions.

Mais le non-paiement des cotisations et des contributions n'est pas le seul motif de la fraude. En déclarant le salarié détaché, l'entreprise et le donneur d'ordre savent que les agents habilités, les organismes de recouvrement et le salarié rencontreront plus de difficultés pour obtenir la régularisation de la situation, en particulier pour les rappels de rémunération et le paiement des cotisations et contributions. Par ailleurs, ces fraudes évitent de mettre en place les institutions représentatives du personnel lorsque le nombre de salariés pseudos détachés dépasse les seuils légaux<sup>404</sup>.

Pour ce contexte, le respect de la déclaration de détachement (ou de l'attestation de détachement dans le secteur des transports roulants ou navigants) par l'entreprise étrangère peut être « l'arbre qui cache la forêt » et masquer, sous cette apparence, des fraudes majeures à la loi qui rendent accessoire et secondaire le respect de cette formalité.

### **Nota**

*Souvent les fraudes au détachement du salarié sont en relation avec le certificat de détachement qu'il possède. L'existence même de ce certificat de détachement ou les circonstances de sa délivrance ou la date de sa délivrance ou les mentions qu'il contient peuvent susciter des interrogations de la part des agents de contrôle habilités, des organismes de recouvrement, du salarié ou du juge national, d'autant que ce document ne vaut que présomption de régularité.*

*Le CLEISS, qui est un organisme de protection sociale au sens de l'article L.8271-5 du code du travail, et qui est donc libéré du secret professionnel en application de cette disposition du code du travail, ainsi que de l'article L.8271-5-1 de ce même code, exerce notamment la mission de veiller à l'application loyale des textes communautaires de coordination de sécurité sociale et des conventions bilatérales de sécurité sociale.*

---

<sup>404</sup> Cf affaires AGION SIGARENFABRIEKEN, EASYJET, RYANAIR.

*Le CLEISS gère la base SIRDAR qui recense les certificats de détachement délivrés par les autres Etats de l'UE, l'EEE et la Suisse, et déclarés et enregistrés dans la base par ces Etats.*

*Saisir et questionner le CLEISS sont de nature à permettre d'obtenir tous renseignements utiles sur la validité d'un certificat de détachement qui interpelle ou pour en obtenir son retrait ou son invalidation.*

Plusieurs types de fraude au détachement du salarié sont constatés.

#### **.A. Le détachement d'un salarié dépourvu d'antériorité d'emploi**

L'entreprise étrangère qui détache un salarié en France est tenue de justifier que ce salarié dispose d'une antériorité d'emploi, tant au titre de la législation du travail, qu'au titre de la législation de sécurité sociale, lorsque les cotisations sociales ne sont pas versées en France pour cause de détention d'un certificat de détachement. A défaut de justifier de cette antériorité d'emploi, l'entreprise étrangère n'est pas fondée à soumettre ce salarié au régime du détachement.

**.A.1.** Au titre de la législation du travail, le salarié doit avoir préalablement travaillé, de façon habituelle, pour le compte de l'entreprise qui le détache en France, en application de l'article 2 1. de la directive du 16 décembre 1996 et l'article L.1261-3 du code du travail, c'est-à-dire soit dans l'Etat de domiciliation de son employeur, soit dans un autre Etat qui n'est pas la France.

Aucune précision, aucune quantification n'est cependant donnée sur l'antériorité d'emploi minimale requise avant le détachement, ni par la directive du 16 décembre 1996, ni par le code du travail. A ce jour, il n'existe pas non plus de jurisprudence topique de la CJUE sur le sujet ; les décisions de la Cour de cassation se rapportent très souvent à des situations où les salariés sont embauchés et immédiatement envoyés en France ou embauchés en France, c'est-à-dire des salariés justifiant d'aucune antériorité d'emploi<sup>405</sup>.

On peut cependant considérer que l'importance de cette antériorité d'emploi est relative et s'apprécie de façon moins rigoureuse, en présence de nature d'emploi ou de métier spécifique du salarié détaché.

Ainsi, il sera délicat de contester l'absence d'antériorité d'emploi préalable ou une antériorité d'emploi symbolique d'un salarié intérimaire dans l'entreprise de travail temporaire qui le détache ou celle d'un artiste ou d'un technicien recruté pour assurer une prestation de services artistique en France (ex, un concert), qui est, par nature ponctuelle et intermittente.

Mais en règle générale, l'exigence d'une antériorité d'emploi réelle et significative dans l'entreprise reste absolument nécessaire avant de détacher le salarié. Une entreprise ne peut pas détacher un salarié, sitôt son embauche effectuée ou après seulement quelques jours de travail, notamment si cette pratique vise plusieurs de ses salariés. Cette absence d'antériorité

<sup>405</sup> Voir infra 7<sup>ème</sup> partie Jurisprudence p.275 et suivantes.

d'emploi est retenue, parmi d'autres éléments de preuve, par le juge français pour motiver une condamnation pour fraude à l'établissement et/ou pour fraude au détachement<sup>406</sup>.

A défaut de justifier de cette antériorité d'emploi, le salarié n'a pas la qualité de détaché et son employeur ne peut pas s'en prévaloir. L'entreprise qui le détache est alors tenue de respecter et d'accomplir en France plusieurs formalités : déclaration unique d'embauche (comprenant éventuellement la déclaration préalable d'embauche), remise d'un bulletin de paie conforme aux articles L.3243-2 et R.3243-1 du code du travail, ainsi que déclarations sociales et versement des cotisations et contributions sociales. A défaut, l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié est constituée.

**.A.2.** Au titre de la législation de sécurité sociale, le droit communautaire ne permet pas de maintenir au régime de sécurité sociale de l'Etat d'envoi un salarié détaché dans un autre Etat, qui n'aurait pas préalablement travaillé dans l'Etat d'envoi avant son détachement. Cette antériorité d'affiliation en qualité de travailleur, qui est d'un mois en application de la décision A2 du 12 juin 2009 de la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale, devait être portée à trois mois dans la proposition de règlement communautaire non encore adoptée. Dès lors, l'entreprise étrangère employeur de ce salarié détaché en France sans cette antériorité d'emploi, doit en principe verser les cotisations sociales en France ; à défaut, l'infraction de travail dissimulé par défaut de déclaration sociale est caractérisée, au titre de la dissimulation d'activité et au titre de la dissimulation d'emploi salarié.

Malgré cette exigence d'antériorité, des institutions de sécurité sociale délivrent des certificats de détachement à des salariés ne justifiant pas de la durée minimale d'affiliation requise, voire qui n'y ont jamais travaillé, ce qui permet aux entreprises étrangères de ne pas verser de cotisations sociales en France ; dans ce cas, et alors que la délivrance et l'utilisation du certificat de détachement sur le territoire français sont contraires au droit communautaires, le mode d'emploi de demande de retrait ou d'invalidation de ces formulaires décrit dans les arrêts *Altun* et *Vueling* s'applique.

Compte tenu des décisions *A-Rosa*, *Altun* et *Vueling* rendues par la CJUE et des décisions *A-Rosa*, *Ryanair*, *Cityjet*, *Krakbau*, *STJ* et *Batival* rendue par la Cour de cassation (**voir infra p.238 et suivantes**), ces formulaires, délivrés à tort, sont cependant *a priori* opposables en France. Le juge français est tenu en effet de s'assurer que le mode opératoire de contestation de la validité du certificat de détachement, c'est-à-dire la demande de son retrait ou de son invalidation par un organisme de recouvrement auprès de l'institution de sécurité sociale qui l'a émis, tel qu'il est décrit par la jurisprudence communautaire, a été respecté, puisque cette jurisprudence interdit au juge d'écarter d'initiative et d'office ce formulaire.

La condition minimale d'une antériorité d'affiliation et d'emploi n'existe pas dans le cadre des 38 conventions bilatérales de sécurité sociale signées avec des Etats tiers. Dans la mesure où la jurisprudence *A-Rosa*, *Altun* et *Vueling* se s'applique pas au certificat de détachement délivré en application de ces conventions bilatérales, le juge français apprécie la qualité de salarié détaché au regard de la condition d'antériorité d'emploi exclusivement au titre du respect de l'article L.1261-3 du code du travail.

---

<sup>406</sup> Voir infra 7<sup>ème</sup> partie Jurisprudence p.275.

## **B. Le détachement d'un salarié rattaché fictivement à un Etat ou à une entreprise dans lequel il n'a jamais travaillé**

**.B.1.** Il s'agit d'une variante sophistiquée à l'absence d'antériorité d'emploi du salarié dans l'entreprise qui le détache en France.

Le salarié, qui fait l'objet du détachement, travaille pour le compte d'une entreprise située dans un Etat hors de France, qui n'est pas couvert par les textes communautaires de coordination de sécurité sociale ou par l'une des 38 conventions bilatérales de sécurité sociale signées avec la France<sup>407</sup>. Juste avant son détachement en France, il est rattaché de façon purement administrative, c'est-à-dire fictive, à une autre entreprise domiciliée dans un autre Etat hors de France, dans laquelle il n'a jamais travaillé, mais qui est couvert par les textes communautaires de coordination de sécurité sociale ou par l'une des 38 conventions bilatérales de sécurité sociale. Cette seconde entreprise se présente comme son employeur et va le détacher officiellement en France, avec un certificat de détachement. Son employeur réel, qui est occulté et n'apparaît pas, ne le détache pas en France ; il le met à disposition de cette seconde entreprise.

Le rattachement fictif à la seconde entreprise s'effectue par une embauche de complaisance, en établissant un contrat de travail local avec cette seconde entreprise, qui est toujours établie dans un Etat au faible taux de cotisations sociales. Le rattachement à cette seconde entreprise permet en effet d'obtenir, semble-t-il sans aucune difficulté, un certificat de détachement de la part de l'institution de sécurité sociale de cet Etat.

Cette opération évite de verser les cotisations sociales en France. En effet, si le détachement du salarié est effectué par son véritable employeur, il est tenu de verser ces cotisations en France puisqu'il n'est pas en mesure d'obtenir et de présenter un certificat de détachement.

Ce montage s'appuie sur une double fraude, voire une triple fraude : l'absence d'antériorité d'emploi du salarié dans l'entreprise qui le détache formellement en France, l'absence d'antériorité d'activité professionnelle de ce salarié dans l'Etat qui délivre le certificat de détachement et, très fréquemment, l'absence d'activité de l'entreprise qui détache formellement le salarié en France, correspondant à la profession ou au métier exercé par le salarié détaché. L'activité de l'entreprise qui détache formellement le salarié se limite à une gestion administrative du salarié qui fait l'objet d'une cette opération de rattachement fictif.

Cette pratique est utilisée notamment pour optimiser la mobilité internationale intragroupe dans des groupes internationaux.

Cette opération administrative de rattachement fictif intragroupe à un autre Etat et/ou à une autre entreprise a pour seul objectif d'obtenir un certificat de détachement pour ne se verser de cotisations sociales en France. En principe, la délivrance de ce certificat de détachement n'est pas possible puisque le salarié, par définition, n'y est pas connu, au moment de la délivrance de ce certificat, comme un travailleur cotisant et assuré social de l'institution de sécurité sociale qui délivre ce formulaire. Il n'a pas vocation à obtenir ce document. Pourtant,

---

<sup>407</sup> Voir la liste des conventions sur le site du CLEISS.



le certificat de détachement est cependant remis par l'institution de sécurité sociale de cet Etat<sup>408</sup> et permet ainsi à l'entreprise de ne pas payer de cotisations sociales en France.

**.B.2.** Le rattachement fictif d'un salarié détaché à une entreprise dans laquelle il n'a pas travaillé dans le but d'éviter de payer les cotisations sociales en France caractérise l'infraction de dissimulation d'emploi salarié, voire l'infraction de marchandage et /ou de prêt illicite de main d'œuvre et l'infraction d'emploi de salarié étranger sans titre de travail.

A défaut d'antériorité d'emploi dans l'Etat et dans l'entreprise qui le détache en France, cette entreprise ne peut en effet se prévaloir du régime du détachement, ni au titre de la législation du travail, ni au titre de la sécurité sociale. Elle est tenue d'accomplir les formalités suivantes : déclaration unique d'embauche (comprenant éventuellement la déclaration préalable d'embauche), remise d'un bulletin de paie conforme aux articles L.3243-2 et R.3243-1 du code du travail, ainsi que déclarations sociales et versement des cotisations et contributions sociales. A défaut, l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié est constituée.

Le marchandage et/ou le prêt illicite de salarié sont constitués dès lors que la mobilité intragroupe se traduit par une simple mise à disposition, nécessairement à but lucratif, en dehors des règles sur le travail temporaire ou causant un préjudice au prétendu salarié détaché.

Cependant, cette analyse ne permet pas au juge de s'affranchir de la jurisprudence *A-Rosa*, *Altun* et *Vueling* de la CJUE relative au certificat de détachement qui reste opposable en France, tant qu'il n'est pas justifié que le mode d'emploi décrit par cette jurisprudence communautaire et visant à obtenir le retrait ou l'invalidation de ce formulaire administratif en France a été respecté.

La Cour de cassation, en matière pénale dans les affaires *Ryanair* et *Cityjet* et en matière civile dans les affaires *Krakbau* et *STJ*, fait une application scrupuleuse de cette jurisprudence communautaire, y compris lorsqu'un employeur de fait du prétendu salarié détaché est identifié sur le territoire français (**voir infra p.238 et suivantes**). Concrètement, cet employeur de fait ne pourra pas être condamné pour dissimulation d'emploi salarié par défaut de déclaration sociale, ni rendu débiteur des cotisations sociales, tant que la preuve du respect du mode d'emploi *A-Rosa*, *Altun* et *Vueling* n'aura pas été apportée au juge.

### **.C. Le détachement d'un salarié qui travaille habituellement en France**

**.C.1.** Le rattachement fictif d'un salarié à un Etat ou à une entreprise dans lesquels il n'a jamais exercé d'activité professionnelle concerne parfois un salarié qui travaille et cotise habituellement en France. Ainsi qu'il existe des délocalisations fictives d'activité économique hors de France, il existe également des délocalisations fictives de salarié à l'initiative de son employeur français, le salarié continuant à travailler en France, ou des maintiens à un Etat dans lequel il ne travaille plus.

Concrètement, l'entreprise française oblige le salarié à renoncer à son contrat de travail en cours et à signer un nouveau contrat de travail avec une entreprise établie à l'étranger qu'il

---

<sup>408</sup> La délivrance complaisante du certificat de détachement permet à l'institution de sécurité sociale de recevoir les cotisations sociales relatives à l'emploi d'un assuré social qui ne travaille pas sur son territoire.

ne connaît pas, qui devient son employeur apparent et qui le « détache en France » auprès de son « ancien » employeur. La délocalisation du salarié se fait toujours dans un Etat dans lequel les cotisations sociales sont moins élevées. Dans certaines affaires, la délocalisation du salarié s'effectue auprès d'une entreprise de travail temporaire établie à l'étranger, qui le remet aussitôt à disposition auprès de son « ex » employeur.

Dans d'autres affaires, l'employeur établi en France embauche et fait travailler en France un salarié qui maintient son rattachement à la législation sociale d'un autre Etat dans lequel il ne travaille plus<sup>409</sup>.

Par ce jeu d'écritures, outre le fait que plus aucune cotisation n'est versée en France puisque le salarié ainsi détaché est muni d'un certificat de détachement, le salarié est privé de la protection sociale française et du droit du travail français, puisque son contrat de travail précise qu'il est soumis au droit social de l'Etat de domiciliation.

Certaines de ces fraudes sont suggérées ou suscitées par des structures de défense des commerçants, des artisans ou des professions libérales.

**.C.2.** L'entreprise française, qui délocalise son salarié pour continuer à l'employer ou pour l'employer en France, mais sous le statut de détaché, commet le délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié sous deux ou trois modalités, selon la situation : le défaut de DPAE, le défaut de remise de bulletin de paie et le défaut de déclaration sociale.

Mais cette analyse ne permet pas au juge de s'affranchir, ni au plan pénal, ni au plan civil, de la jurisprudence *A-Rosa*, *Altun* et *Vueling* de la CJUE relative au certificat de détachement, puisque la Cour de cassation, notamment dans les affaires *Ryanair*, *STJ* et *Batival*, en fait une application scrupuleuse, y compris lorsqu'il existe en France un employeur de fait du prétendu salarié détaché (**voir infra p.238 et suivantes**). Concrètement, cet employeur de fait ne pourra pas être condamné pour dissimulation d'emploi salarié par défaut de déclaration sociale, ni rendu débiteur des cotisations sociales, tant que la preuve du respect du mode d'emploi *A-Rosa*, *Altun* et *Vueling* n'aura pas été apportée au juge.

#### **.D. Le rattachement indu du salarié au régime de sécurité sociale de la pluriactivité**

Le régime de sécurité sociale communautaire dit de la pluriactivité permet au salarié mobile, voire hyper mobile, qui exerce une activité transnationale, de façon simultanée ou alternante, pour le compte d'un ou de plusieurs employeurs, dans deux Etats ou plus de l'Union européenne, de verser ses cotisations sociales dans un seul de ces Etats, en principe celui de sa résidence ou celui où il exerce une part substantielle de son activité<sup>410</sup>. Cette règle, posée par l'article 13 du règlement communautaire n° 883/2004 du 29 avril 2004, a pour objet de garantir au salarié mobile l'unicité de sa protection sociale.

Dans cette hypothèse, l'employeur verse les cotisations sociales dues en raison de l'emploi de ce salarié pluriactif dans ce seul Etat, qui délivre le certificat de détachement.

<sup>409</sup> Cass. crim. n° 15-86990 du 15 novembre 2016 PASCAL X.

<sup>410</sup> Pour plus d'informations, voir le site du CLEISS.

Certains employeurs obtiennent de façon indue des certificats de détachement au titre de la pluriactivité, et non pas au titre du détachement<sup>411</sup>, pour faire travailler des salariés en France, alors que ces salariés, en raison des conditions d'exercice de leur activité professionnelle, relèvent du système français de sécurité sociale.

De plus, ces employeurs arguent du régime de la pluriactivité, qui est un cadre juridique de sécurité sociale, pour s'affranchir de la législation du travail sur le détachement et faire travailler ces salariés dans un prétendu vide juridique au regard de cette législation.

Ce qui constitue une double fraude au droit social applicable.

En effet, le régime de la pluriactivité, appliqué à bon escient ou indûment par l'employeur, ne le dispense pas de respecter toute la législation du travail relative au détachement qui relève d'un autre cadre juridique auquel il ne peut se soustraire.

### **.E. Le détachement d'un salarié placé sous la subordination juridique d'une entreprise établie en France**

Cette fraude est sans doute la plus fréquente dans l'univers du détachement de salarié en France. Tant la directive 96/71, que le code du travail, précisent que le salarié détaché reste sous la subordination et l'autorité de son employeur établi à l'étranger<sup>412</sup>. Cette précision, qui va de soi, n'est pas inutile car elle rappelle fort opportunément que l'employeur réel du salarié, détaché ou non, est celui qui lui fournit le travail à réaliser et qui, sous son autorité, l'encadre et le dirige<sup>413</sup>.

Il existe une très abondante jurisprudence française qui atteste de la grande attention qui est portée à la recherche et à l'identification de l'employeur réel du salarié détaché, afin que cet employeur n'élide pas ses obligations sociales en France. Cette jurisprudence, essentielle pour lutter efficacement contre les fraudes au détachement du salarié, y compris pour les fraudes les plus complexes, tire toutes les conséquences, notamment en faisant application des textes relatifs à la lutte contre le travail illégal, du constat d'un transfert de la subordination juridique au profit d'un employeur établi en France, sous le couvert d'appellations et de montages divers destinés à maintenir l'apparence d'un détachement.

En l'occurrence, cette fraude à l'emploi direct de salarié, sous couvert de détachement, se manifeste notamment dans les trois situations suivantes.

#### **.E.1. Le travail sous l'autorité et pour le compte d'un établissement français**

Le salarié qui travaille sous l'autorité et pour le compte d'un établissement français ne peut être considéré comme un détaché ; il est un salarié de cet établissement en emploi direct.

---

<sup>411</sup> Pour les critères de la pluriactivité, voir l'arrêt CJUE C-570/15 du 13 septembre 2017 STAATSSECRETARIS VAN FINANCIEN ; voir également le site du CLEISS.

<sup>412</sup> Cette exigence est reprise et confirmée dans le guide pratique UE du mois de mai 2010: législation applicable aux travailleurs dans l'UE, l'EEE et la Suisse.

<sup>413</sup> Cass. crim. n° 00-86.281 du 24 avril 2001 EITEL; cass. civ. 2 n° 06-21.089 du 20 décembre 2007 FOE.

Cette analyse vaut tant pour un établissement français qui est déjà immatriculé au RCS ou au RM que pour une fausse prestation de services internationale (PSI), requalifiée en établissement de fait sur le territoire français par le juge<sup>414</sup>.

Dans cette seconde hypothèse, la requalification du statut de l'activité économique de PSI en établissement entraîne *de facto* la requalification du statut du salarié affecté à cette activité. Un établissement français ne peut donc pas faire travailler un salarié sous le statut de détaché.

La requalification du statut du salarié de détaché en emploi direct se fonde sur trois éléments déterminants qui résultent de la jurisprudence de la Cour de cassation: le fait que l'établissement français lui fournit son travail et travaille pour son compte, le fait que cet établissement exerce la subordination juridique et le fait que la présence du salarié est nécessaire au fonctionnement de l'activité de l'établissement<sup>415</sup>. Aucun salarié travaillant dans ce cadre ne relève du statut du détachement ; il est nécessairement en emploi direct, quelle que soit sa qualification ou son niveau hiérarchique.

L'établissement français commet le délit de dissimulation d'emploi salarié par défaut de DPAE, par défaut de remise de bulletin de paie et par défaut de déclarations sociales ; l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail peut être également constituée.

Cette analyse est confortée par un arrêt *Groupement GTS* du 7 mai 2019 de la chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>416</sup> qui a censuré une décision d'une cour d'appel pour n'avoir pas suffisamment recherché s'il n'existait pas un employeur de fait en France pour des salariés détachés dont les cotisations sociales étaient versées dans un autre Etat de l'Union européenne.

#### **Nota**

*La fraude à l'établissement (c'est-à-dire de la dissimulation d'activité économique) génère de facto de la fraude au détachement du salarié (c'est-à-dire de la dissimulation d'emploi salarié) affecté à l'activité économique exercée illégalement en France. Les deux fraudes, et donc les deux infractions, sont liées.*

*L'article 99 de la loi Avenir professionnel modifie et complète les éléments constitutifs du délit de travail dissimulé par dissimulation d'activité, en ajoutant un 3° à l'article L.8221-3 du code du travail qui vise, de façon spécifique, l'entreprise étrangère qui pratique en France de la fraude au détachement du salarié induite par de la fraude à l'établissement du fait d'une activité de simple gestion administrative dans son Etat de domiciliation ou d'une activité stable, continue et habituelle sur le territoire français.*

*Cette modification du code du travail n'apporte rien à l'état du droit existant ; il ne s'agit pas d'une innovation juridique, ni de la création d'un nouveau cas d'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'activité, ni par dissimulation d'emploi salarié. De nombreuses*

<sup>414</sup> Cf affaires EASYJET, VUELING et RYANAIR.

<sup>415</sup> Dans le même sens, CJUE n° C-309/09 du 12 février 2011 VICOPLUS voir **infra 7<sup>ème</sup> partie Jurisprudence p.275 et suivantes.**

<sup>416</sup> Voir **infra 7<sup>ème</sup> partie Jurisprudence p.275.**

condamnations sont d'ailleurs déjà intervenues pour fraude à l'établissement sur le fondement de l'article L.8221-3 du code du travail.

En effet :

*.1. le statut de l'opérateur économique exerçant une activité professionnelle en binaire et reste binaire : soit il est établi en France et dans cette hypothèse les 1° et 2° de l'article L.8221-3 du code du travail s'appliquent s'il se prévaut à tort du régime de la libre prestation de services, et par voie de conséquence l'article L.8222-5 s'il emploie du personnel salarié, soit il n'est pas établi en France ; dans cette hypothèse son activité ne peut pas relever des incriminations mentionnées au 1° et au 2° de l'article L.8221-3 , ni de celles mentionnées à l'article L.8222-5 du code du travail.*

*Le 3° de l'article L.8221-3 n'est que la reformulation (en creux) des 1° et 2° de ce même article, si cet article a pour objet d'incriminer et de sanctionner la fraude à l'établissement.*

*.2. en réalité, le 3° de l'article L.8221-3 du code du travail, ajouté par l'article 99 de la loi Avenir professionnel, ne concerne pas, compte tenu de sa rédaction peu limpide, la dissimulation d'activité économique, mais la dissimulation d'emploi salarié puisqu'est visé le recours non conforme au détachement d'un salarié, consécutif à une fraude à l'établissement.*

*Le statut du salarié travaillant sur le territoire français est binaire et reste binaire. Soit il est en emploi direct en France et n'est pas détaché ; soit il n'est pas en emploi direct en France et il est détaché.*

*Si ce salarié est détaché à tort par son employeur sur le territoire français, celui-ci commet l'infraction de dissimulation d'emploi salarié par défaut de DPAA, défaut de remise de bulletin de paie et défaut de déclarations sociales en France, mentionnée à l'article L.8222-5 du code du travail. Le 3° de l'article L.8222-3 du code du travail, ajouté par l'article 58 ? de la loi Avenir professionnel, fait donc double emploi avec les dispositions de l'article L.8222-5 du code du travail.*

*Par ailleurs la fraude au détachement d'un salarié n'est pas due uniquement à une fraude à l'établissement ; il existe d'autres situations de fraude au détachement décrites dans la présente partie de cet ouvrage. Le 3° de l'article L.8222-5 du code du travail, non seulement fait double emploi, mais couvre un périmètre de fraude au détachement moins étendu que celui de l'article L.8222-5 du code du travail.*

*Alors que l'objectif est de simplifier le droit, l'ajout inutile d'un 3° à l'article L.8221-3 du code du travail complexifie, interroge et sème le trouble puisqu'il mélange à la fois de fraude au détachement (c'est-à-dire de la dissimulation d'emploi salarié) et de la fraude à l'établissement (c'est-à-dire de la dissimulation d'activité économique)*

*Reste à espérer que cette confusion des fraudes dans la définition d'une incrimination ne va pas nuire à la bonne application des textes qui ne posait aucun problème avant cet ajout rédactionnel inopportun.*

## **.E.2. Les opérations de fausse sous-traitance<sup>417</sup>**

Les opérations de fausse sous-traitance, lorsqu'elles sont avérées dans le cadre transnational, présentent la particularité d'être à la fois une fraude à la nature de l'activité économique exercée sur le territoire français (*voir supra p.204 et suivantes*) et une fraude au détachement du salarié. En effet, en application de la jurisprudence de la Cour de cassation, le donneur d'ordre et utilisateur du salarié prêté par l'entreprise sous-traitante est considéré comme l'employeur de fait de ce dernier, en raison du transfert de la subordination juridique, inhérente au prêt de personnel<sup>418</sup>.

Le salarié n'est plus détaché par un employeur établi hors de France; il est employé directement par une entreprise française. Les premiers arrêts de la Cour de cassation relatifs aux fraudes transnationales ont d'abord visé cette fraude à l'emploi, via la fausse sous-traitance<sup>419</sup>.

Une analyse identique vaut lorsque la fausse sous-traitance se traduit par le recours à un prétendu travailleur indépendant placé dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard du donneur d'ordre. Le travailleur indépendant n'est plus un prestataire intervenant en France sous le régime du détachement, mais un salarié de son donneur d'ordre français<sup>420</sup>.

Appliquant la même analyse qu'à l'égard des relations entre entreprises françaises, la Cour de cassation a validé de nombreuses condamnations de cours d'appel intervenues dans des affaires de fausse prestation de services et portant sur les quatre incriminations majeures relevant de la sphère du travail illégal : le marchandage, le prêt illicite de personnel, le travail dissimulé et l'emploi de salarié étranger sans titre de travail<sup>421</sup>.

## **.E.3. Le dévoiement de la mobilité internationale intra groupe du salarié<sup>422</sup>**

**.E.3.1. Cette fraude est en expansion**, compte tenu du très faible encadrement juridique de la mobilité internationale intragroupe. A l'origine, fort prisée des grands groupes internationaux, la mobilité intra groupe du salarié a suscité au fil du temps des effets d'aubaine, notamment dans des secteurs d'activités totalement étrangers à ces pratiques il y a encore quelques années. En effet, les quelques textes qui régissent la mobilité intragroupe sont muets sur le transfert de la subordination juridique du salarié en mobilité (*voir supra p.102 et suivantes*).

Or, le constat qui est fait dans les entreprises françaises qui accueillent des salariés détachés en mobilité intragroupe est le suivant :

⇒ l'entreprise d'accueil leur fournit le travail,

<sup>417</sup> Voir le « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance » 1<sup>ère</sup> édition Octobre 2015, du même auteur.

<sup>418</sup> Not. cass. crim. n° 05-80.833 du 31 janvier 2006 ABC.

<sup>419</sup> Premier arrêt rendu: cass. crim. n° 95-80.772 du 16 janvier 1996 STIM.

<sup>420</sup> Not. cass. crim. n° 15-80896 du 27 novembre 2017 Eurl BRB.

<sup>421</sup> Not. cass. crim. n° 11-82952 du 22 février 2012 TIMLUX.

<sup>422</sup> Voir également *infra p.381 et suivantes* l'article « Le dévoiement de la mobilité internationale intragroupe : une forme recherchée de travail illégal et de dumping social », du même auteur.

⇒ l'entreprise d'accueil les intègre dans son effectif et son organisation ; elle exerce sur eux l'autorité, leur donne directives et instructions,

⇒ les emplois occupés par les salariés détachés en mobilité intragroupe sont nécessaires au fonctionnement de l'entreprise d'accueil; il s'agit d'emplois structurels.

En résumé, et en règle générale, les salariés détachés en mobilité intragroupe, quelle que soit leur qualification ou leur niveau de rémunération, sont mis à la disposition de l'entreprise d'accueil qui les emploie comme son propre personnel, sous sa subordination juridique<sup>423</sup>.

La mobilité internationale intragroupe n'est pas une prestation de services internationale et, encore moins, une opération de sous-traitance.

Ce constat et cette analyse sont renforcés lorsque l'entreprise d'accueil, parfois récemment créée, est une coquille (quasi) vide ou sans salarié de production, qu'elle prend des marchés sans avoir les moyens en personnel de les réaliser et qu'elle exécute grâce au travail des salariés détachés en mobilité intragroupe qui sont mis à sa disposition par une autre société du groupe, domiciliée à l'étranger.

Bien entendu, tous les salariés détachés en mobilité intragroupe possèdent des certificats de détachement, pour éviter au groupe de payer des cotisations sociales en France ; c'est d'ailleurs la raison d'être de ce montage.

La fraude est d'autant plus marquée que l'entreprise d'accueil en France pourrait juridiquement embaucher les salariés en mobilité intragroupe, mais ce n'est nullement son intention.

En rattachant indûment, à la fois au titre du droit du travail et au titre de la sécurité sociale, des salariés en mobilité internationale intragroupe au statut du détachement alors qu'ils travaillent sous leur subordination, les entreprises d'accueil en France échappent ainsi fort opportunément au paiement des cotisations sociales<sup>424</sup>.

**.E.3.2.** Dès lors que la mobilité internationale intragroupe se traduit par une mise à disposition du salarié, l'entreprise d'accueil, qui ne se comporte pas officiellement en employeur de ce salarié, commet les infractions suivantes :

⇒ marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre, même si cette mise à disposition et cette mobilité se font sans facturation. La Cour de cassation considère en effet que le but lucratif de la mise à disposition est établi dès lors que l'entreprise utilisatrice, c'est-à-dire l'entreprise d'accueil, ne supporte pas les salaires et les charges sociales ou que l'entreprise utilisatrice bénéficie d'une souplesse dans sa gestion. Par ailleurs, le préjudice pour le salarié ou le non-respect des lois sociales françaises est évident.

⇒ travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, sous ses trois modalités : défaut de DPAAE, défaut de remise de bulletin de paie et défaut de déclaration sociale.

<sup>423</sup> Dans certains cas exceptionnels, des cadres supérieurs ou des experts de haut niveau, en mission d'audit, d'évaluation ou de contrôle de gestion, peuvent exercer leurs fonctions en France, en toute autonomie et en rapporter uniquement à l'entreprise étrangère du groupe qui les a missionnés.

<sup>424</sup> Lorsque le salarié est envoyé en France depuis un autre Etat de l'Union européenne ou depuis un Etat qui a conclu avec la France une convention bilatérale de sécurité sociale.

⇒ emploi de salarié étranger sans titre de travail, le cas échéant.

L'entreprise établie à l'étranger, qui appartient au groupe, commet pour sa part les infractions suivantes :

⇒ marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre, même si cette mise à disposition et cette mobilité se font sans facturation,

⇒ complicité de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié,

⇒ complicité d'emploi de salarié étranger sans titre de travail, le cas échéant.

La contribution spéciale et la contribution forfaitaire sont dues à l'OFII, si le salarié ressortissant d'un Etat tiers est démuné de titre de travail (et de titre de séjour) et qu'un procès-verbal est établi à l'encontre de son employeur pour emploi d'un salarié étranger sans titre de travail (et de séjour).

Dans ces trois situations de fraude, cette analyse ne permet pas en principe au juge de s'affranchir, ni au plan pénal, ni au plan civil, de la jurisprudence *A-Rosa* et *Altun* de la CJUE relative au certificat de détachement, puisque la Cour de cassation, notamment dans les affaires *Ryanair*, *STJ* et *Batival* en fait une application scrupuleuse, y compris lorsqu'il existe en France un employeur de fait du prétendu salarié détaché (**voir infra p.238 et suivantes**). Concrètement, cet employeur de fait ne pourra pas être condamné pour dissimulation d'emploi salarié par défaut de déclaration sociale, ni rendu débiteur des cotisations sociales, tant que la preuve du respect du mode d'emploi *A-Rosa*, *Altun* et *Vueling* n'aura pas été apportée au juge (**voir infra p.254 et suivante**).

Cependant, cette position rigoureuse de la Cour de cassation est sensiblement infléchie par un arrêt *Groupement GTS* du 7 mai 2019 de la chambre criminelle<sup>425</sup> qui a censuré une décision d'une cour d'appel pour n'avoir pas suffisamment recherché s'il n'existait pas une subordination juridique avec une entreprise établie en France pouvant être considérée comme l'employeur de fait de salariés détachés dont les cotisations sociales étaient versées dans un autre Etat de l'Union européenne.

Cette décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation, en inflexion avec ses autres arrêts, a vocation à s'appliquer naturellement à la mobilité internationale d'un salarié travaillant au sein et pour le compte d'une entreprise française.

Sur ce sujet, voir également l'article de l'auteur publié sur son site :

<https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/le-point-sur-la-mobilite-internationale-intragroupe-du-salarie>

## **.F. Les fraudes aux présomptions de salariat**

---

<sup>425</sup> Voir infra 7<sup>ème</sup> partie Jurisprudence p.275 et suivantes.



### **.F.1. Les présomptions de salariat relèvent de l'ordre public social**

Les présomptions de salariat mentionnées dans le code du travail ou le code rural pour certains métiers (artiste, mannequin et bûcheron notamment *voir supra p.125 et suivantes*) emportent trois conséquences :

- ⇒ la personne qui exerce ce métier relève du salariat,
- ⇒ celui qui recourt aux services de cette personne est son employeur,
- ⇒ le paiement se fait par remise d'un bulletin de salaire, et non pas sur facture.

Les conséquences de ces présomptions valent, quelle soit la nationalité de la personne qui exerce ce métier et quelle que soit la nationalité de celui qui recourt à ses services.

En clair, un producteur de spectacles établi à l'étranger qui se déplace avec une troupe d'artistes est leur employeur en France, quel que soit le statut de ces artistes avant leur arrivée en France ; un bûcheron qui vient en France accomplir des travaux forestiers est nécessairement le salarié de celui qui lui a confié les travaux forestiers à réaliser.

**.F.2. Deux exceptions à la présomption de salariat** sont mentionnées dans le code du travail : l'une vise l'artiste, l'autre le mannequin<sup>426</sup>. La présomption de salariat du bûcheron n'est pas concernée.

A cet effet, l'article L.7121-5 et l'article L.7123-4-1 du code du travail permettent au producteur, ou à l'organisateur de la prestation artistique en France, à l'agence de mannequin ou à son utilisateur direct d'écarter la présomption de salariat à l'égard d'un artiste ou d'un mannequin, sous réserve de justifier qu'il est établi en tant que travailleur indépendant pour exercer ce métier à titre habituel dans un autre Etat de l'UE ou de l'EEE.

S'agissant de l'artiste, la Cour de cassation fait une application stricte de cette exception à la présomption de salariat. Elle précise qu'il appartient au producteur du spectacle, et non pas aux agents de contrôle habilités ou aux organismes de recouvrement, d'apporter la preuve que l'artiste exerce son activité de façon habituelle en qualité de travailleur indépendant dans l'autre Etat de l'UE ou de l'EEE où il est établi.

Dans les 3 affaires dans lesquelles s'est prononcée à ce jour la Cour de cassation, elle a refusé de faire application de cette dérogation à la présomption pour des artistes étrangers<sup>427</sup>. Elle a considéré que les artistes restaient couverts par la présomption de salariat et les producteurs établis en France étaient leurs employeurs.

Si on transpose cette jurisprudence au mannequin, il appartient à l'agence ou à l'utilisateur direct du mannequin d'apporter la preuve que celui-ci exerce ce métier à titre habituel en qualité de travailleur indépendant dans l'autre Etat de l'UE ou de l'EEE où il est établi.

A contrario, ces deux exceptions à la présomption de salariat ne sont pas applicables à l'artiste ou au mannequin résidant en Suisse ou dans un Etat tiers. La présomption leur est opposable,

<sup>426</sup> Voir le « Mode d'emploi pour le contrôle d'emploi des mannequins » 1<sup>ère</sup> édition Mars 2017, du même auteur : [https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_mannequins.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_mannequins.pdf)

<sup>427</sup> Voir *infra* 7<sup>ème</sup> partie Jurisprudence p.275 et suivantes.

ainsi qu'au producteur, à l'agence de mannequins ou à l'utilisateur direct, sans réserve. Elle n'a pas non plus d'effet à l'égard de l'artiste ou du mannequin mineur<sup>428</sup>.

**.F.3.** A supposer même réunies les conditions posées par l'article L.7121-5 et par l'article L.7123-4-1 du code du travail, la requalification de l'artiste en salarié resterait cependant possible par la démonstration de droit commun de l'existence d'un lien de subordination juridique permanente avec le producteur, l'agence ou l'utilisateur direct.

**.F.4. L'employeur qui élude la présomption de salariat** d'un artiste, d'un mannequin ou d'un bûcheron en le présentant comme un prestataire indépendant résidant à l'étranger commet le délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, et, le cas échéant, d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail<sup>429</sup> (ou de séjour).

Le diffuseur du spectacle, l'utilisateur du mannequin qui est détaché par une agence ou le bénéficiaire de la coupe de bois peuvent être mis en cause, soit pour recours, soit pour complicité, selon les modalités d'organisation et de réalisation de la prestation.

La contribution spéciale et la contribution forfaitaire sont dues à l'OFII, si le salarié ressortissant d'un Etat tiers est démuné de titre de travail (ou de séjour), dès lors qu'un procès verbal est relevé à l'encontre de l'employeur pour emploi d'un salarié étranger sans titre de travail (et sans titre de séjour).

Dans ces trois situations de fraude, le constat de l'existence d'un employeur de droit établi en France et d'absence de transnationalité de l'emploi de l'artiste, du mannequin ou du bûcheron devrait permettre au juge de s'affranchir de la jurisprudence *A-Rosa* et *Altun* relative au certificat de détachement, sauf si la Cour de cassation, qui n'a pas eu encore l'occasion de se prononcer dans ce type d'affaire, en fait une application extensive et scrupuleuse.

**.G. Les conséquences des arrêts *Altun* du 6 février 2018 et *Vueling* du 2 avril 2020, ainsi que de l'arrêt *Alpenrind* du 6 septembre 2018 de la CJUE**

Quid de l'impact de la décision C-359/16 *Altun* du 6 février 2018 et la décision C-370/17 et C-37/18 *Vueling*, ainsi que de la décision C-527/16 *Alpenrind* du 6 septembre 2018 de la CJUE sur le constat d'une fraude au détachement d'un salarié sur le territoire français, dont l'infraction de dissimulation d'emploi salarié est l'une des traductions?

Dans les décisions *Altun*<sup>430</sup> et *Vueling*<sup>431</sup>, la CJUE a confirmé sa jurisprudence *A-Rosa* du 27 avril 2017<sup>432</sup> au terme de laquelle les autorités nationales et le juge national de l'Etat d'accueil

<sup>428</sup> On conçoit assez mal en effet qu'un mineur puisse être un travailleur indépendant.

<sup>429</sup> Sous réserve de la dispense d'autorisation de travail pour l'artiste ou le mannequin qui vient en France pour exercer une activité professionnelle d'une durée inférieure ou égale à 3 mois (cf articles L.5221-2-1 et D.5221-2-1 du code du travail) ; voir le « Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi illégal du salarié étranger sans titre de travail » du même auteur :

[https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode\\_emploi\\_controle\\_emploi\\_illegal\\_salarie\\_etrangeur\\_sans\\_titre\\_1ere](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_controle_emploi_illegal_salarie_etrangeur_sans_titre_1ere)

<sup>430</sup> Pour plus d'analyse, voir *infra* p.381 et suivantes l'article de commentaire de l'arrêt *Altun* publié dans Droit Ouvrier du mois d'avril 2018, du même auteur.

<sup>431</sup> Voir l'article de l'auteur publié sur son site : <https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/certificat-de-detachement-frauduleux-arret-vueling-du-2-avril-2020-de-la-cjue>

<sup>432</sup> Voir également *infra* p.381 et suivantes le commentaire de l'arrêt *A-Rosa* publié dans Droit Ouvrier du mois de juin 2017, du même auteur.

et d'emploi du salarié détaché par une entreprise établie dans un autre Etat de l'UE, de l'EEE ou de la Suisse, ne peuvent pas remettre en cause d'office et de leur propre initiative la validité d'un certificat de détachement, qui dispense de payer les cotisations et contributions sociales en France, y compris lorsque ce formulaire est obtenu ou utilisé de façon frauduleuse.

Dans la décision *Alpenrind*<sup>433</sup>, la CJUE considère que les conclusions de la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale, saisie d'un recours par l'Etat membre d'accueil et d'emploi du salarié détaché, qui souhaite obtenir le retrait d'un certificat de détachement qu'il estime indûment délivré, ne s'imposent pas à l'Etat membre qui l'a émis ; la CJUE précise que ces conclusions n'ont la valeur que d'un simple avis. Ainsi, cet Etat membre n'est pas tenu de retirer ou d'invalider le certificat de détachement, alors même que la Commission administrative conclut dans ce sens.

#### **Nota**

*Les arrêts Altun et Vueling, pas plus que l'arrêt A-Rosa et l'arrêt Alpenrind, ne s'appliquent pas au certificat de détachement délivré dans le cadre de l'un des 38 accords bilatéraux de sécurité sociale signés entre la France et des Etats tiers*<sup>434</sup>.

*Ces Etats ne font pas partie de l'UE ou de l'EEE et ne peuvent pas se prévaloir de la jurisprudence de la CJUE qui, par ailleurs, se rapporte à d'autres normes juridiques de nature communautaire.*

### **.G.1. Le descriptif du mode d'emploi institué par les arrêts *Altun* et *Vueling*, à la lumière de l'arrêt *Alpenrind***

Avant toute décision du juge de l'Etat d'accueil et d'emploi, la CJUE exige une saisine préalable de l'institution de sécurité sociale qui a délivré le certificat de détachement litigieux pour en demander le retrait ou l'invalidation, selon le mode d'emploi suivant.

**.G.1.1.** Préalablement à la décision du juge français qui est saisi d'un contentieux, civil ou pénal, dans le cadre duquel il est susceptible de constater une fraude à l'obtention ou à l'utilisation du certificat de détachement, et donc de l'écarter, l'institution de sécurité sociale française intéressée et compétente<sup>435</sup> doit demander le retrait ou l'invalidation de ce formulaire à son homologue qui l'a délivré, ce qui suppose une bonne coopération et bonne entente entre les deux entités françaises ou entre l'institution française et les agents de contrôle qui ont constaté l'emploi en France d'un salarié détaché avec un certificat de détachement injustifié.

<sup>433</sup> Voir l'article de l'auteur publié sur son site : <https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/certificat-de-detachement-procedure-de-retrait-cjue-affaire-alpenrind>

<sup>434</sup> Voir sur le site du CLEISS la liste de ces accords bilatéraux.

<sup>435</sup> Quelle est l'institution compétente ? L'URSSAF, la MSA, la CGSS, le RSI, l'ENIM, une caisse de retraite complémentaire, Pôle Emploi, le CNFE de l'URSSAF de Strasbourg, le Cleiss ? Il n'existe aucune instruction ministérielle sur le sujet.

**.G.1..2.** Selon l'arrêt *Altun*, cette demande de retrait ou d'invalidation, s'effectue dans le cadre d'une enquête judiciaire. Cette condition risque de susciter un nouveau contentieux spécifique de la part des Etats qui n'ont aucun intérêt financier à retirer le certificat de détachement.

En matière pénale, c'est-à-dire dans le cadre d'une affaire de travail dissimulé, à partir de quel moment l'enquête judiciaire existe ? Est-ce uniquement à compter de la saisine du procureur de la République, à compter de la saisine du tribunal ou est-ce en amont, dès qu'un agent de contrôle habilité recherche l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'activité par défaut de déclarations sociales, c'est-à-dire avant la rédaction et la transmission d'un rapport ou d'un procès-verbal au procureur de la République ?

A cet égard, se pose la question de savoir si un agent de contrôle habilité peut désormais continuer à constater cette modalité de l'infraction de travail dissimulé, puisque le constat de cette infraction est conditionné par une saisine préalable de l'institution de sécurité sociale qui a délivré le certificat de détachement qui reste en vigueur. Dès lors, et compte tenu par ailleurs de l'exigence d'une enquête judiciaire, l'agent de contrôle n'est-il pas contraint de transmettre au procureur de la République un simple rapport, et non plus un procès-verbal ?

La distinction entre rapport et procès-verbal n'est pas anodine, puisque la mise en œuvre de certaines mesures sanctionnant des pratiques de travail dissimulé implique la rédaction d'un procès-verbal.

En matière civile, la condition de la justification de l'existence d'une enquête judiciaire n'est pas usuelle et appropriée. Est-ce à dire que les organismes de protection sociale doivent préalablement saisir le TASS<sup>436</sup>, avant que ne soit demandé le retrait ou l'invalidation du certificat de détachement ? Cette incertitude sur la bonne articulation des procédures fragilise la reconnaissance des droits des organismes victimes du non paiement des cotisations et contributions sociales en France.

**.G.1.3.** Seule l'institution de sécurité sociale française compétente précitée est autorisée à demander le retrait ou l'invalidation du certificat de détachement. Le délai dans lequel, à peine de forclusion ou de prescription, le retrait ou l'invalidation est demandé n'est pas précisé. Est-ce le délai de l'Etat d'accueil dans lequel la fraude à l'exercice de l'activité économique est constatée ou le délai de l'Etat qui a émis le certificat de détachement ? Ou un autre délai ?

A la lecture de l'arrêt *Vueling*, la saisine de l'homologue émetteur du certificat de détachement doit se faire promptement, sans autre précision de la part de la CJUE. Quel sera l'impact de cette condition, car le traitement de la plupart des affaires de fraude à l'établissement ou au détachement nécessite du temps pour caractériser la fraude ?

Les agents de contrôle habilités, le procureur de la République ou le juge d'instruction doivent donc nécessairement s'adresser à cette institution, par un dossier argumenté et documenté, puisqu'elle dispose ainsi d'un monopole en la matière.

Il est à espérer que l'institution de sécurité sociale française transmettra toutes les demandes et ne fera pas un tri, voire opposition, qui résulterait d'une différence d'analyse juridique avec

---

<sup>436</sup> Au 1<sup>er</sup> janvier 2019, le TASS a été supprimé ; il est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance.

l'auteur de sa saisine, ou du montant modeste des cotisations sociales éludées ou d'amicales pressions diplomatiques ou politiques.

A cet égard, les instructions ministérielles du 18 février 2014 de la direction de la sécurité sociale nécessitent d'être sensiblement actualisées pour rendre obligatoire et systématique la saisine de l'institution de sécurité sociale qui a émis le certificat de détachement, dès lors qu'elle est sollicitée pour obtenir le retrait ou l'invalidation de ce formulaire.

**.G.1.4.** L'institution de sécurité sociale qui a émis le certificat de détachement n'est pas obligée de retirer ou d'invalider ce formulaire, même si la fraude est caractérisée sur le territoire français au regard de l'ordre juridique français. Selon les arrêts *Altun* et *Vueling*, l'institution de sécurité sociale est uniquement tenue de prendre en considération la demande, de l'examiner et de répondre dans un délai raisonnable, dont la durée n'est pas précisée par l'arrêt, ce qui va nécessairement générer du contentieux.

Dès lors, plusieurs situations (non exhaustives) sont envisageables :

⇒ l'institution retire le certificat de détachement dans le délai raisonnable non déterminé par les arrêts *Altun* et *Vueling*; le juge français retrouve sa libre appréciation.

⇒ l'institution ne procède pas à l'examen de la demande ou ne répond pas dans le délai raisonnable non déterminé.

Si on se réfère aux textes communautaires *ad hoc*, le délai raisonnable dont disposerait l'institution de sécurité sociale de l'Etat d'envoi serait de 3 mois, qui peut être porté à 6 mois pour les dossiers complexes. Le défaut de réponse dans le délai de 6 mois autorise la saisine de la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale, qui dispose elle-même d'un délai de 6 mois. La saisine de la Commission administrative ne ressort pas non plus de la compétence du juge français, mais de celle de l'institution de sécurité sociale française. Ces délais, calculés en mois, ne sont pas anodins et obèrent des procédures déjà lourdes et longues par nature, notamment en termes de traduction linguistique.

A quel moment, à défaut de réponse, le juge français retrouve-t-il sa libre appréciation ? A compter du délai de 3 mois ou de 6 mois imparti à l'institution émettrice ? A compter de l'expiration du délai de 6 mois dont dispose la Commission administrative ?<sup>437</sup> Autrement dit, est-ce que le juge français retrouve sa liberté d'appréciation au terme de ce délai de deux fois trois mois ou est-il tenu d'attendre la réponse de la Commission administrative dont la saisine serait obligatoire ?

S'il doit attendre la réponse de la Commission administrative, il devra nécessairement attendre la réponse consécutive de l'institution émettrice du certificat de détachement, si la Commission émet un avis favorable au retrait ou à l'invalidation. Dans cette hypothèse, aucun texte ne précise le délai de réponse de l'institution émettrice du formulaire.

Enfin, rien n'est dit sur la façon dont le juge s'assure que l'institution émettrice n'a pas procédé à l'examen de la demande de retrait ou d'invalidation dans le délai raisonnable ; rien n'est dit la façon concrète par laquelle il vérifie avec assurance et sans difficulté cette condition.

---

<sup>437</sup> Dans la note de presse du 2 mai 2019 qui présente le bilan URSSAF 2018 de la lutte contre le travail dissimulé, l'ACOSS prend en compte le délai maximum de deux fois 6 mois (3 mois renouvelables, plus 6 mois).

⇒ l'institution répond dans le délai raisonnable qu'elle ne retire pas ou qu'elle n'invalide pas le certificat de détachement ; cette décision lie le juge français. Seul un recours devant la Commission administrative est alors possible, mais l'avis de la Commission ne s'impose pas à l'institution émettrice qui peut maintenir son refus et bloquer l'action du juge français.

⇒ l'institution répond dans le délai raisonnable qu'elle retire ou invalide le certificat de détachement, mais sans donner à ce retrait à cette invalidation l'étendue de l'effet rétroactif souhaité dans la demande de retrait ou d'invalidation ou sans lui donner d'effet rétroactif, ce qui empêche d'une part le juge pénal français de constater une infraction pour la période d'intervention du travailleur indépendant ou de l'entreprise en France dont il est saisi et d'autre part les organismes de protection sociale de récupérer la totalité des cotisations éludées sur les cinq dernières années.

**Nota**

*Dans l'arrêt Alpenrind du 6 septembre 2018, la CJUE précise que les conclusions de la Commission administrative ne lient pas l'institution de sécurité sociale qui a délivré le certificat de détachement ; l'institution peut donc refuser de retirer le formulaire administratif, alors que la Commission administrative le préconise. Dès lors, on peut s'interroger sur l'intérêt et l'utilité de saisir la Commission administrative qui émet un simple avis consultatif.*

*Mais la saisine de la Commission administrative reste cependant incontournable, car la CJUE risque de juger, au nom de la coopération loyale entre les Etats membres, qu'un contentieux national visant à écarter un certificat de détachement sans avoir épuisé toute la procédure de retrait amiable de ce formulaire prévue par les textes communautaires, est contraire au droit de l'Union. Sauf si la CJUE considère que le délai raisonnable dont elle fait mention dans l'arrêt Altun est plus bref.*

*En effet, est-ce raisonnable d'attendre 12 mois pour obtenir une réponse ?*

Ainsi, sous un énoncé sibyllin, le mode d'emploi des arrêts *Altun* et *Vueling*, articulé avec l'arrêt *Alpenrind*, ne facilite pas la tâche des autorités françaises et du juge français pour lutter contre le travail dissimulé et le dumping social en présence d'une fraude au détachement d'un salarié sur le territoire français.

Rien n'est dit, de surcroît, sur l'obligation de l'institution émettrice de motiver un refus de retrait ou d'invalidation d'un certificat de détachement.

**.G.1.5.** La demande de retrait ou d'invalidation du certificat de détachement par un organisme de protection sociale déterminé et la réponse apportée par l'institution émettrice de ce formulaire valent-elles exclusivement à son égard ou valent-elles à l'égard de tous autres les organismes ? Est-ce que le refus de retrait ou d'invalidation d'un certificat de détachement opposé à une demande de retrait formulé par une caisse de retraite complémentaire est opposable à l'URSSAF, à la MSA ou à Pôle Emploi ?

**.G.1.6.** Le retrait ou l'invalidation d'un certificat de détachement par l'institution de sécurité sociale qui l'a émis n'est pas acquis, essentiellement pour deux raisons :

. d'une part, le retrait ou l'invalidation d'un certificat de détachement représente un risque fort de manque à gagner financier conséquent pour l'Etat où se trouve le siège ou la domiciliation d'une entreprise qui détache frauduleusement un salarié en France. Même avec un dossier argumenté et documenté présenté par l'institution de sécurité sociale française, l'institution de sécurité sociale qui a émis le certificat de détachement peut faire le choix de ne pas le retirer si les sommes en jeu sont importantes.

. d'autre part, l'Etat dans lequel se trouve l'institution de sécurité sociale qui a émis le certificat de détachement litigieux dispose d'un ordre juridique (sensiblement) différent de la France ; les concepts juridiques, le périmètre des infractions et les éléments juridiques ne sont pas nécessairement les mêmes. Ce qui est litigieux ou frauduleux en France ne l'est pas *de facto* dans l'Etat qui a émis le formulaire ; la fausse sous-traitance, qui est constitutive d'infractions et créatrice d'un employeur de fait sur le territoire français, est-elle reconnue ainsi dans les autres Etats de l'Union européenne et avec les mêmes conséquences de droit ?

De surcroît, le mode d'emploi des arrêts *Altun et Vueling* autorise cette institution à s'immiscer dans l'ordre juridique français, à l'analyser, voire à se substituer à l'appréciation du juge français, ce qui ne relève pas d'une grande orthodoxie juridique et qui va être source de désappointement et d'incompréhension. Les arrêts *Altun* et *Vueling*, confortés par l'arrêt *Alpenrind*, sont décevants ; il aurait été plus justifié et fructueux, comme le suggérait l'avocat général, d'autoriser le juge national de l'Etat d'accueil à écarter d'office le certificat de détachement, dès lors qu'il constate son usage frauduleux sur le territoire français.

**Nota**

*Ce parcours du combattant pour faire respecter l'ordre public social ne peut que dissuader, voire favoriser le dumping social ; à ce titre, les arrêts Altun et Vueling sécurisent objectivement la fraude à l'utilisation du certificat de détachement et au non paiement des cotisations sociales en France.*

*Le juge français ne sait plus quel est le droit applicable et jusqu'où il peut aller sans se faire censurer par la CJUE.*

*Il en est de même pour les agents de contrôle et les services de recouvrement, puisqu'aucune doctrine administrative interministérielle n'a été définie et diffusée, par voie de circulaire, d'instruction ou de note, depuis les arrêts A-Rosa, Altun, Vueling et Alpenrind de la CJUE et les arrêts Krakbau, Ryanair, Cityjet, STJ et Batival de la Cour de cassation. A croire que ces décisions de justice, d'un poids considérable, n'existent pas.*

*Tout ceci ne peut que conforter les effets d'aubaine et les comportements frauduleux des opérateurs économiques des deux côtés de la frontière.*

**.G.2.. Le mode d'emploi des arrêts *Altun* et *Vueling* appliqué à la fraude au détachement de salarié constitutive de dissimulation d'emploi salarié**

L'application stricte que la Cour de cassation fait, tant en matière pénale qu'en matière civile, de la jurisprudence communautaire relative à la force probante du certificat de détachement fragilise sensiblement les procédures judiciaires engagées en France pour lutter contre la fraude au détachement et la dissimulation d'emploi salarié sur le territoire français, dès lors que ces procédures se fondent sur l'infraction de travail dissimulé par défaut de déclarations sociales, quel que soit le montage utilisé ou quelle que soit la nature de la fraude. Le bon épilogue de ces procédures ne dépend plus du juge français, mais du comportement de l'institution émettrice du certificat de détachement.

Il est à penser que, tous les cas, la Cour de cassation, sauf évolution ou revirement de jurisprudence, va en effet censurer toutes les procédures pénales ou civiles prononçant une condamnation, en s'affranchissant du certificat de détachement, sans avoir préalablement demandé, voire obtenu le retrait ou l'invalidation de ce formulaire auprès de l'institution qui l'a émis.

Tel est le sens dominant des décisions rendues par la Cour de cassation depuis l'arrêt *Altun* de la CJUE

Dans l'arrêt *Ryanair* du 18 septembre 2018<sup>438</sup>, la chambre criminelle de la Cour de cassation a censuré la décision de condamnation d'une cour d'appel, alors que la procédure et les qualifications et les incriminations s'articulaient autour du défaut de création d'un établissement en France ; la Cour de cassation a refusé de tirer les conséquences du constat d'une fraude à l'établissement sur la validité des certificats de détachement des salariés affectés à l'activité économique sur le territoire français constitutive de cette fraude, tant qu'il n'était démontré que mode d'emploi du retrait du certificat de détachement décrit par les décisions *A-Rosa* et *Altun* de la CJUE avait été respecté.

Dans les arrêts *Krakbau* du 9 mai 2018, *STJ* du 20 décembre 2018 et *Batival* du 24 janvier 2019<sup>439</sup>, la 2<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation rend opposables les certificats de détachement de salariés employés dans le cadre d'une opération de fausse sous-traitance internationale, qui induit pourtant l'existence d'un employeur de fait sur le territoire français ; dans les affaires *STJ* et *Batival*, l'organisme de recouvrement qui réclamait les cotisations sociales à cet employeur de fait s'appuyait de surcroît sur une condamnation pénale de cet employeur de fait pour marchandage, prêt illicite de main d'œuvre et dissimulation d'emploi salarié.

Dans les affaires *STJ* et *Batival*, l'application scrupuleuse de la jurisprudence *A-Rosa* par la Cour de cassation a pour effet de renoncer à condamner une entreprise française reconnue employeur de fait de prétendus salariés détachés à verser des cotisations sociales en France, tant que les certificats de détachement ne sont pas retirés par l'institution de sécurité sociale qui les a émis. Si ces formulaires ne sont pas retirés, cette entreprise, bien qu'employeur, ne sera pas tenue de verser des cotisations sociales, ce qui est contraire à tout principe régissant la qualité d'employeur.

Se référant à la jurisprudence communautaire, la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans plusieurs décisions rendues le 12 janvier 2021<sup>440</sup> juge irrecevable la constitution de partie

<sup>438</sup> Voir infra 7<sup>ème</sup> partie Jurisprudence p.275 et suivantes.

<sup>439</sup> Voir infra 7<sup>ème</sup> partie Jurisprudence p.275 et suivantes.

<sup>440</sup> Not. Cass. crim. n° 18-86757 du 12 janvier 2021 BLANCONORTE.



civile de l'Urssaf dans des affaires de travail dissimulé, notamment pour certificat de détachement frauduleux, au motif que la procédure de demande de retrait ou d'invalidation de ce formulaire, n'avait pas été engagée.

Cette série de décisions est cependant tempérée par l'arrêt *Groupement GTS* du 7 mai 2019 de la chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>441</sup> qui a censuré une décision d'une cour d'appel pour n'avoir pas suffisamment recherché s'il n'existait pas un employeur de fait en France pour des salariés détachés dont les cotisations sociales étaient versées dans un autre Etat de l'Union européenne.

Sous réserve de cette décision non anodine du 7 mai 2019, il résulte de cette jurisprudence que le juge français ne peut plus entrer directement en voie de condamnation pour fraude à l'activité économique pour défaut de déclarations sociales soit au plan pénal, soit au plan civil, dès que lors que cette condamnation écarte d'office un certificat de détachement non préalablement contesté, voire non retiré, par l'institution émettrice de ce document.

Si l'institution émettrice refuse de retirer le certificat de détachement, le juge français ne pourra pas entrer en voie de condamnation, même si la fraude est évidente.

Au plan pénal, le juge ne pourra pas condamner pour travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié.

Au plan civil, et compte tenu des termes de l'arrêt *Vueling*, le juge ne pourra pas condamner l'employeur à verser les cotisations sociales, même si la fraude au détachement a été reconnue au pénal par une autre décision de justice ayant autorité de chose jugée. La CJUE déclare qu'une telle décision de justice, contraire au droit communautaire relatif à l'opposabilité du certificat de détachement, n'est pas créatrice de droits.

Pour davantage d'informations sur le sujet, voir l'article de l'auteur publié sur son site :

<https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/etat-des-lieux-sur-le-statut-du-certificat-de-detachement-frauduleux>

#### **Nota**

*.1. L'emploi sur le territoire français d'un salarié sous le statut indu du détachement ne se limite pas au seul constat d'un usage frauduleux du certificat de détachement et du non paiement des cotisations et contributions sociales en France.*

*L'emploi de ce salarié génère d'autres fraudes qui sont autant d'éléments matériels du délit de travail dissimulé, avec éventuellement l'existence d'un employeur de fait établi en France. Dès lors, il est essentiel de faire état dans les procédures et de traiter, au même titre que le défaut de déclarations sociales :*

<sup>441</sup> Voir infra 7<sup>ème</sup> partie Jurisprudence p.275.

*.- le défaut de demande d'inscription au RCS ou au RM,*

*.- le défaut de déclarations fiscales,*

*.- le défaut de déclaration préalable à l'embauche, si l'opérateur économique emploie, de droit ou de fait (non respect de la présomption de salariat ou faux travailleur indépendant) du personnel salarié,*

*.- le défaut de remise de bulletin de paie, si l'opérateur économique emploie, de droit ou de fait (non respect de la présomption de salariat ou faux travailleur indépendant), du personnel salarié.*

*.2. Omettre de faire état dans la procédure de ces autres manquements sur le territoire français, lorsqu'ils sont constitués, fragilise et réduit le contentieux national engagé pour sanctionner une fraude sociale avérée.*

*Il ne faut surtout pas limiter le constat et l'analyse juridique au seul défaut de déclarations sociales en France.*

*Dans une affaire de travail dissimulé, la chambre criminelle de la Cour de cassation confirme, notamment dans l'arrêt Bouygues du 12 janvier 2021, rendu après une question préjudicielle posée à la CJUE, les effets circonscrits du certificat de détachement au seul usage de celui-ci, à l'exclusion de tout impact de ce formulaire sur les autres modalités constitutives du travail dissimulé mentionnées aux articles L.8221-3 et L.8221-5 du code du travail.*

*Pour davantage d'informations sur la décision du 12 janvier 2021, voir l'article de l'auteur publié sur son site :*

*<https://www.hervequichaoua.fr/actualites/article/condamnation-de-deux-donneurs-d-ordre-pour-recours-a-une-entreprise-de-travail-temporaire-etrangere-epr-de-flamanville>*

## **Liste noire et « name and shame<sup>442</sup> » des entreprises étrangères intervenant sur le territoire français**

La combinaison des dispositions de la loi Savary et de la loi Avenir professionnel se traduit par l'insertion dans le code du travail de mesures tendant à faciliter et à favoriser la diffusion et l'affichage de décisions de justice de condamnation devenues définitives pour des pratiques de travail illégal<sup>443</sup>, qu'elles visent des entreprises françaises ou des entreprises étrangères, des personnes physiques ou des personnes morales.

⇒ Dans un premier temps, lors de la préparation et des débats parlementaires de la loi Savary, l'accent a été mis sur la volonté de tenir une liste noire des entreprises étrangères qui ne respecteraient pas les lois sociales en France et qui seraient *non grata* sur le territoire français.

<sup>442</sup> En français, « Nommer et couvrir de honte ».

<sup>443</sup> Travail dissimulé, emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, marchandage et prêt illicite de main d'œuvre.

Ces déclarations se sont traduites par l'insertion dans le code du travail, à l'article 8 de la loi Savary, de plusieurs ajouts permettant au juge de prononcer, y compris à l'encontre d'une entreprise étrangère, condamnée pour des faits de travail illégal, une peine complémentaire de diffusion de la condamnation pénale sur un site internet. Il ne s'agit donc pas d'une interdiction de prester en France, à l'instar de la liste noire de l'Union européenne relative aux compagnies aériennes interdites de desserte, de transit et de survol.

Le décret n° 2015-1327 du 21 octobre 2015, codifié aux articles R.8211-1 et suivants du code du travail, précise les modalités de mise en œuvre de cette peine complémentaire, via une publication sur le site internet du ministère du travail.

⇒ L'article 60 de la loi Avenir professionnel a modifié ce mécanisme, en reformulant les articles L.8224-3 et L.8224-4 du code du travail, mais uniquement pour certaines condamnations prononcées pour des faits de travail dissimulé.

Désormais, lorsqu'une condamnation pour des faits de travail dissimulé commis en bande organisée mentionnés au 3<sup>ème</sup> alinéa de l'article L.8224-2 du code du travail est prononcée, cette condamnation est automatiquement assortie d'une décision de publicité et d'affichage, qui devient ainsi une peine accessoire.

Cependant, l'article 60 de la loi Avenir professionnel permet au juge d'écarter cette peine accessoire et dispenser la personne condamnée de la publication et de l'affichage, en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur, ce qui atténue très sensiblement la portée des déclarations ministérielles faites dans le cadre de la présentation de cette loi.

En résumé :

.- le juge peut prononcer à l'encontre d'une entreprise étrangère (et de son donneur d'ordre) une mesure de publication sur le site internet du ministère du travail, ainsi que d'affichage, lors d'une condamnation pour des faits de travail illégal ;

.- le juge doit prononcer à l'encontre d'une entreprise étrangère (et de son donneur d'ordre) une mesure de publication sur le site internet du ministère du travail, ainsi que d'affichage, lors d'une condamnation pour des faits de travail dissimulé commis en bande organisée ; mais le juge reste libre de dispenser la personne condamnée de cette mesure de publication et d'affichage.

Ce dispositif a connu un succès très relatif, puisque, au 1<sup>er</sup> trimestre 2021, seules 8 décisions de diffusion de condamnation pour travail illégal étaient publiées sur le site dédié du ministère du travail<sup>444</sup>, dont une seule visant une entreprise étrangère. On est donc bien loin d'une liste noire exhaustive annoncée par le ministre du travail de l'époque et lors des débats parlementaires.

---

<sup>444</sup> [liste-noire.travail-emploi.gouv.fr](https://liste-noire.travail-emploi.gouv.fr)

## **6<sup>ème</sup> partie**

### **LES DROITS DES VICTIMES DES FRAUDES<sup>445</sup>**

---

<sup>445</sup> Voir également le « Mode d'emploi pour les droits des victimes du travail illégal et du dumping social » 2<sup>ème</sup> édition Avril 2018, du même auteur.



## QUELQUES REMARQUES LIMINAIRES

**.1-** Les principales victimes du travail illégal et du dumping social du fait des entreprises étrangères et de leurs donneurs d'ordre sont :

- ⇒ le salarié détaché,
- ⇒ les comptes publics,
- ⇒ les organismes de recouvrement des cotisations sociales du régime général de base (URSSAF, MSA, ENIM, CGSS..),
- ⇒ les caisses de retraite complémentaire,
- ⇒ Pôle Emploi,
- ⇒ le régime social des indépendants (RSI), la MSA, l'ENIM, la CGSS ou tout autre organisme de protection sociale compétent pour les non salariés non agricoles,
- ⇒ les caisses de congés payés (et intempéries),
- ⇒ les entreprises qui respectent la réglementation,
- ⇒ les organisations professionnelles et les organisations syndicales.

On peut ajouter les salariés ou les demandeurs d'emploi qui sont sur le marché du travail et, qui par effet de substitution, sont évincés d'emplois dont ils possèdent les qualifications.

Ce qui fait beaucoup de monde....

**.2.** Le respect des droits lésés et leur valorisation, y compris par le recours au juge, est non seulement légitime, mais nécessaire pour faire cesser ces fraudes. Cette valorisation est d'autant plus justifiée que le préjudice subi peut avoir des impacts financiers ou non très conséquents (manque à gagner, perte d'un marché, menace sur l'emploi local...).

**.3.** Les modalités de valorisation des droits lésés dépendent du statut et de la qualité de la victime qui dispose chacune d'outils juridiques spécifiques. Au fil du temps, ces outils juridiques ont été adaptés et améliorés.<sup>446</sup> Pour autant, ces outils ne produiront d'effet utile que si toutes les victimes s'en saisissent et les mobilisent.

**.4.** S'agissant des agents de contrôle habilités, des organismes de recouvrement et des services de l'Etat engagés dans la lutte contre cette délinquance, on n'insistera jamais assez sur l'importance de la collaboration, de la coopération, de l'échange d'informations et de documents et de la mise en commun.

**.5.** Si la gestion pénale de ces fraudes transnationales est le premier levier, il ne faut oublier de traiter toutes leurs conséquences financières, fiscales et sociales, qui se traduisent généralement par des manques à gagner non négligeables.

---

<sup>446</sup> Voir notamment la loi Savary du 10 juillet 2014.

## **.A. Le salarié détaché**

Le salarié est la première victime du travail illégal et du dumping social. Il dispose d'un certain nombre d'outils juridiques pour faire valoir ses droits, mais ils sont très peu utilisés dans la pratique. Ces droits restent donc (hélas) très virtuels et théoriques. Ce n'est donc pas le salarié victime de la fraude qui est acteur principal de la lutte contre ces fraudes.

### **.A.1. Intérêt à agir et droits lésés**

Le salarié détaché justifie de plusieurs intérêts à agir pour obtenir l'application de la législation sociale à son égard :

- ⇒ le paiement de toutes ses heures de travail, aux bons taux, le respect des minima conventionnels étendus ou, à défaut, le paiement du SMIC, le paiement des indemnités et primes prévues par la convention collective, ainsi que des dommages et intérêts,
- ⇒ sa prise en charge au titre des accidents du travail et des maladies professionnelles,
- ⇒ la requalification de son statut de salarié détaché en salarié en emploi direct, avec notamment la régularisation du paiement de ses cotisations sociales en France,
- ⇒ la requalification de sa qualité de travailleur indépendant prestataire en salarié,
- ⇒ le bénéficie des présomptions de salariat.

### **.A.2. Qui mettre en cause ?**

**.A.2.1.** Le salarié détaché peut mettre en cause à titre principal son employeur, y compris lorsqu'il se dissimule sous l'apparence d'un donneur d'ordre qui l'a employé dans le cadre d'une opération de marchandage ou de prêt illicite de main-d'œuvre ou sous un faux statut de salarié intérimaire, de travailleur indépendant ou de stagiaire ou sous l'apparence d'une entreprise d'accueil qui l'a fait travailler sous un faux statut de salarié détaché en mobilité intragroupe.

**.A.2.2.** Il peut mettre en cause également le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage, mais dans des conditions qu'il ne maîtrise pas, compte tenu de la rédaction très pénalisante du code du travail.

La mise en cause du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage pour le paiement de sa rémunération peut (théoriquement) se faire selon deux procédures<sup>447</sup> :

- ⇒ soit au titre de la législation relative à la lutte contre le travail dissimulé, en application de l'article L.8222-2 ou de l'article L.8222-5 du code du travail relatifs à la solidarité financière. Mais deux sérieux verrous bloquent l'initiative du salarié détaché : le salarié détaché doit attendre qu'un agent habilité dresse un procès-verbal et qu'il en est connaissance, voire communication, ce qui est irréaliste compte tenu du secret professionnel ou alors il faut une

---

<sup>447</sup> Bien que la rédaction de l'article L.3245-2 du code du travail, issu de la loi Savary, ne l'exclut pas, l'article R.1263-15 du code du travail précise *a contrario* que le mécanisme anti dumping social, prévu par cette disposition législative, n'est pas applicable au salarié détaché.

injonction préalable d'un agent habilité au maître d'ouvrage, dont il n'aura pas connaissance également pour cause de secret professionnel.

⇒ soit encore au titre de la législation relative à la lutte contre le dumping social, en application de l'article L.1262-4-3 du code du travail, issu de la loi Macron. Présentée comme une avancée majeure pour lutter contre le dumping social, cette disposition n'est pas à la main du salarié détaché, ce qui en limite sensiblement son utilité. Le salarié détaché peut s'adresser au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage, mais à condition que celui-ci n'ait pas résilié, après information d'un agent de contrôle habilité, le contrat de prestation de services avec son employeur qui lui-même n'a pas régularisé le paiement de sa rémunération, malgré la demande de ce donneur d'ordre ou maître d'ouvrage.

Le code du travail n'impose en effet aucun délai au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage pour résilier le contrat commercial, dont le salarié détaché ignore, de surcroît, la survenance, lorsqu'elle est prononcée. Par ailleurs, le salarié détaché n'est pas en droit d'obtenir de la part de l'agent de contrôle une copie des documents attestant de l'engagement de cette procédure, puisque ces documents sont également couverts par le secret professionnel.

La mise en cause du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage par le salarié détaché reste donc purement symbolique, à supposer qu'il connaisse dans le détail le droit du travail français qui lui est applicable pour ester utilement devant le conseil de prud'hommes.

### **.A.3. Comment?**

Le salarié détaché a la faculté de saisir en premier lieu les services compétents de l'Etat, notamment l'inspection du travail, pour obtenir la régularisation de ses droits.

Le salarié détaché dispose ensuite de la possibilité de saisir les juridictions françaises pour faire valoir ses droits. Il s'agit, selon les droits à valoriser, du conseil de prud'hommes, en application de l'article R.1412-5 du code du travail, du tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS)<sup>448</sup> ou de la juridiction répressive en se constituant partie civile dans le procès pénal.

Le certificat de détachement, délivré par l'institution de sécurité sociale d'un autre Etat, n'est pas opposable au conseil de prud'hommes pour lui dénier sa qualité à examiner la demande d'un salarié détaché, soit pour la confirmer, soit pour la requalifier en emploi direct<sup>449</sup>.

Le salarié dispose également de la faculté de déposer plainte auprès du procureur de la République ou de faire une citation directe devant la juridiction répressive.

C'est une démarche à sa seule initiative, sauf devant le conseil de prud'hommes. En effet, la loi Savary du 10 juillet 2014 permet à une organisation syndicale de saisir de sa propre initiative cette juridiction pour défendre les droits du salarié détaché, sous réserve que celui-ci, dûment informé par le syndicat, ne se soit pas opposé. Cette saisine syndicale, qui aurait dû être étendue au TASS pour les accidents du travail et les maladies professionnelles, a pour objet d'assurer une meilleure effectivité de l'application de la législation du travail.

Le salarié détaché peut bien entendu à la fois se constituer partie civile dans un procès pénal pour demander des dommages et intérêts au titre du préjudice que lui cause la violation de la

<sup>448</sup> Au 1<sup>er</sup> janvier 2019, le TASS a été supprimé ; il est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance.

<sup>449</sup> Cass. soc. n° 13-27799 du 10 juin 2015 Easyjet.



loi par son employeur, le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage<sup>450</sup> et saisir le conseil de prud'hommes pour obtenir toutes les sommes qui lui sont dues au titre de l'exécution de son contrat de travail en France.

La constitution de partie civile du salarié détaché devant la juridiction répressive est strictement limitée à l'obtention des dommages intérêts qui résultent du préjudice que lui cause la violation de la loi par son employeur. Il ne peut pas obtenir par cette voie des rappels de salaire ou d'indemnité ou le paiement de l'indemnité forfaitaire équivalent à six mois de salaire pour la dissimulation de son emploi ; il ne peut pas non plus obtenir le versement des cotisations sociales non versées sur son compte d'assuré social en France.

Toutes les sommes dues en raison de l'exécution de son contrat de travail relèvent de la compétence exclusive du conseil de prud'hommes (Cass. crim. n° 11-81694 du 30 octobre 2012 Auchan) ; il en va de même pour la compétence exclusive du TASS pour le versement des cotisations sociales sur son compte personnel d'assuré social. Dans cette hypothèse, le salarié est tenu par le délai de prescription propre à chaque demande.

#### **.A.4. Les conséquences des arrêts *Altun* du 6 février 2018 et *Vueling* du 2 avril 2020, ainsi que de l'arrêt *Alpenrind* du 6 septembre 2018 de la CJUE**

Quid de l'impact de la décision C-359/16 *Altun* du 6 février 2018 et la décision C-370/17 et C-37/18 *Vueling* du 2 avril 2020, ainsi que de la décision C-527/16 *Alpenrind* du 6 septembre 2018 de la CJUE sur les droits sociaux du salarié victime d'une fraude au détachement sur le territoire français par la détention d'un certificat de détachement indu?

Au préalable, il convient de préciser que c'est l'employeur du salarié, c'est-à-dire l'entreprise étrangère, qui fait la demande de certificat de détachement, qui l'obtient et qui le remet au salarié (malgré lui).

Un prétendu salarié détaché détenteur indûment d'un certificat de détachement est privé du bénéfice de la protection sociale française, y compris en matière d'assurance chômage ; il ne cotise pas à ces régimes et ses droits auprès de ces régimes sont, selon sa situation, inexistant, suspendus, gelés ou réduits.

Le prétendu salarié détaché est donc légitime à demander, à titre de régularisation, le versement des cotisations sociales patronales et salariales auprès du régime de base auquel il est assujéti, à la caisse de retraite complémentaire, ainsi qu'à Pôle Emploi ; il est également fondé à demander des dommages et intérêts pour le préjudice subi résultant de la privation du régime français de protection sociale.

Dans cette démarche, il se heurte à la jurisprudence *A-Rosa*, *Altun*, *Vueling* et *Alpenrind* de la CJUE, déclinée et confirmée par la décision du 31 mars de la chambre sociale de la Cour de cassation<sup>451</sup>.

<sup>450</sup> Cass. crim. n° 08-80027 du 16 septembre 2008.

<sup>451</sup> Cass. soc. n° 16-16713 du 31 mai 2021 VUELING AIRLINES.

Dans la décision *Altun*<sup>452</sup>, la CJUE a confirmé sa jurisprudence *A-Rosa* du 27 avril 2017<sup>453</sup> au terme de laquelle les autorités nationales et le juge national de l'Etat d'accueil et d'emploi du salarié détaché par une entreprise établie dans un autre Etat de l'UE, de l'EEE ou de la Suisse, ne peuvent pas remettre en cause d'office et de leur propre initiative la validité d'un certificat de détachement, qui dispense de payer les cotisations et contributions sociales en France, y compris lorsque ce formulaire est obtenu ou utilisé de façon frauduleuse.

Dans la décision *Alpenrind*, la CJUE considère que les conclusions de la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale, saisie d'un recours par l'Etat membre d'accueil et d'emploi du salarié détaché, qui souhaite obtenir le retrait ou l'invalidation d'un certificat de détachement qu'il estime indûment délivré, ne s'imposent pas à l'Etat membre qui l'a émis ; la CJUE précise que ces conclusions n'ont la valeur que d'un simple avis. Ainsi, cet Etat membre n'est pas tenu de retirer ou d'invalider le certificat de détachement, alors même que la Commission administrative conclut dans ce sens

La situation et les droits du salarié indûment détaché et titulaire d'un certificat de détachement n'ont jamais été évoqués par la CJUE, depuis sa première décision en 2000 sur l'opposabilité de ce formulaire<sup>454</sup> (à croire que le salarié n'existe pas).

Cependant, on peut déduire de la généralité des termes de la jurisprudence de la CJUE, que le mode d'emploi de contestation du certificat de détachement décrit par la jurisprudence communautaire vaut pour le prétendu salarié détaché qui souhaite bénéficier de la protection sociale française dont il a été privé et en obtenir réparation.

**Nota**

*Les arrêts Altun et Vueling, pas plus que l'arrêt A-Rosa et l'arrêt Alpenrind, ne s'appliquent pas au certificat de détachement délivré dans le cadre de l'un des 38 accords bilatéraux de sécurité sociale signés entre la France et des Etats tiers*<sup>455</sup>.

*Ces Etats ne font pas partie de l'UE ou de l'EEE et ne peuvent pas se prévaloir de la jurisprudence de la CJUE qui, par ailleurs, se rapporte à d'autres normes juridiques de nature communautaire.*

**.A.4.1. Le descriptif du mode d'emploi institué par les arrêts *Altun* et *Vueling*, à la lumière de l'arrêt *Alpenrind***

Avant toute décision du juge de l'Etat d'accueil et d'emploi, y compris du juge civil saisi par le prétendu salarié détaché, ayant pour effet d'écarter un certificat de détachement, la CJUE exige une saisine préalable de l'institution de sécurité sociale qui a délivré le certificat de

<sup>452</sup> Pour plus d'analyse, voir *infra p.381 et suivantes* l'article de commentaire de l'arrêt *Altun* publié dans le numéro de Droit Ouvrier du mois d'avril 2018, du même auteur.

<sup>453</sup> Voir également *p.381 et suivantes*, le commentaire de l'arrêt *A-Rosa* publié dans le numéro de Droit Ouvrier du mois de juin 2017, du même auteur.

<sup>454</sup> Arrêt C-202/97 du 10 février 2000 *Fitzwilliam*.

<sup>455</sup> Voir sur le site du CLEISS la liste des accords bilatéraux.

détachement litigieux pour en demander le retrait ou l'invalidation, selon le mode d'emploi suivant.

**.A.4.1.1.** Le salarié n'est pas habilité à saisir directement l'institution émettrice du certificat de détachement à l'étranger ; il doit solliciter l'institution de sécurité sociale française la plus appropriée : Urssaf, CPAM, MSA, ENIM, CGSS, caisse de retraite complémentaire, Pôle Emploi, Cleiss, CNFE...

Préalablement à la décision du juge français qui est saisi d'un contentieux dans le cadre duquel il est susceptible de constater une fraude à l'obtention ou à l'utilisation du certificat de détachement, et donc de l'écarter, l'institution de sécurité sociale française intéressée et compétente<sup>456</sup>, ainsi saisie par le prétendu salarié détaché, doit demander le retrait ou l'invalidation de ce formulaire à son homologue qui l'a délivré, même si l'institution française n'est pas à l'origine du contentieux.

Le délai dans lequel s'effectue, à peine de prescription ou de forclusion, la demande de retrait du certificat de détachement n'est pas précisé. S'agit du délai de l'Etat d'accueil et d'emploi ou du délai de l'Etat qui a émis le formulaire. Ou s'agit-il d'un autre délai ?

A la lecture de l'arrêt *Vueling*, la saisine de l'homologue émetteur doit se faire promptement, sans autre précision de la part de la CJUE. Quel est l'impact de cette condition, dès lors que le salarié ne maîtrise pas les diligences de l'institution française qu'il a sollicitée ?

**.A.4.1.2.** Selon l'arrêt *Altun*, cette demande de retrait, s'effectue dans le cadre d'une enquête judiciaire. Cette condition risque de susciter un nouveau contentieux spécifique de la part des Etats qui n'ont aucun intérêt financier à retirer le certificat de détachement.

En matière pénale, c'est-à-dire dans le cadre d'une affaire de travail dissimulé dans laquelle le prétendu salarié détaché a la faculté de se constituer partie civile, à partir de quel moment l'enquête judiciaire existe ? Est-ce uniquement à compter de la saisine du procureur de la République, à compter de la saisine du tribunal ou est-ce en amont, dès qu'un agent de contrôle habilité recherche l'infraction de travail dissimulé, c'est-à-dire avant la rédaction et la transmission d'un rapport ou d'un procès-verbal au procureur de la République ?

A cet égard, se pose la question de savoir si un agent de contrôle habilité peut désormais continuer à constater l'infraction de travail dissimulé par défaut de déclarations sociales, puisque le constat de cette infraction est conditionné par une saisine préalable de l'institution de sécurité sociale qui a délivré le certificat de détachement qui reste en vigueur. Dès lors, et compte tenu par ailleurs de l'exigence d'une enquête judiciaire, l'agent de contrôle n'est-il pas contraint de transmettre au procureur de la République un simple rapport, et non plus un procès-verbal ?

La distinction entre rapport et procès-verbal n'est pas anodine, puisque la mise en œuvre de certaines mesures sanctionnant des pratiques de travail dissimulé implique la rédaction d'un procès-verbal.

En matière civile qui est sans doute celle la plus pertinente pour le prétendu salarié détaché, la condition de la justification de l'existence d'une enquête judiciaire n'est pas usuelle et

---

<sup>456</sup> URSSAF, MSA, CGSS, ENIM, caisse de retraite complémentaire, Pôle Emploi, CNFE de l'URSSAF de Strasbourg...

appropriée ; l'action du salarié est très souvent déconnectée d'une procédure pénale engagée sur des constats effectués par un agent de contrôle. Est-ce à dire que le prétendu salarié détaché doit préalablement saisir le TASS<sup>457</sup> ou le conseil de prud'hommes, avant que ne soit demandé le retrait du certificat de détachement? Cette incertitude sur la bonne articulation des procédures fragilise la reconnaissance des droits du salarié victime du non paiement de ses cotisations sociales en France.

**.A.4.1.3.** Seule l'institution de sécurité sociale française compétente précitée est autorisée à demander le retrait ou l'invalidation du certificat de détachement ; ainsi, les arrêts *A-Rosa*, *Altun* et *Vueling* ajoutent un obstacle considérable, voire rédhibitoire, à la reconnaissance des droits du salarié devant le TASS ou le conseil de prudhommes, puisqu'il devra convaincre l'institution de sécurité sociale française de saisir (à quel moment de la procédure contentieuse ?) son homologue qui a émis le certificat de détachement litigieux, ce qui n'est pas acquis dans le cadre d'un litige personnel et individuel, et sans doute à faible enjeu financier pour ladite institution. En cas de refus de saisir l'institution émettrice, le salarié dispose-t-il lui-même d'un recours devant le TASS<sup>458</sup>

A cet égard, les instructions ministérielles du 18 février 2014 de la direction de la sécurité sociale nécessitent d'être actualisées pour rendre obligatoire et systématique la saisine de l'institution de sécurité sociale qui a émis le certificat de détachement, dès lors qu'elle est sollicitée par toute personne, y compris le salarié, ayant un intérêt à obtenir le retrait de ce formulaire.

En tout état de cause, la jurisprudence de la CJUE prive le prétendu salarié détaché d'un recours effectif devant le juge français puisque la saisine adéquate du juge français ne dépend pas de lui.

**.A.4.1.4.** L'institution de sécurité sociale qui a émis le certificat de détachement n'est pas obligée de retirer ou d'invalider ce formulaire, même si la fraude est caractérisée sur le territoire français au regard de l'ordre juridique français. Selon les arrêts *Altun* et *Vueling*, l'institution de sécurité sociale est uniquement tenue de prendre en considération la demande, de l'examiner et de répondre dans un délai raisonnable qui n'est pas précisé par l'arrêt *Altun*, ce qui va nécessairement générer du contentieux.

Dès lors, plusieurs situations sont envisageables :

⇒ l'institution retire le certificat de détachement dans le délai raisonnable, non déterminé par les arrêts *Altun* et *Vueling*; le juge français retrouve sa libre appréciation pour examiner la demande du salarié, dès lors que le juge et le salarié sont informés par l'institution de sécurité sociale française de la décision de retrait ou d'invalidation, dont ils sont dépendants.

⇒ si l'institution ne répond pas dans le délai raisonnable; le salarié se trouve dans une situation compliquée qu'il ne maîtrise pas.

En effet, et si les délais de droit commun prévus par les textes communautaires s'appliquent implicitement, l'institution de sécurité sociale française dispose d'un délai de 3 mois, qui peut

<sup>457</sup> Au 1<sup>er</sup> janvier 2019, le TASS a été supprimé ; il est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance.

<sup>458</sup> Idem.

être porté à 6 mois pour les dossiers complexes. Le défaut de réponse dans le délai de 6 mois autorise la saisine de la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale, qui dispose elle-même d'un délai de 6 mois. La saisine de la Commission administrative ne ressort pas non plus de la compétence du salarié, ni du juge français, mais de l'Etat d'accueil et d'emploi (en France, la direction de la sécurité sociale) que le prétendu salarié détaché devra convaincre. Il faut donc que le salarié soit tenu informé par l'institution française qu'il a saisie de la non réponse de l'institution de sécurité sociale qui a délivré le certificat de détachement et que la direction de la sécurité sociale accepte de saisir la Commission administrative.

Ces délais, calculés en mois, ne sont pas anodins et obèrent des procédures déjà lourdes et longues par nature, notamment en termes de traduction linguistique.

A quel moment, le juge français retrouve-t-il sa libre appréciation pour examiner la demande du salarié ? A compter du délai de 3 mois ou de 6 mois imparti à l'institution émettrice ? A l'expiration du délai de 6 mois dont dispose la Commission administrative ?<sup>459</sup>

S'il doit attendre la réponse de la Commission administrative, il devra nécessairement attendre la réponse consécutive de l'institution émettrice du certificat de détachement, si la Commission émet un avis favorable au retrait ou à l'invalidation. Dans cette hypothèse, aucun texte ne précise le délai de réponse de l'institution émettrice du formulaire.

Enfin, rien n'est dit sur la façon dont le juge s'assure que l'institution émettrice n'a pas procédé à l'examen de la demande de retrait ou d'invalidation dans le délai raisonnable ; rien n'est dit la façon concrète par laquelle il vérifie avec assurance et sans difficulté cette condition.

⇒ l'institution répond dans le délai raisonnable qu'elle ne retire pas le certificat de détachement ; cette décision lie le juge français. Elle autorise la saisine de la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale, qui dispose elle-même d'un délai de 6 mois. La saisine de la Commission administrative ne ressort pas non plus de la compétence du salarié, ni du juge français, mais de l'Etat d'accueil et d'emploi (en France, la direction de la sécurité sociale) que le prétendu salarié détaché devra convaincre. Il faut donc que le salarié soit tenu informé par l'institution française qu'il a saisi du refus de l'institution de sécurité sociale qui a délivré le certificat de détachement et que la direction de la sécurité sociale accepte de saisir la Commission administrative.

Si le juge doit attendre la réponse de la Commission administrative, il devra nécessairement attendre la réponse consécutive de l'institution émettrice du certificat de détachement, si la Commission émet un avis favorable au retrait ou à l'invalidation. Dans cette hypothèse, aucun texte ne précise le délai de réponse de l'institution émettrice du formulaire.

Dans son arrêt *Vueling Airlines* du 31 mars 2021, la chambre sociale de la Cour de cassation considère que la décision de l'institution émettrice de ne pas retirer le certificat emporte pour conséquence que le prétendu salarié détaché n'a aucun droit à faire valoir en lien avec le non

---

<sup>459</sup> Dans la note de presse du 2 mai 2019 qui présente le bilan URSSAF 2018 de la lutte contre le travail dissimulé, l'ACOSS prend en compte le délai maximum de deux fois 6 mois (3 mois renouvelables, plus 6 mois).

versement en France de ses cotisations sociales par son employeur, y compris lorsque celui-ci a déjà été condamné au pénal pour travail dissimulé par défaut de déclarations sociales<sup>460</sup>.

<https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/les-effets-penalissants-de-la-jurisprudence-de-la-cjue-relative-au-certificat-de-detachement-frauduleux-la-double-peine-pour-le-pretendu-salarie-detache>

⇒ l'institution répond dans le délai raisonnable qu'elle retire le certificat de détachement, mais sans donner à ce retrait l'étendue de l'effet rétroactif souhaité dans la demande de retrait ou sans lui donner d'effet rétroactif, ce qui empêche le salarié de retrouver la plénitude de la protection sociale dont il a été privé.

#### **Nota**

*Dans l'arrêt Alpenrind du 6 septembre 2018, la CJUE précise que les conclusions de la Commission administrative ne lient pas l'institution de sécurité sociale qui a délivré le certificat de détachement ; l'institution peut donc refuser de retirer le formulaire administratif, alors que la Commission administrative le préconise.*

*Dès lors, on peut s'interroger sur l'intérêt et l'utilité de saisir la Commission administrative qui émet un simple avis consultatif.*

*Mais la saisine de la Commission administrative reste cependant incontournable, car la CJUE risque de considérer, au nom de la coopération loyale entre les Etats membres, qu'un contentieux national visant à écarter un certificat de détachement sans avoir épuisé toute la procédure de retrait amiable de ce formulaire prévue par les textes communautaires, est contraire au droit de l'Union. Sauf si la CJUE considère que le délai raisonnable dont elle fait mention dans l'arrêt Altun est plus bref.*

*En effet, est-ce raisonnable d'attendre 12 mois pour obtenir une réponse ?*

Ainsi, sous un énoncé sibyllin, le mode d'emploi des arrêts *Altun* et *Vueling* articulé avec l'arrêt *Alpenrind*, ne facilite pas la reconnaissance des droits d'un prétendu salarié détaché, privé du bénéfice de la protection sociale française par un certificat de détachement indûment délivré.

Rien n'est dit, de surcroît, sur l'obligation de motiver un refus de retrait de certificat de détachement.

**.A.4.1.5.** La demande de retrait du certificat de détachement par un organisme de protection sociale déterminé et la réponse apportée par l'institution émettrice de ce formulaire valent-elles exclusivement à son égard ou valent-elles à l'égard de tous autres les organismes ? Est-ce que le refus de retrait d'un certificat de détachement opposé à une demande de retrait formulé par une caisse de retraite complémentaire est opposable à l'URSSAF, à la MSA ou à Pôle Emploi ?

<sup>460</sup> Dans cette affaire, il n'est pas précisé si la Commission administrative a été saisie du refus de l'institution émettrice de retirer le certificat de détachement.

**.A.4.1.6.** Le retrait ou l'invalidation d'un certificat de détachement par l'institution de sécurité sociale qui l'a émis n'est pas acquis pour le salarié, essentiellement pour deux raisons principales :

- d'une part, le retrait de certificat de détachement représente un risque fort de manque à gagner financier pour l'institution de sécurité sociale qui a émis le formulaire, notamment si plusieurs salariés se trouvent dans la même situation<sup>461</sup>. Même avec un dossier argumenté et documenté présenté par l'institution de sécurité sociale française, l'institution de sécurité sociale qui a émis le certificat de détachement peut faire le choix de ne pas le retirer si les sommes en jeu sont importantes.

- d'autre part, l'Etat dans lequel se trouve l'institution de sécurité sociale qui a émis le certificat de détachement litigieux dispose d'un ordre juridique (sensiblement) différent de la France ; les concepts juridiques, le périmètre des infractions et les éléments juridiques ne sont pas nécessairement les mêmes. Ce qui est litigieux ou frauduleux en France ne l'est pas *de facto* dans l'Etat qui a émis le formulaire ; la fausse sous-traitance, qui est constitutive d'infractions et créatrice d'un employeur de fait sur le territoire français, est-elle reconnue ainsi dans les autres Etats de l'Union européenne et avec les mêmes conséquences de droit pour le salarié de cet employeur de fait?

De surcroît, le mode d'emploi des arrêts *Altun* et *Vueling* conduit cette institution à s'immiscer dans l'ordre juridique français, à l'analyser, voire à se substituer à l'appréciation du juge français, ce qui ne relève pas d'une grande orthodoxie juridique et qui va être source de désappointement et d'incompréhension ; cette jurisprudence communautaire lui est objectivement favorable.

A ce titre, les arrêts *Altun* et *Vueling*, confortés par l'arrêt *Alpenrind*, sont décevants pour le prétendu salarié détaché qui souhaite bénéficier de la protection sociale française. Il aurait été plus productif et fructueux, comme le suggérait l'avocat général, d'autoriser le juge national de l'Etat d'accueil à écarter d'office le certificat de détachement, dès lors qu'il constate son usage frauduleux sur le territoire français au préjudice du salarié.

**Nota**

*L'arrêt A-Rosa avait déjà rendu très incertains, voire précarisés, les droits sociaux du prétendu salarié détaché. En atteste la seconde question préjudicielle du 18 janvier 2018 posée par la Cour de cassation à la CJUE, relative à l'articulation juridique entre l'arrêt A-Rosa, une condamnation devenue définitive pour travail dissimulé d'une entreprise établie à l'étranger qui n'a pas versé les cotisations sociales en France et les droits d'un prétendu salarié détaché par cette entreprise qui demande, dans une instance prud'homale, notamment des dommages et intérêts pour le non versement de ses cotisations sociales au régime français de sécurité sociale<sup>462</sup>.*

*Le juge français ne sait plus quel est le droit applicable, alors qu'il s'agit de faire respecter l'ordre public social.*

<sup>461</sup> Entreprises de travail temporaire, compagnies aériennes, transport routier de marchandises.

<sup>462</sup> Cass. soc. n° 16-16713 du 10 janvier 2018 VUELING AIRLINES.

*L'arrêt Altun ne simplifie pas la procédure de reconnaissance des droits sociaux du prétendu salarié détaché, puisqu'il maintient l'exigence d'une demande préalable de retrait du certificat de détachement auprès de l'institution de sécurité sociale qui l'a délivré, même lorsque ce formulaire est délivré ou utilisé de façon frauduleuse.*

*L'arrêt Alpenrind rend quasiment vaine et inutile, bien que nécessaire, la saisine de la Commission administrative dont les conclusions ne s'imposent pas à l'institution qui a émis le certificat de détachement.*

*Ce parcours du combattant ne peut que dissuader le salarié de faire valoir ses droits, voire favoriser le dumping social.*

#### **.A.4.2. Le mode d'emploi de l'arrêt *Altun* appliqué à la fraude au détachement du salarié sur le territoire français**

La Cour de cassation fait une application stricte de la jurisprudence communautaire relative à l'opposabilité du certificat de détachement, y compris en écartant le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal, au profit du respect de la procédure de demande de retrait du certificat de détachement décrite par la CJUE.

Or, le retrait, l'invalidation ou la neutralisation du certificat de détachement délivré à tort à un prétendu salarié détaché sur le territoire français est une condition préalable incontournable pour lui permettre de bénéficier de la protection sociale française dont il a été privé.

Dès lors, cette jurisprudence rigoureuse risque en principe de pénaliser le prétendu salarié détaché qui souhaite faire valoir ses droits sociaux, soit devant le conseil de prud'hommes, soit devant le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS)<sup>463</sup>, étant rappelé par ailleurs que le salarié n'est pas autorisé à demander lui-même le retrait du certificat de détachement auprès de l'institution de sécurité sociale qui l'a émis, qu'il doit s'adresser à un organisme de protection sociale français et que celui-ci accepte d'engager une demande de retrait auprès de cette institution.

Dans l'arrêt *Ryanair* du 18 septembre 2018<sup>464</sup>, la chambre criminelle de la Cour de cassation a censuré la décision de condamnation d'une cour d'appel, alors que la procédure et les qualifications et les incriminations s'articulaient autour du défaut de création d'un établissement en France ; la Cour de cassation a refusé de tirer les conséquences du constat d'une fraude à l'établissement sur la validité des certificats de détachement des salariés affectés à l'activité économique sur le territoire français constitutive de cette fraude, tant qu'il n'était démontré que mode d'emploi du retrait du certificat de détachement décrit par les décisions *A-Rosa* et *Altun* de la CJUE avait été respecté.

Dans les arrêts *Krakbau* du 9 mai 2018, *STJ* du 20 décembre 2018 et *Batival* du 24 janvier 2019<sup>465</sup>, la 2<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation rend opposables les certificats de détachement de salariés employés dans le cadre d'une opération de fausse sous-traitance

<sup>463</sup> Au 1<sup>er</sup> janvier 2019, le TASS a été supprimé ; il est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance.

<sup>464</sup> Voir infra 7<sup>ème</sup> partie Jurisprudence p.275.

<sup>465</sup> Voir infra 7<sup>ème</sup> partie Jurisprudence p.275 et suivantes.



internationale, qui induit pourtant l'existence d'un employeur de fait sur le territoire français ; dans les affaires *STJ* et *Batival*, l'organisme de recouvrement qui réclamait les cotisations sociales à cet employeur de fait s'appuyait de surcroît sur une condamnation pénale de cet employeur de fait pour marchandage, prêt illicite de main d'œuvre et dissimulation d'emploi salarié.

Dans les affaires *STJ* et *Batival*, l'application scrupuleuse de la jurisprudence *A-Rosa* par la Cour de cassation a pour effet de renoncer à condamner une entreprise française reconnue employeur de fait de prétendus salariés détachés à verser des cotisations sociales en France, tant que les certificats de détachement ne sont pas retirés par l'institution de sécurité sociale qui les a émis. Si ces formulaires ne sont pas retirés, cette entreprise, bien qu'employeur, ne sera pas tenue de verser des cotisations sociales, ce qui est contraire à tout principe régissant la qualité d'employeur.

Cette série de décisions est cependant tempérée par l'arrêt *Groupement GTS* du 7 mai 2019 de la chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>466</sup> qui a censuré une décision d'une cour d'appel pour n'avoir pas suffisamment recherché s'il n'existait pas un employeur de fait en France pour des salariés détachés dont les cotisations sociales étaient versées dans un autre Etat de l'Union européenne.

Cette décision non anodine du 7 mai 2019 constituerait-elle une inflexion de l'analyse de la Cour de cassation, telle qu'elle résulte des arrêts *Ryanair*, *STJ*, *Krabau* et *Batival* ?

A cette position dominante de la Cour de cassation, s'ajoutent les questions préjudicielles, en attente de réponse, qu'elle a par ailleurs posées à la CJUE et qui sont lien direct avec les droits sociaux du prétendu salarié détaché.

La première question préjudicielle, datée du 18 janvier 2018 et posée par la chambre sociale, est relative à l'articulation juridique entre l'arrêt *A-Rosa*, une condamnation devenue définitive pour travail dissimulé d'une entreprise établie à l'étranger qui n'a pas versé les cotisations sociales en France et les droits d'un prétendu salarié détaché par cette entreprise qui demande, dans une instance prud'homale, notamment des dommages et intérêts pour le non versement de ses cotisations sociales au régime français de sécurité sociale<sup>467</sup>.

La seconde question préjudicielle, datée du le 8 janvier 2019 et posée par la chambre criminelle de la Cour de cassation, demande si l'opposabilité du certificat de détachement dans les conditions décrites par les arrêts *A-Rosa* et *Altun* de la CJUE a une incidence sur les obligations sociales de l'employeur prévues par la législation du travail, et notamment si cette jurisprudence communautaire s'oppose à ce que un employeur soit tenu d'effectuer la déclaration préalable à l'embauche (DPAE), alors que le certificat de détachement n'a pas été retiré par l'institution de sécurité sociale qui l'a émis<sup>468</sup>.

Compte tenu du préjudice subi par le prétendu salarié détaché, et de la nature des droits sociaux qu'il est en droit de faire valoir, il peut :

---

<sup>466</sup> Voir infra 7<sup>ème</sup> partie Jurisprudence p.275 et suivantes.

<sup>467</sup> Cass. soc. n° 16-16713 du 10 janvier 2018 VUELING AIRLINES.

<sup>468</sup> Cass. crim. n° 17-82553 du 8 janvier 2019 BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS.

⇒ soit saisir le conseil de prud'hommes ; mais si sa demande ou l'une de ses demandes porte sur la réparation du préjudice subi du fait de la privation du régime de protection sociale français, ou de l'absence de DPAE, voire de l'absence de remise de bulletin de paie, elle risque de se heurter, si elles sont négatives, aux réponses que fera la CJUE aux deux questions préjudicielles posées par la Cour de cassation.

⇒ soit saisir le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS)<sup>469</sup> d'une demande qui porte nécessairement sur la régularisation de sa protection sociale au regard de la législation française. Mais dans cette hypothèse, elle risque de se heurter, si elles sont négatives, aux réponses que fera la CJUE aux deux questions préjudicielles posées par la Cour de cassation.

Quelle que soit l'instance judiciaire choisie, et à condition de surcroît, qu'un organisme de protection français accepte de prendre en charge sa demande de retrait du certificat de détachement dont il conteste la pertinence, le prétendu salarié détaché sera objectivement très pénalisé par la délivrance de ce formulaire dont il aura les plus grandes difficultés à écarter les effets.

#### **Nota**

*Le détachement illégal d'un salarié sur le territoire français ne se limite pas au seul constat d'un usage frauduleux du certificat de détachement et du non paiement des cotisations sociales en France.*

*Le détachement illégal d'un salarié, qui est en réalité employé par un employeur de fait ou de droit établi en France, génère d'autres fraudes, notamment la non délivrance de bulletins de paie conformes au code du travail ; le prétendu salarié détaché est fondé à demander la remise de bulletins de paie conformes. Le fait qu'il soit titulaire d'un certificat de détachement ne le prive pas du droit de saisir le conseil de prud'hommes et n'interdit pas au conseil de prud'hommes de considérer qu'il n'est pas détaché au sens de la législation du travail, pour en tirer toutes les conséquences au bénéfice du salarié<sup>470</sup>.*

*Dans une affaire de travail dissimulé, la chambre criminelle de la Cour de cassation confirme, notamment dans l'arrêt Bouygues du 12 janvier 2021, rendu après une question préjudicielle posée à la CJUE, les effets circonscrits du certificat de détachement au seul usage de celui-ci, à l'exclusion de tout impact de ce formulaire sur les autres modalités constitutives du travail dissimulé mentionnées aux articles L.8221-3 et L.8221-5 du code du travail.*

*Pour davantage d'informations sur la décision du 12 janvier 2021, voir l'article de l'auteur publié sur son site :*

<https://www.hervequichaoua.fr/actualites/article/condamnation-de-deux-donneurs-d-ordre-pour-recours-a-une-entreprise-de-travail-temporaire-etrangere-epr-de-flamanville>

#### **.B. Les organismes de recouvrement de la sphère sociale**

<sup>469</sup> Au 1<sup>er</sup> janvier 2019, le TASS a été supprimé ; il est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance.

<sup>470</sup> Cass. soc. n° 13-27799 du 10 juin 2015 EASYJET.

Il s'agit des organismes de recouvrement des cotisations sociales du régime de base (URSSAF, MSA, CGSS, ENIM, RSI..), des caisses de retraite complémentaire, de Pôle Emploi et des caisses de congés payés (et intempéries).

Indiscutablement, ces organismes sont la clé de voûte de la lutte contre le travail illégal et le dumping social du fait des entreprises étrangères et de leurs donneurs d'ordre. Ce ne sont pas les rarissimes actions engagées par les salariés détachés qui font poids.

Pour cette raison, les organismes de recouvrement doivent être destinataires d'un maximum d'informations et de procédures, ce qui est facilité par la levée du secret professionnel inscrite dans le code du travail et pour le fonctionnement du CODAF.

En effet, si l'implication de l'URSSAF et, dans une moindre mesure, de la MSA, est bien réel dans le recouvrement des cotisations sociales relatives à des affaires impliquant des entreprises étrangères, celle du RSI, des caisses de retraites complémentaires, de Pôle Emploi<sup>471</sup> et des caisses des congés payés reste très limitée, voire inexistante<sup>472</sup>. Ce qui se traduit par la perte des cotisations qui leur sont dues et le délaissement assez incompréhensible d'un outil efficace pour lutter contre ces fraudes.

### **.B.1. Intérêt à agir et droits lésés**

L'intérêt à agir des organismes de recouvrement est double : d'une part l'intérêt personnel de l'institution qu'ils représentent puisqu'ils souffrent d'un manque à gagner comptable financier parfaitement chiffrable et qui peut porter sur plusieurs années et d'autre part l'intérêt général au titre de leur mission de gestion d'un service public ou de quasi service public directement affecté par les conséquences du travail illégal et du dumping social.

Les droits lésés correspondent au montant des cotisations et contributions éludées, calculés sur le nombre de personnes assujetties à leur paiement et compte tenu du délai de prescription de leurs propres créances (5 ans pour les cotisations sociales relatives à une affaire de travail dissimulé), ainsi que des pénalités et majorations pour retard.

Les organismes de recouvrement du régime de base ont la faculté, par ailleurs, d'obtenir auprès du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage le remboursement des exonérations ou des allègements dont il a bénéficiés.

### **.B.2. Qui mettre en cause ?**

**.B.2.1.** L'organisme de recouvrement peut mettre en cause à titre principal le travailleur indépendant prestataire et l'employeur du salarié détaché, y compris lorsqu'il se dissimule sous l'apparence d'un donneur d'ordre qui l'a employé dans le cadre d'une opération de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre, ou sous un faux statut de salarié intérimaire, de travailleur indépendant ou de stagiaire.

**.B.2.2.** Il peut mettre en cause également, sauf s'il est la caisse de congé payé, le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage, via la procédure de la solidarité financière qui lui est dédié,

---

<sup>471</sup> Hormis les procédures de la CRPN, caisse de retraite complémentaire du personnel navigant, dans des affaires relevant du transport aérien.

<sup>472</sup> Les fraudeurs ne sont pas inquiétés.

mais sans être confronté aux difficultés rencontrées par le salarié détaché, puisqu'il dispose du procès-verbal et de toutes les informations nécessaires.

En premier, l'organisme de recouvrement dispose du mécanisme de la solidarité financière prévue dans les affaires de travail dissimulé, en application de l'article L.8222-2 ou de l'article L.8222-5 du code du travail.

En second lieu, depuis la loi Savary, au titre de la législation relative à la lutte contre le dumping social, et en application de l'article L.3245-2 du code du travail, il dispose d'un mécanisme sensiblement identique de solidarité financière quant à sa finalité. Sauf que le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage sont en mesure de s'exonérer très facilement de cette solidarité, en adressant une simple demande de régularisation du paiement de la rémunération à l'entreprise étrangère, quelle que soit la suite réservée à cette demande.

Ce second mécanisme de solidarité financière, qui de surcroît n'a pas été articulé avec celui relatif au travail dissimulé, aurait sensiblement gagné en efficacité si l'entreprise étrangère était tenue de régulariser la rémunération du salarié détaché.

La caisse de congé payé (secteur du BTP et du spectacle notamment) ne dispose pas d'action contre le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage pour obtenir le paiement des cotisations qui lui sont dues par l'entreprise étrangère. Cette lacune du dispositif juridique est inexplicable, compte tenu par ailleurs de la mobilisation des organisations professionnelles de ce secteur d'activité ; cette lacune législative aurait dû être comblée depuis fort longtemps à l'occasion du vote d'une des quatre dernières lois et de la publication de l'ordonnance Travail consacrées à ce sujet.

#### **Nota**

*L'article 27 de la loi du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017 a codifié dans le code de la sécurité sociale un article L.114-15-1 qui prévoit que le certificat de détachement dont est titulaire un travailleur salarié ou non salarié prestataire détaché doit être présenté, lorsque ce document est obligatoire, aux agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé, par celui-ci, par son employeur ou son représentant en France ou par son donneur d'ordre. Ce document est produit, soit lors du contrôle, soit dans les deux mois qui suivent celui-ci lorsqu'un justificatif de demande de ce formulaire est produit lors du contrôle.*

*Le défaut de présentation du certificat de détachement, lorsqu'il est obligatoire, est passible d'une pénalité civile due par le donneur d'ordre. Le montant de cette pénalité est de 3428 euros (plafond mensuel de la sécurité sociale 2021) par travailleur.*

*La pénalité civile prévue par l'article L.114-15-1 du code de la sécurité sociale ne doit pas occulter l'existence de l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'activité économique par défaut de déclaration sociale, qui est le manquement le plus significatif d'un défaut de présentation d'un certificat de détachement, lorsque, par ailleurs, le travailleur indépendant ne s'est pas immatriculé auprès du RSI, de la MSA, de l'ENIM ou de tout autre organisme de protection sociale des non salariés non agricoles compétent (voir supra p.203 et suivantes).*

#### **.B.3. Comment?**

L'organisme de recouvrement dispose de deux voies pour mettre en cause l'entreprise étrangère, le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage redevable des cotisations et contributions qui lui sont dues.

Il réclame le paiement des cotisations et des contributions devant la juridiction compétente, selon les procédures de droit commun, y compris par la solidarité financière. Dans cette hypothèse, l'organisme est tenu par le délai de prescription.

Il se constitue partie civile dans le cadre de la procédure pénale pour demander, sous forme de dommages intérêts, la réparation du préjudice financier directement lié au non versement des cotisations et contributions<sup>473</sup>. Ces dommages et intérêts peuvent être fixés à un montant qui représente l'exact montant des cotisations et contributions éludées<sup>474</sup>.

L'organisme de recouvrement peut bien entendu à la fois se constituer partie civile au procès pénal pour demander des dommages intérêts en réparation du préjudice financier du fait du non-paiement des cotisations et saisir le tribunal de droit commun compétent (TASS<sup>475</sup> ou tribunal de grande instance pour la caisse de congés payés) pour le paiement des cotisations qui lui sont dues.

L'action devant le TASS permet de reconnaître et de régulariser les droits du salarié détaché en matière de protection sociale en France (assurance maladie, retraite...).

#### **.B.4. Les conséquences des arrêts *Altun* du 6 février 2018 et *Vueling* du 2 avril 2020, ainsi que de l'arrêt *Alpenrind* du 6 septembre 2018 de la CJUE<sup>476</sup>**

Quid de l'impact des décisions C-359/16 *Altun* du 6 février 2018 et C-370/17 et C-37/18 *Vueling* du 2 avril 2020, ainsi que de la décision C-527/16 *Alpenrind* du 6 septembre 2018 de la CJUE sur les droits des organismes de protection sociale en présence d'une fraude à l'utilisation d'un certificat de détachement dont est titulaire soit un prétendu travailleur indépendant prestataire, soit un prétendu salarié en situation de détachement, dans une affaire de travail dissimulé caractérisée par une fraude à l'établissement ou par une dissimulation d'emploi salarié.

Dans les décisions *Altun*<sup>477</sup> et *Vueling*<sup>478</sup> la CJUE a confirmé sa jurisprudence *A-Rosa* du 27 avril 2017<sup>479</sup> au terme de laquelle les autorités nationales et le juge national de l'Etat d'accueil et d'emploi du salarié détaché par une entreprise établie dans un autre Etat de l'UE, de l'EEE ou de la Suisse, ne peuvent pas remettre en cause d'office et de leur propre initiative la validité

<sup>473</sup> Dans une affaire de fausse prestation de services et de faux détachement : Cass. crim. n° 16-86973 du 23 janvier 2018 VERIFERME.

<sup>474</sup> Cf affaires EASYJET, VUELING, RYANAIR et bien d'autres. Voir également, Cass. crim. n° 16-86973 du 28 janvier 2018 VERIFERME constitution de partie civile dans une affaire de fausse prestation de services internationale.

<sup>475</sup> Au 1<sup>er</sup> janvier 2019, le TASS a été supprimé ; il est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance.

<sup>476</sup> La jurisprudence de la CJUE relative à l'opposabilité du certificat de détachement n'a aucune incidence sur l'affiliation à la caisse de congés payés en France.

<sup>477</sup> Pour plus d'analyse, voir *infra* p.381 et suivantes l'article de commentaire de l'arrêt *Altun* publié dans Droit Ouvrier du mois d'avril 2018, du même auteur.

<sup>478</sup> Voir l'article de l'auteur publié sur son site : <https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/certificat-de-detachement-frauduleux-arret-vueling-du-2-avril-2020-de-la-cjue>

<sup>479</sup> Voir également *infra* p.381 et suivantes l'article de commentaire de l'arrêt *A-Rosa* publié dans Droit Ouvrier du mois de juin 2017, du même auteur.

d'un certificat de détachement, qui dispense de payer les cotisations et contributions sociales en France, y compris lorsque ce formulaire est obtenu ou utilisé de façon frauduleuse.

Dans la décision *Alpenrind*<sup>480</sup>, la CJUE considère que les conclusions de la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale, saisie d'un recours par l'Etat membre d'accueil et d'emploi du salarié détaché, qui souhaite obtenir le retrait d'un certificat de détachement qu'il estime indûment délivré, ne s'imposent pas à l'Etat membre qui l'a émis ; la CJUE précise que ces conclusions n'ont la valeur que d'un simple avis. Ainsi, cet Etat membre n'est pas tenu de retirer le certificat de détachement, alors même que la Commission administrative conclut dans ce sens.

**Nota**

*Les arrêts Altun et Vueling, pas plus que l'arrêt A-Rosa ou l'arrêt Alpenrind, ne s'appliquent pas au certificat de détachement délivré dans le cadre de l'un des 38 accords bilatéraux de sécurité sociale signés entre la France et des Etats tiers*<sup>481</sup>.

*Ces Etats ne font pas partie de l'UE ou de l'EEE et ne peuvent pas se prévaloir de la jurisprudence de la CJUE qui, par ailleurs, se rapporte à d'autres normes juridiques de nature communautaire.*

**.B.4.1. Le descriptif du mode d'emploi institué par les arrêts *Altun et Vueling*, à la lumière de l'arrêt *Alpenrind***

Avant toute décision du juge de l'Etat d'accueil et d'emploi ayant pour effet d'écarter un certificat de détachement, la CJUE exige une saisine préalable de l'institution de sécurité sociale qui a délivré le formulaire litigieux pour en demander le retrait ou l'invalidation, selon le mode d'emploi suivant.

**.B.4.1.1.** Préalablement à la décision du juge français qui est saisi d'un contentieux dans le cadre duquel il est susceptible de constater une fraude à l'obtention ou à l'utilisation du certificat de détachement, et donc de l'écarter, l'institution de sécurité sociale française intéressée et compétente<sup>482</sup> doit promptement demander le retrait ou l'invalidation de ce formulaire à son homologue qui l'a délivré. Le délai dans lequel s'effectue, à peine de prescription ou de forclusion, cette demande de retrait ou d'invalidation n'est pas précisé. S'agit-il du délai de l'Etat d'accueil et d'emploi du travailleur détaché, prestataire indépendant ou salarié, ou du délai de l'Etat qui a émis le certificat de détachement ? Ou s'agit-il d'un autre délai ?

<sup>480</sup> Voir l'article de l'auteur publié sur son site : <https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/certificat-de-detachement-procedure-de-retrait-cjue-affaire-alpenrind>

<sup>481</sup> Voir sur le site du CLEISS la liste de ces accords bilatéraux.

<sup>482</sup> URSSAF, MSA, CGSS, RSI, ENIM, caisse de retraite complémentaire, Pôle Emploi, CNFE de l'URSSAF de Strasbourg...

**.B.4.1.2.** Selon l'arrêt *Altun*, cette demande de retrait, s'effectue dans le cadre d'une enquête judiciaire. Cette condition risque de susciter un nouveau contentieux spécifique de la part des Etats qui n'ont aucun intérêt financier à retirer le certificat de détachement.

En matière pénale, c'est-à-dire dans le cadre d'une affaire de travail dissimulé dans laquelle l'organisme de protection sociale se constitue partie civile, à partir de quel moment l'enquête judiciaire existe ? Est-ce uniquement à compter de la saisine du procureur de la République, à compter de la saisine du tribunal ou est-ce en amont, dès qu'un agent de contrôle habilité recherche l'infraction de travail dissimulé, c'est-à-dire avant la rédaction et la transmission d'un rapport ou d'un procès-verbal au procureur de la République ?

A cet égard, se pose la question de savoir si un agent de contrôle habilité peut désormais continuer à constater l'infraction de travail dissimulé par défaut de déclarations sociales, puisque le constat de cette infraction est conditionné par une saisine préalable de l'institution de sécurité sociale qui a délivré le certificat de détachement qui reste en vigueur. Dès lors, et compte tenu par ailleurs de l'exigence d'une enquête judiciaire, l'agent de contrôle n'est-il pas contraint de transmettre au procureur de la République un simple rapport, et non plus un procès-verbal ?

La distinction entre rapport et procès-verbal n'est pas anodine, puisque la mise en œuvre de certaines mesures sanctionnant des pratiques de travail dissimulé implique la rédaction d'un procès-verbal.

En matière civile, ce qui est sans doute la voie contentieuse la plus souvent utilisée par les organismes de protection sociale, la condition de la justification de l'existence d'une enquête judiciaire n'est pas usuelle et appropriée, d'autant que l'instance civile devant le TASS<sup>483</sup> peut être engagée en l'absence de procédure pénale. Est-ce à dire que les organismes de protection sociale doivent préalablement saisir le TASS, avant que ne soit demandé le retrait du certificat de détachement ? Cette incertitude sur la bonne articulation des procédures fragilise la reconnaissance des droits des organismes de protection sociale victimes du non paiement des cotisations et contributions sociales en France.

**.B.4.1.3.** L'institution de sécurité sociale qui a émis le certificat de détachement n'est pas obligée de retirer ce formulaire, même si la fraude est caractérisée sur le territoire français au regard de l'ordre juridique français. Selon les arrêts *Altun* et *Vueling*, l'institution de sécurité sociale émettrice est uniquement tenue de prendre en considération la demande, de l'examiner et de répondre dans un délai raisonnable qui n'est pas précisé par l'arrêt *Altun*, ce qui va nécessairement susciter du contentieux.

Dès lors, plusieurs situations sont envisageables :

⇒ l'institution retire le certificat de détachement dans le délai raisonnable; le juge français retrouve sa libre appréciation pour examiner la demande de l'organisme de protection sociale.

⇒ l'institution ne répond pas dans le délai raisonnable, qui n'est pas quantifié par l'arrêt *Altun*.

---

<sup>483</sup> Au 1<sup>er</sup> janvier 2019, le TASS a été supprimé ; il est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance.

Si on se réfère aux textes communautaires *ad hoc*, l'institution de sécurité sociale de l'Etat d'envoi dispose d'un délai de 3 mois, qui peut être porté à 6 mois pour les dossiers complexes. Le défaut de réponse dans le délai de 6 mois autorise la saisine de la Commission administrative, qui dispose elle-même d'un délai de 6 mois<sup>484</sup>. La saisine de la Commission administrative ne ressort pas de la compétence du juge français, mais de celle de l'Etat d'accueil et d'emploi (en France, la direction de la sécurité sociale). Ces délais, calculés en mois, ne sont pas anodins et obèrent des procédures déjà lourdes et longues par nature, notamment en termes de traduction linguistique.

A quel moment, le juge français retrouve-t-il sa libre appréciation ? A compter du délai de 3 mois ou de 6 mois imparti à l'institution émettrice ? A compter de l'expiration du délai de 6 mois dont dispose la Commission administrative ?

⇒ l'institution répond dans le délai raisonnable qu'elle ne retire pas le certificat de détachement ; cette décision lie le juge français. Seul un recours de l'institution de sécurité française devant la Commission administrative est alors possible.

⇒ l'institution répond dans le délai raisonnable qu'elle retire ou qu'elle invalide le certificat de détachement, mais sans donner à ce retrait l'étendue de l'effet rétroactif souhaité dans la demande de retrait ou sans lui donner d'effet rétroactif, ce qui empêche l'organisme de protection sociale de récupérer la totalité des cotisations sociales éludées sur les 5 dernières années.

#### **Nota**

*Dans l'arrêt Alpenrind du 6 septembre 2018, la CJUE précise que les conclusions de la Commission administrative ne lient pas l'institution de sécurité sociale qui a délivré le certificat de détachement ; l'institution peut donc refuser de retirer le formulaire administratif, alors que la Commission administrative le préconise.*

*Dès lors, on peut s'interroger sur l'intérêt et l'utilité de saisir la Commission administrative qui émet un simple avis consultatif.*

*Mais la saisine de la Commission administrative reste cependant incontournable, car la CJUE risque de considérer, au nom de la coopération loyale entre les Etats membres, qu'un contentieux national visant à écarter un certificat de détachement sans avoir épuisé toute la procédure de retrait amiable de ce formulaire prévue par les textes communautaires, est contraire au droit de l'Union. Sauf si la CJUE considère que le délai raisonnable dont elle fait état dans l'arrêt Altun est plus bref.*

*En effet, est-ce raisonnable d'attendre 12 mois pour obtenir une réponse.*

**.B.4.1.4.** La demande de retrait ou d'invalidation du certificat de détachement par un organisme de protection sociale déterminé et la réponse apportée par l'institution émettrice

<sup>484</sup> Dans la note de presse du 2 mai 2019 qui présente le bilan URSSAF 2018 de lutte contre le travail dissimulé, l'ACOSS prend en compte le délai de deux fois 6 mois (3 mois renouvelables, plus 6 mois).



de ce formulaire valent-elles exclusivement à son égard ou valent-elles à l'égard de tous autres organismes ? Est-ce que le refus de retrait d'un certificat de détachement opposé à une demande de retrait formulé par une caisse de retraite complémentaire est opposable à l'URSSAF, à la MSA ou à Pôle Emploi ?

Ainsi, sous un énoncé sibyllin, le mode d'emploi des arrêts *Altun* et *Vueling*, articulé avec l'arrêt *Alpenrind*, ne facilitent pas la tâche des organismes de recouvrement et du juge français relative au versement des cotisations et contributions sociales éludées, notamment dans une affaire de travail dissimulé.

Aucune précision n'est apportée, de surcroît, sur l'obligation de motiver un refus de retrait de certificat de détachement.

**.B.4.1.5.** Rien n'est dit sur les effets du retrait ou de l'invalidation d'un certificat de détachement effectué par l'institution qui l'a émis, au regard du versement des cotisations sociales éludées sur le territoire français :

- le retrait ou l'invalidation a-t-il nécessairement un effet rétroactif, qui peut alors couvrir toute la période de son utilisation frauduleuse sur le territoire français dans la limite de 5 ans, ou produit-il des effets uniquement que pour l'avenir ?

- l'institution émettrice peut-elle lui donner un effet moindre, en réduisant la période d'utilisation frauduleuse demandée par l'organisme de protection sociale français ?

- l'institution émettrice doit-elle reverser les cotisations indûment perçues aux organismes de protection sociale en France ou ceux-ci disposent-ils de la faculté de percevoir directement ces cotisations auprès de l'entreprise débitrice sans attendre ce reversement ?

**.B.4.1.6.** Le retrait ou l'invalidation d'un certificat de détachement par l'institution de sécurité sociale qui l'a émis n'est pas acquis, essentiellement pour deux raisons :

- d'une part, le retrait de certificat de détachement représente un risque fort de manque à gagner financier conséquent pour l'Etat d'envoi de prétendus travailleurs indépendants prestataires de services et des entreprises étrangères qui détachent des salariés sur le territoire français. Même avec un dossier argumenté et documenté présenté par l'institution de sécurité sociale française, l'institution de sécurité sociale qui a émis le certificat de détachement peut faire le choix de ne pas le retirer si les sommes en jeu sont importantes.

- d'autre part, l'Etat dans lequel se trouve l'institution de sécurité sociale qui a émis le certificat de détachement litigieux dispose d'un ordre juridique (sensiblement) différent de la France ; les concepts juridiques, le périmètre des infractions et les éléments juridiques ne sont pas nécessairement les mêmes. Ce qui est litigieux ou frauduleux en France ne l'est pas *de facto* dans l'Etat qui a émis le formulaire ; la fausse sous-traitance, qui est constitutive d'infractions et créatrice d'un employeur de fait sur le territoire français, est-elle reconnue ainsi dans les autres Etats de l'Union européenne et avec les mêmes conséquences de droit pour le recouvrement des cotisations sociales ?

De surcroît, le mode d'emploi des arrêts *Altun* et *Vueling* conduit cette institution à s'immiscer dans l'ordre juridique français, à l'analyser, voire à se substituer à l'appréciation du juge français, ce qui ne relève pas d'une grande orthodoxie juridique et qui va être source de

désappointement et d'incompréhension ; les arrêts *Altun* et *Vueling* lui sont objectivement favorables.

A ce titre, les arrêts *Altun* et *Vueling*, confortés par l'arrêt *Alpenrind*, sont décevants. Il aurait été plus justifié et fructueux, comme le suggérait l'avocat général, d'autoriser le juge national de l'Etat d'accueil à écarter d'office le certificat de détachement, dès lors qu'il constate son usage frauduleux sur le territoire français.

#### **.B.4.2. Le mode d'emploi des arrêts *Altun* et *Vueling* appliqué à la fraude au paiement des cotisations et contributions sociales sur le territoire français**

La Cour de cassation, statuant en matière de contentieux de sécurité sociale, fait en principe une application stricte de la jurisprudence communautaire relative à l'opposabilité du certificat de détachement, y compris en écartant le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal, au profit du respect de la procédure de demande de retrait du certificat de détachement décrite par la CJUE.

Dans les arrêts *Krakbau* du 9 mai 2018, *STJ* du 20 décembre 2018 et *Batival* du 24 janvier 2019<sup>485</sup>, la 2<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation rend opposables les certificats de détachement de salariés employés dans le cadre d'une opération de fausse sous-traitance internationale, qui induit pourtant l'existence d'un employeur de fait sur le territoire français ; dans les affaires *STJ* et *Batival*, l'organisme de recouvrement qui réclamait les cotisations sociales à cet employeur de fait s'appuyait de surcroît sur une condamnation pénale de cet employeur de fait pour marchandage, prêt illicite de main d'œuvre et dissimulation d'emploi salarié.

Dans les affaires *STJ* et *Batival*, l'application scrupuleuse de la jurisprudence *A-Rosa* par la Cour de cassation a pour effet de renoncer à condamner une entreprise française reconnue employeur de fait de prétendus salariés détachés à verser des cotisations sociales en France, tant que les certificats de détachement ne sont pas retirés par l'institution de sécurité sociale qui les a émis. Si ces formulaires ne sont pas retirés, cette entreprise, bien qu'employeur, ne sera pas tenue de verser des cotisations sociales, ce qui est contraire à tout principe régissant la qualité d'employeur.

Se référant à la jurisprudence communautaire, la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans plusieurs décisions rendues le 12 janvier 2021<sup>486</sup> juge irrecevable la constitution de partie civile de l'Urssaf dans des affaires de travail dissimulé, notamment pour certificat de détachement frauduleux, au motif que la procédure de demande de retrait ou d'invalidation de ce formulaire, n'avait pas été engagée.

L'existence d'une condamnation pénale en France n'est pas non plus une garantie d'obtention du retrait du certificat de détachement. En application de l'arrêt *Vueling* de la CJUE, l'institution qui a émis le formulaire n'est pas liée par l'autorité de la chose jugée en France, dès lors que la condamnation prononcée en France n'est pas conforme au droit communautaire relatif à l'opposabilité du certificat de détachement.

<sup>485</sup> Voir infra 7<sup>ème</sup> partie Jurisprudence p.275.

<sup>486</sup> Not. Cass. crim. n° 18-86757 du 12 janvier 2021 BLANCONORTE.

Cette série de décisions est cependant tempérée par l'arrêt *Groupement GTS* du 7 mai 2019 de la chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>487</sup> qui a censuré une décision d'une cour d'appel d'une part pour n'avoir pas suffisamment recherché s'il n'existait pas un employeur de fait en France pour des salariés détachés dont les cotisations sociales étaient versées dans un autre Etat de l'Union européenne et d'autre part pour n'avoir pas vérifié si les cotisations sociales dues à raison de l'emploi de ces salariés ne devaient pas être versées en France, lieu de leur résidence et de leur emploi prépondérant.

Sous réserve de cette décision non anodine du 7 mai 2019, cette position de la Cour de cassation laisse à penser que, quelle que soit la nature ou la gravité de la fraude au détachement et au non paiement des cotisations sociales, en présence ou non d'une condamnation pénale préalable reconnaissant cette fraude, l'organisme de recouvrement doit préalablement justifier avoir demandé le retrait du certificat de détachement auprès de l'institution de sécurité sociale qui l'a émis et faire état des suites qui ont été données à cette demande de retrait.

Compte tenu des enjeux financiers, la procédure de demande de retrait ou d'invalidation du certificat de détachement sommairement décrite par la CJUE est susceptible de faire l'objet de divergences d'interprétation entre l'organisme français de recouvrement et l'institution émettrice du formulaire, ce qui risque de susciter de nouveaux contentieux dont on voit mal la fin.

Pour davantage d'informations sur le sujet, voir l'article de l'auteur publié sur son site :

<https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/etat-des-lieux-sur-le-statut-du-certificat-de-detachement-frauduleux>

#### **Nota**

*Ce parcours du combattant pour faire valoir les droits lésés des organismes de protection sociale ne peut que dissuader, voire favoriser le dumping social ; à ce titre, les arrêts Altun et Vueling sécurisent objectivement la fraude à l'utilisation frauduleuse du certificat de détachement et au non paiement des cotisations sociales en France.*

*Le juge français ne sait plus quel est le droit applicable et jusqu'où il peut aller sans se faire censurer par la CJUE.*

*Il en est de même pour les agents de contrôle et les services de recouvrement, puisqu'aucune doctrine administrative interministérielle n'a été définie et diffusée, par voie de circulaire, d'instruction ou de note, depuis les arrêts A-Rosa, Altun, Vueling et Alpenrind de la CJUE et les arrêts Krakbau, Ryanair, Cityjet, STJ et Bival de la Cour de cassation. A croire que ces décisions de justice, d'un poids considérable, n'existent pas.*

*Tout ceci ne peut que conforter les effets d'aubaine et les comportements frauduleux des opérateurs économiques des deux côtés de la frontière.*

<sup>487</sup> Voir infra 7<sup>ème</sup> partie Jurisprudence p.275.

### **.C. Les organisations syndicales, les organisations professionnelles et les entreprises**

Au-delà des discours et des déclarations d'intention, l'implication effective des organisations syndicales, des organisations professionnelles et des entreprises dans la lutte contre le travail illégal et le dumping social reste particulièrement modeste. Pourtant, leur contribution est importante. On peut dès lors espérer que l'insertion dans la loi Savary du 10 juillet 2014, d'une disposition certes symbolique, mais qui leur est spécifiquement dédiée pour agir en justice en qualité de partie civile, les mobilise davantage.

#### **.C.1. Intérêt à agir et droits lésés**

La jurisprudence reconnaît le droit aux organisations syndicales, aux organisations professionnelles et aux entreprises de se constituer partie civile dans les affaires de travail illégal, chacune en fonction du préjudice causé aux intérêts collectif ou particuliers qu'elles défendent ou représentent ou qui sont lésés (perte d'un marché, par exemple).

La loi Savary a inséré un article 2.21-1 dans le code de procédure pénale qui formalise cette constitution de partie civile, sans que cet ajout présente une plus-value particulière par rapport à l'état du droit existant.

Se constituer partie civile permet notamment de conforter l'action publique et d'attester de l'intérêt porté à la lutte contre ces fraudes.

Ces personnes peuvent également adresser un signalement au procureur de la République ou le saisir d'une véritable plainte, en qualité de victime<sup>488</sup>.

#### **.C.2. Qui mettre en cause ?**

Les organisations syndicales, les organisations professionnelles et les entreprises interviennent au cas par cas, en fonction des informations portées à leur connaissance et des enjeux. Elles choisissent les affaires qui, à leurs yeux, méritent une attention particulière.

Ainsi le choix de se constituer dans une affaire peut s'expliquer, par exemple, par l'évocation d'une question de principe sur le droit applicable.

#### **.C.3. Comment ?**

Les organisations syndicales, les organisations professionnelles et les entreprises disposent d'une très grande liberté d'action pour se manifester et agir et choisir la voie qui leur paraît la plus appropriée. La constitution de partie civile dans une affaire pénale ou la citation directe restent les procédures les plus usuelles<sup>489</sup>.

Les organisations syndicales disposent en outre de la faculté de soutenir plus particulièrement le salarié détaché dans le cadre d'une procédure prud'homale. La loi Savary du 10 juillet 2014

---

<sup>488</sup> Dans ce domaine, les mots ont un sens. Il s'agit bien d'un dépôt de plainte, et non pas d'une simple dénonciation.

<sup>489</sup> Cass. crim. n° 16-86973 du 28 janvier 2018 VERIFERME constitution de partie civile d'une organisation professionnelle et d'une organisation syndicale dans une affaire de fausse prestation de services internationale et de faux détachement.

a inséré dans le code du travail un article L.1265-1 qui les autorise à saisir d'initiative le conseil de prud'hommes, dès lors que le salarié détaché, dûment informé, ne s'y est pas opposé, y compris en utilisant la procédure de la solidarité financière.

**Nota**

*Le nombre de victimes des pratiques du travail illégal et du dumping social du fait des entreprises étrangères, des donneurs d'ordre et des maîtres d'ouvrage n'est pas négligeable. L'idéal serait que chacune se mobilise pleinement pour chaque affaire dont elle est victime.*

*Cette démarche conforterait sensiblement l'action des pouvoirs publics et du juge.*

## 7ème partie

### JURISPRUDENCE<sup>490</sup>

---

<sup>490</sup> Seule est citée la jurisprudence de la CJUE ou de la Cour de cassation ; en effet, l'absence d'une base de données nationale relative aux décisions rendues en dernier ressort par les juridictions du fond ne permet pas de mentionner leurs décisions les plus intéressantes et d'en proposer une copie.

Voir également la jurisprudence mise en ligne sur le site de l'auteur :

<https://www.herveguichaoua.fr/jurisprudence/entreprise-etrangere-et-detachement-de-salarie/>



- .A. Distinction entre prestation de services internationale et établissement p.278**
- .B. Fraude à la prestation de services internationale : pas d'activité réelle ou significative dans l'Etat de domiciliation p.281**
- .C. Fraude à la prestation de services internationale : délocalisation fictive à l'étranger p.282**
- .D. Employeur réel du salarié détaché – salarié mis à disposition p.282**
- .E. Notion de salarié détaché p.282**
- .F. Délocalisation fictive du salarié p.283**
- .G. Absence d'antériorité d'emploi du salarié détaché p.283**
- .H. Mobilité internationale intragroupe p.284**
- .I. Déclarations sociales p.285**
- .J. Certificat de détachement p.285**
- .K. Détermination du montant du salaire minimal p.291**
- .L. Adhésion et paiement des cotisations à la caisse de congés payés p.291**
- .M. Mise en cause du donneur d'ordre p.292**
- .N. Complicité p.293**
- .O. Fausse prestation de services internationale : marchandage, prêt illicite, dissimulation d'emploi salarié, emploi d'un salarié étranger sans titre de travail p.293**
- .P. Fausse prestation de services internationale : Faux travail indépendant, dissimulation d'emploi salarié, emploi d'un salarié étranger sans titre de travail p.295**
- .Q. Mise à disposition de personnel (salarié ou travailleur indépendant) p.296**
- .R. Artiste étranger des spectacles vivants et enregistrés p.297**
- .S. Sanctions administratives p.298**



## LE CONTROLE DES ENTREPRISES ETRANGERES

La jurisprudence qui suit est non exhaustive. Elle reprend pour partie et complète la jurisprudence citée dans les notes de bas de page du corps du Mode d'emploi.

Cette jurisprudence est à compléter par celle, plus transversale, qui est citée dans les autres Modes d'emploi et celle en ligne sur le site de l'auteur :

<https://www.herveguichaoua.fr/>

### .A. Distinction entre prestation de services et établissement

#### 1) Décisions de la CJCE (devenue CJUE)

- Le fait qu'une entreprise possède son siège social dans un Etat membre est sans conséquence sur l'application des règles relatives à la liberté d'établissement dans un autre Etat membre.

- Arrêt C-167/01 du 30 septembre 2003 INSPIRE points 95 et suivants

- La prestation de services est par nature temporaire. Ce caractère temporaire s'apprécie en fonction de sa durée, de sa fréquence, de sa périodicité et de sa continuité. L'établissement correspond à une activité stable et continue.

- Arrêt C-55/94 du 30 novembre 1995 GEBHARD

- Les dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne du chapitre relatif aux services sont subsidiaires par rapport à celles du chapitre relatif au droit d'établissement. Les dispositions relatives aux services ne trouvent application que si celles relatives au droit d'établissement ne s'appliquent pas.

- Arrêt GEBHARD précité

- L'existence d'une infrastructure dans l'Etat d'accueil ne caractérise pas nécessairement l'existence d'un établissement dès lors que cette infrastructure est nécessaire pour réaliser la prestation de services.

- Arrêt GEBHARD précité

- La recherche d'une clientèle dans l'Etat d'accueil est un élément qui relève a priori de l'activité d'un établissement.

- Arrêt GEBHARD précité
- Arrêt C-215/01 du 11 décembre 2003 SCHNITZER

- Une activité économique exercée à titre permanent ou, en tout cas, sans limitation prévisible de durée ne relève pas des dispositions communautaires relatives aux prestations de services.

- Arrêt 196/87 du 5 octobre 1988 STEYMANN
- Arrêt C-215/01 du 11 décembre 2003 SCHNITZER
- Arrêt C-456/02 du 7 septembre 2004 TROJANI

- Pour se prévaloir de la prestation de services dans un autre Etat de l'Union européenne, l'entreprise doit exercer normalement son activité dans l'Etat où elle est domiciliée.

- Arrêt 35-70 du 17 décembre 1970 MANPOWER

- La jurisprudence Manpower précitée a fait l'objet ultérieurement de la précision suivante : l'entreprise doit exercer normalement ses activités dans l'Etat de domiciliation, c'est-à-dire qu'elle doit y effectuer habituellement des activités substantielles et significatives.

- Arrêt C-202/97 du 10 février 2000 FITZWILLIAM notion d'activité substantielle
- Arrêt C-404/98 du 9 novembre 2000 Joseph PLUM notion d'activité substantielle
- Arrêt C-784/19 du 3 juin 2021 TEAM POWER EUROPE notion d'activité substantielle pour une entreprise de travail temporaire

- Ne peut se prévaloir de la libre prestation de services l'entreprise dont l'activité est entièrement ou principalement orientée vers d'autres Etats.

- Arrêt 33-74 du 3 décembre 1974 VAN BINSBERGEN

- La CJCE ne fait pas de différence entre la succursale, l'agence et l'établissement. La succursale et l'agence sont des établissements dès lors que les modalités d'exercice de leur activité correspondent à celles d'un établissement.

- Arrêt 33/78 du 22 novembre 1978 SOMAFER

## 2) Décisions de la Cour de cassation

- Une société hollandaise, qui se livre à de la prospection sur le territoire français avec des salariés commerciaux, dans le cadre d'une organisation économique et sous l'autorité d'un responsable, dispose d'un établissement en France qui justifie l'organisation d'élection de délégués du personnel.

- Cass. soc. n° 02-601129 du 14 janvier 2004 AGIO SIGARENFABRIEKEN

- Une société basée dans les Iles Vierges britanniques qui exerce en France une activité de conseil, de façon stable et permanente, dispose d'un établissement sur le territoire français, même si cette activité est exercée depuis le domicile personnel de son représentant en France et avec des moyens humains et techniques (télécopieurs, matériels informatiques et téléphoniques) peu importants.

- Cass. crim. n° 07-85176 du 16 avril 2008 YARLY INTERNATIONAL

- Une société basée à Andorre qui exerce en France une activité relative à la création, au développement et à la gestion d'une équipe professionnelle de cyclisme de façon stable et autonome dispose d'un établissement sur le territoire français.

- Cass. crim. n° 07-88433 du 10 septembre 2008 PROSPORT

- Un brocanteur, qui a créé une société en Angleterre, mais qui exerce de façon non temporaire en France, avec un véhicule qui est immatriculé en France, dispose d'un établissement sur le territoire français.

- Cass. crim. n° 05-87438 du 3 octobre 2006 THE LOVELY TIME STD

- Une entreprise égyptienne d'importation de pièces détachées dispose d'un établissement en France dès lors qu'elle y déploie une activité stable.

- Cass. crim. n° 02-86287 du 25 mars 2003

- Une entreprise de transports routiers qui a son siège en Allemagne, mais qui exerce en France une activité réelle et stable, dispose d'un établissement sur le territoire français.

- Cass. crim. n° 03-86970 du 26 octobre 2004 HOLGER

- Une compagnie aérienne de droit britannique qui n'a pas immatriculé au RCS un établissement (une base d'exploitation) à partir duquel elle opère en France.

- Cass. crim. n° 11-88420 du 11 mars 2014 EASYJET

- Délocalisation fictive au Luxembourg d'une entreprise française qui se radie, mais poursuit son activité de façon stable en France, avec salariés et infrastructure.

- Cass. crim. n° 13-81043 du 27 mai 2015 SOCIETE ADMINISTRA

- Une entreprise bulgare qui exerce une activité stable et continue en France de mise à disposition illicite de salariés

- Cass. crim. n° 16-87230 du 12 décembre 2017 MEMO-FR

- Entreprises d'événementiels britanniques exerçant principalement ou exclusivement leur activité en France

- Cass. crim. n° 17-821130 du 27 février 2018 CASINO DE LA POINTE

- Absence d'activité stable et continue d'une compagnie aérienne étrangère sur le territoire français ; infraction de travail dissimulé non caractérisée

- Cass. crim. n° 15-81316 du 18 septembre 2018 NETJETS

- Une entreprise du BTP roumaine qui exerce une activité stable, continue et habituelle sur le territoire français.

- Cass. crim. n° 17-82553 du 12 janvier 2021 BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS ET AUTRES

Une entreprise de travail temporaire portugaise qui exerce une activité stable, continue et habituelle sur le territoire français.

- Cass. crim. n° 18-86709 du 12 janvier 2021 EUVEO

### **.B. Fraude à la prestation de services. Entreprise étrangère sans activité réelle dans l'Etat où elle se déclare établie**

- Une entreprise française, via une prétendue relation de sous-traitance, recourt à une entreprise portugaise qui n'a pas d'activité réelle dans l'Etat où elle est établie. En réalité, il s'agit d'une opération de marchandage et de prêt illicite de personnel.

- Cass. crim. n° 98-84501 du 27 mai 1999 PATTI

- Une entreprise française a recours à une entreprise de travail temporaire roumaine qui vient de se créer et qui ne justifie pas d'activité en Roumanie.

- Cass. crim n° 11-82949 du 14 février 2012 EUROP WORKERS INTERIM

- Une entreprise de droit espagnol n'a pas d'activité en Espagne et exerce son activité en France.

- Cass. crim n° 13-88079 du 3 mars 2015 SARL TOP FUTUR

- Délocalisation fictive au Luxembourg d'une entreprise française qui se radie, mais poursuit son activité en France.

- Cass. crim n.° 13-81043 du 27 mai 2015 SOCIETE ADMINISTRA

- Entreprise de travail temporaire roumaine exerçant exclusivement son activité en France.

- Cass. crim. n° 14-84864 du 30 mars 2016 GAEC DE L'ASTRATELLA

- Entreprise portugaise du BTP qui exerce son activité en France dès sa création et sans avoir d'activité au Portugal.

- Cass. crim. n° 14-83652 du 30 mars 2016 AJ DAMIAO

- Entreprises de travaux forestiers roumaines n'exerçant pas d'activité en Roumanie.

- Cass. crim. n° 17-80856 du 27 février 2018 TRAFORREST

- Entreprises d'événementiels britanniques n'exerçant d'activité en Angleterre.

- Cass. crim. n° 17-821130 du 27 février 2018 CASINO DE LA POINTE

- Entreprise du BTP portugaise réalisant plus de 85% de son chiffre d'affaire en France.

- Cass. crim. n° 18-86757 du 12 janvier 2021 BLANCONORTE

- Entreprise de transport routier espagnole n'ayant pas d'activité en Espagne.

- Cass. crim. n° 20-80647 du 12 janvier 2021 BASCOBRET

### **.C. Fraude à l'établissement. Délocalisation fictive à l'étranger**

- Un brocanteur se radie du registre du commerce en France. Il crée une société en Angleterre tout en continuant à exercer son activité en France.

- Cass. crim n° 05-87438 du 3 octobre 2006 THE LOVELY TIME STD

- Délocalisation fictive au Luxembourg d'une entreprise française qui se radie, mais poursuit son activité en France.

- Cass. crim n° 13-81043 du 27 mai 2015 SOCIETE ADMINISTRATA

### **.D. Employeur réel du salarié détaché – salarié mis à disposition**

- la CJUE considère que l'employeur réel du salarié est celui qui exerce la subordination et plus précisément l'entité sous l'autorité effective de laquelle est placé le travailleur, à laquelle incombe, dans les faits, la charge salariale correspondante et qui dispose du pouvoir effectif de licencier ce travailleur, et non l'entreprise avec laquelle ledit chauffeur routier a conclu un contrat de travail et qui est formellement présentée dans ce contrat comme étant l'employeur de ce même chauffeur (points 61 et 80). Pour identifier le véritable employeur, la Cour précise qu'il est nécessaire de tenir compte de la situation objective dans laquelle se trouve le travailleur salarié concerné et de l'ensemble des circonstances de son occupation (point 60).

- CJUE arrêt n° C-610/8 du 16 juillet 2020 AFMB

- Affiliation à l'étranger et certificat de détachement non opposables si un employeur de fait existe en France – existence d'une subordination juridique.

- Cass. crim. n° 17-86428 du 7 mai 2019 GROUPEMENT GTS

### **.E. Notion de salarié détaché**

- La CJUE dénie la qualité de salarié détaché à au travailleur très mobile réalisant son activité au service de restauration à bord d'un train effectuant des trajets transfrontaliers, dès lors que l'essentiel de l'activité de cette personne est accomplie dans l'Etat de départ et de retour du train et que l'exécution de son travail n'a pas de lien suffisant avec l'autre Etat ou les autres Etats desservis par le train.

- CJUE arrêt n° C-16/18 du 19 décembre 2019 MICHEL DOBERSBERGER

.-Confirmation par la CJUE de la jurisprudence DODERSBERGER pour le transport routier international de marchandises

- CJUE arrêt n° C-815/18 du 1<sup>er</sup> décembre 2020 FNV

.- la CJUE considère que pour qualifier un salarié de détaché, il faut identifier l'employeur réel du salarié. L'employeur est celui qui exerce la subordination et plus précisément l'entité sous l'autorité effective de laquelle est placé le travailleur, à laquelle incombe, dans les faits, la charge salariale correspondante et qui dispose du pouvoir effectif de licencier ce travailleur, et non l'entreprise avec laquelle ledit chauffeur routier a conclu un contrat de travail et qui est formellement présentée dans ce contrat comme étant l'employeur de ce même chauffeur (points 61 et 80). Pour identifier le véritable employeur, la Cour précise qu'il est nécessaire de tenir compte de la situation objective dans laquelle se trouve le travailleur salarié concerné et de l'ensemble des circonstances de son occupation (point 60).

- CJUE arrêt n° C-610/8 du 16 juillet 2020 AFMB

.- Distinction entre salarié détaché et salarié en pluriactivité ou activité alternante

- CJUE arrêt n° C-570/15 du 13 septembre 2017 STAATSSECRETARIS VAN FINANCIË
- CJUE arrêt n° C-879/19 du 20 mai 2021 FORMAT

.- Faux salarié détaché

- Cass. crim. n° 17-80744 du 12 mars 2019 BANQUE SYZ et CO

.- Faux salariés détachés – salariés embauchés en France

- Cass. crim. n° 18-84850 du 17 septembre 2019 URCOTEX IMMOBILIARA

.- Faux salariés détachés – mise à disposition illicite

- Cass. crim. n°17-86838 du 15 octobre 2019 FITLANE

## **.F. Délocalisation fictive du salarié**

- Un employeur français embauche et fait travailler en France un salarié qu'il continue de maintenir à la législation sociale dans un autre Etat dans lequel il ne travaille plus.

- Cass. crim. n° 15-86990 du 15 novembre 2016 Pascal X

## **.G. Absence d'antériorité d'emploi des salariés détachés**

- Des salariés intérimaires roumains envoyés en mission en France auprès d'une entreprise utilisatrice française ne peuvent pas être considérés comme des détachés dès lors qu'ils ne justifient pas d'ancienneté dans l'entreprise de travail temporaire.

- Cass. crim n° 11-82949 du 14 février 2012 EUROP WORKERS INTERIM

-. Des prétendus salariés intérimaires envoyés en France dès leur embauche en Roumanie ne peuvent pas être considérés comme des détachés.

- Cass. crim. n° 14-85828 du 1<sup>er</sup> décembre 2015 ASM

- Des salariés portugais détachés en France dès leur embauche par la société qui vient de se créer.

- Cass. crim. n° 14-83652 du 30 mars 2016 AJ DAMIAO

- Entreprises de travaux forestiers roumaines n'exerçant pas d'activité en Roumanie.

- Cass. crim. n° 17-80856 du 27 février 2018 TRAFORREST

- Entreprise de travail temporaire portugaise, avec fraude à l'établissement.

- Cass. crim. n° 18-86709 du 12 janvier 2021 EUVEO

- Entreprise de transport routier espagnole employant en France des salariés français résidant en France et n'ayant pas d'activité en Espagne.

- Cass. crim. n° 20-80647 du 12 janvier 2021 BASCOBRET

## **.H. Mobilité internationale intra groupe**

- Le salarié mis à disposition entre deux entreprises dans le cadre de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, sous c de la directive du 16 décembre 1996, est typiquement affecté, durant celle-ci, à un poste au sein de l'entreprise utilisatrice qui aurait autrement été occupé par un salarié de celle-ci. Ainsi, si la mise à disposition est licite (par exemple, ETT, agence de mannequins, pas d'infraction) ; si la mise à disposition est illicite (marchandage, prêt illicite, dissimulation d'emploi salarié, emploi de salarié étranger sans titre de travail).

- CJUE n° C-309/09 du 12 février 2011 VICOPLUS

- Le transfert d'un salarié dans une autre entreprise constitue une novation du contrat de travail, nécessitant l'accord du salarié, puisqu'elle entraîne un changement d'employeur.

- Cass. soc. n° 08-42485 du 17 juin 2009 ASSOCIATION FNLL

- Cass. soc. n°08-42485 du 13 mai 2009 GROUPE ROHM AND HAAS

- La mise à disposition, fut-elle d'un fonctionnaire, entraîne la subordination juridique et la création d'un contrat de travail.

- Cass. Ass. Plén. n° 92-40641 du 20 décembre 1996 ALLIANCE FRANCAISE

- Cass. soc. n° 09-69453 du 15 juin 2010 SHLML

- Un reporter photographe italien muté par la maison mère de droit américain dans sa filiale française devient son salarié dès lors qu'il est placé sous la subordination juridique de celle-ci.

- Cass. soc. n° 71-40513 du 21 janvier 1976 TIME

- Un cadre japonais muté par la maison mère de droit japonais dans sa filiale française devient son salarié dès lors qu'il est placé sous la subordination juridique de celle-ci.

- Cass. soc. n° 08-44480 du 20 janvier 2010 TAKEUCHI

- Un cadre turc muté par la maison mère de droit turc dans son établissement français devient son salarié dès lors qu'il est placé sous la subordination juridique de celui-ci.

- CAA Paris n° 08PA00423 du 18 octobre 2010 TURKISH AIRLINES

## **.I. Accomplissement des déclarations sociales**

- Le représentant que l'entreprise étrangère peut mandater pour accomplir à sa place les déclarations sociales en France ne peut pas être un salarié de cette entreprise.

- Cass. civ. 2 n° 16-10796 du 9 février 2017 FARA

## **.J. Certificat de détachement du salarié**

### **.J.1. Jurisprudence de la CJUE**

#### **Affaires MANPOWER, FITZWILLIAM, JOSEPH PLUM et TEAM POWER EUROPE**

Nécessité pour l'employeur de justifier d'une activité normale, substantielle et significative dans son Etat de domiciliation pour obtenir un certificat de détachement pour un salarié

- CJCE arrêt 35-70 du 17 décembre 1970 MANPOWER
- CJUE arrêt C-202/97 du 10 février 2000 FITZWILLIAM
- CJUE arrêt C- 404/98 du 9 novembre 2000 JOSEPH PLUM
- CJUE arrêt C-784/19 du 3 juin 2021 TEAM POWER EUROPE

#### **Affaire FITZWILLIAM**

- Premier arrêt de la CJUE rendant opposable le certificat de détachement aux autorités de l'Etat d'accueil et d'emploi ; présomption d'affiliation régulière auprès de l'institution de sécurité sociale qui l'émet

- CJUE arrêt C-202/97 du 10 février 2000 FITZWILLIAM



**Affaire BARRY BANKS**

- Le certificat de détachement délivré après le début du détachement peut avoir un effet rétroactif

- CJUE arrêt C-178/97 du 30 mars 2000 BARRY BANKS

**Affaire HERBOSCH KIERE**

- L'opposabilité du certificat de détachement est étendue au juge de l'Etat d'accueil et d'emploi du salarié détaché

- CJUE arrêt C-2/05 du 2 janvier 2006 HERBOSCH KIERE

**Affaire A-ROSA-FLUSSSCHIFF**

- Hors cas d'obtention ou d'utilisation frauduleuse, le certificat de détachement est opposable à l'autorité administrative et au juge de l'Etat d'accueil et d'emploi du salarié détaché ; seule l'institution de sécurité sociale qui a délivré le certificat de détachement peut le retirer ou l'invalider à la demande de l'autorité administrative de l'Etat d'accueil et d'emploi ; décision rendue en réponse à la question préjudicielle de la Cour de cassation du 6 novembre 2015.

- CJUE arrêt C-620/15 du 27 avril 2017 A-ROSA-FLUSSSCHIFF GmbH

**Affaire ATLUN**

- En présence d'un certificat de détachement obtenu ou utilisé de façon frauduleuse, le juge national de l'Etat d'accueil et d'emploi ne peut pas statuer d'office et d'initiative ; dans le cadre de l'enquête judiciaire ouverte, l'institution de sécurité sociale de cet Etat doit préalablement demander son retrait à son homologue qui a émis le certificat de détachement qui doit répondre dans un délai raisonnable. Si l'institution de sécurité sociale qui a délivré le certificat de détachement ne répond pas dans ce délai raisonnable, le juge national de l'Etat d'accueil et d'emploi est habilité à se prononcer sur la validité de ce formulaire.

- CJUE arrêt C-359/16 du 6 février 2018 OMER ALTUN

**Affaire COMMISSION/BELGIQUE**

- L'Etat d'accueil et d'emploi du salarié détaché ne peut pas édicter une législation lui permettant de retirer unilatéralement un certificat de détachement en présence d'un abus de droit dans la délivrance de ce document

- CJUE arrêt C-356/15 du 11 juillet 2018 COMMISSION c./ROYAUME DE BELGIQUE

**Affaire ALPENRIND**

Trois points de droit communautaire jugés dans cette affaire :

- un salarié envoyé dans un autre Etat membre pour occuper le même poste de travail précédemment occupé par un salarié détaché couvert par un certificat de détachement et le remplacer ne peut pas lui-même être détaché au sens des textes communautaires de sécurité sociale; il relève de la législation de l'Etat d'accueil et d'emploi

- un certificat de détachement peut avoir un effet rétroactif et accorder une protection sociale antérieure à sa date de délivrance, même si l'Etat où il est détaché l'a déjà affilié à son propre régime de sécurité sociale

- l'Etat membre qui a délivré un certificat de détachement et qui refuse de le retirer n'est pas tenu de suivre la réponse donnée par la Commission administrative qui n'émet qu'un simple avis qui ne lie pas l'Etat membre

- CJUE arrêt C-527/16 du 6 septembre 2018 ALPENRIND

### **Affaire VUELING**

Confirmation de la jurisprudence A-Rosa et Altun, en ajoutant trois précisions :

- le juge national doit s'assurer que la procédure de demande de retrait du certificat de détachement a été engagée par l'institution de sécurité sociale de l'Etat d'emploi auprès de son homologue de l'Etat d'envoi,

- le juge national doit s'assurer que l'institution de sécurité sociale de l'Etat d'envoi a bien procédé dans un délai raisonnable à l'examen de la demande de retrait du certificat de détachement,

- l'autorité de la chose jugée ne s'attache pas une décision du juge national rendue en contradiction avec le droit communautaire.

- CJUE arrêt C-370/17 et C-37/18 du 2 avril 2020 VUELING AIRLINES

### **Affaire BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS ET AUTRES**

Les règlements communautaires de coordination de sécurité sociale, et par suite le certificat de détachement, n'ont pas d'effet sur les matières autres que la sécurité sociale. La jurisprudence de la CJUE relative à l'opposabilité du certificat de détachement n'a pas d'incidence sur l'obligation d'effectuer la DPAA, prévue par la législation du travail, dès lors que cette formalité n'a pas vocation à assujettir le salarié à un régime de sécurité sociale

- CJUE arrêt C-17/19 du 14 mai 2020 BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS ET AUTRES

## **.J.2. Jurisprudence de la Cour de cassation**

### **.J.2.1. Jurisprudence antérieure à l'arrêt A-ROSA de la CJUE**

- Ne peuvent pas être considérés comme des travailleurs détachés au sens de la sécurité sociale des ressortissants portugais qui ne sont pas déclarés au Portugal et qui sont envoyés en France par une entreprise portugaise qui les met à la disposition d'une entreprise française. Cette entreprise française doit payer les cotisations sociales à l'URSSAF

- Cass. soc. n° 95-18115 du 27 mars 1997 DEBEZY

- Les certificats de détachement présentés pour des salariés travaillant habituellement, et non occasionnellement, en France ne sont pas valables. Les cotisations sociales sont dues en France.

- Cass. crim n° 00-86281 du 24 avril 2001 EITEL

- Les certificats de détachement délivrés à tort à des salariés qui, en raison de leur nationalité, ne peuvent pas en bénéficier, ne produisent pas d'effet en France.

- Cass. civ. 2 n° 05-17302 du 17 juin 2007 CASINO RUHL

- Les certificats de détachement présentés pour des salariés intérimaires détachés par une ETT portugaise mais résidants en France, pour un emploi en France, lieu habituel de leur activité, ne sont pas valables. Les cotisations sociales doivent être versées en France.

- Cass. civ. 2 n° 05-21596 du 5 avril 2007 OBJATOISE

- Des faux travailleurs indépendants établis à l'étranger n'effectuent pas une vraie prestation de services internationale en France et ne sont pas en situation de détachement.

- Cass. crim. n° 09-85044 du 2 février 2010 ATM

- Dans le cadre d'une opération de marchandage suite à une fausse PSI de transport routier de marchandises, paiement des cotisations sociales par l'entreprise utilisatrice des salariés, établie en France, nonobstant les certificats de détachement

- Cass. civ. 2 n° 11-28245 du 20 juin 2013 CL JURA

- Les certificats de détachement délivrés à des salariés qui ne peuvent être considérés comme détachés au sens du code du travail puisqu'affectés au fonctionnement d'un établissement en France ne sont pas juridiquement recevables. L'entreprise aurait dû payer les cotisations sociales en France ; travail dissimulé par défaut de déclaration sociale.

- Cass. crim n° 11-88420 du 11 mars 2014 EASY JET
- Cass. crim n° 12-81461 du 11 mars 2014 VUELING

- Le certificat de détachement n'est opposable au juge prud'homal pour lui dénier sa qualité, en application de l'article R.1412-5 du code du travail, à juger la demande d'un salarié détaché.

- Cass. soc. n° 13-27799 du 10 juin 2015 EASYJET

- Question préjudicielle posée le 6 novembre 2015 par la Cour de cassation à la CJUE relative à l'opposabilité et à la validité du certificat de détachement lorsque les modalités selon lesquelles le travailleur salarié exerce son activité sur le territoire d'un Etat membre n'entrent manifestement pas dans le champ d'application matériel des règles dérogatoires de l'article 14 du règlement n° 1408/71.

- Cass. Ass. Plén. n° 13-25467 du 6 novembre 2015 A-ROSA-FLUSSSCHIFF GmbH

### **.J.2.2. Jurisprudence postérieure à l'arrêt A-ROSA de la CJUE**

- Le certificat de détachement est inopérant pour interdire de requalifier en employeur un donneur d'ordre condamné pour dissimulation d'emploi salarié de prétendus travailleurs indépendants polonais titulaires de ce formulaire, dès lors que la prévention ne vise pas le défaut de déclarations sociales.

- Cass. crim. n° 15-80896 du 28 novembre 2017 EURL BRB recours à de faux travailleurs indépendants polonais proposés par une société d'intermédiation basée en Pologne

- Décision de la Cour de cassation conforme à la réponse donnée le 27 avril 2017 à sa question préjudicielle par la CJUE ; cassation et renvoi vers la cour d'appel.

- Cass. Ass. Plén. n° 13-25467 du 22 décembre 2017 A-ROSA-FLUSSSCHIFF GmbH

- Confirmation de la jurisprudence A-Rosa ; cassation et renvoi vers la cour d'appel.

- Cass. civ.2 n° 16-25995 du 9 mai 2018 KRAKBAU

- Question préjudicielle posée le 10 janvier 2018 par la chambre sociale de la Cour de cassation à la CJUE relative à l'articulation juridique entre l'arrêt A-Rosa de la CJUE, une condamnation devenue définitive pour travail dissimulé d'une entreprise établie à l'étranger qui n'a pas versé les cotisations sociales en France et les droits d'un prétendu salarié détaché par cette entreprise qui demande dans une instance prud'homale notamment des dommages et intérêts pour le non versement de ses cotisations sociales au régime français de sécurité sociale (affaire C-37/18).

- Cass. soc. n° 16-16713 du 10 janvier 2018 VUELING AIRLINES

- En référence aux décisions A-Rosa et Altun de la CJUE, cassation de la condamnation pour travail dissimulé par défaut de déclarations sociales prononcée par la cour d'appel, au motif que la décision de condamnation ne précise pas si le mode d'emploi de contestation du certificat de détachement décrit ces décisions a été mis en œuvre et respecté.

- Cass. crim. n° 15-89735 du 18 septembre 2018 RYANAIR

- En référence aux décisions A-Rosa et Altun de la CJUE, cassation de la condamnation pour travail dissimulé par défaut de déclarations sociales prononcée par la cour d'appel, au motif que la décision de condamnation ne précise pas si le mode d'emploi de contestation du certificat de détachement décrit ces décisions a été mis en œuvre et respecté.

- Cass. crim. n° 13-88632 du 18 septembre 2018 CITY JET

- En référence aux décisions A-Rosa et Altun de la CJUE, cassation de la condamnation pour complicité de travail dissimulé par défaut de déclarations sociales prononcée par la cour d'appel, au motif que la décision de condamnation ne précise pas si le mode d'emploi de contestation du certificat de détachement décrit ces décisions a été mis en œuvre et respecté.

- Cass. crim. n° 13-88631 du 18 septembre 2018 AIR FRANCE

- Absence d'activité stable et continue d'une compagnie aérienne étrangère sur le territoire français ; infraction de travail dissimulé non caractérisée, certificats de détachement valides, cotisations sociales non dues en France.

- Cass. crim. n° 15-81316 du 18 septembre 2018 NETJETS

- Question préjudicielle posée le 8 janvier 2019 par la chambre criminelle de la Cour de cassation pour savoir si l'opposabilité du certificat de détachement dans les conditions décrites par les arrêts A-Rosa et Altun de la CJUE ont une incidence sur les obligations sociales de l'employeur prévues par la législation du travail, et notamment si cette jurisprudence communautaire s'oppose à ce que un employeur soit tenu d'effectuer la DPAE alors que le certificat de détachement n'a pas été retiré par l'institution de sécurité sociale qui l'a émis.

- Cass. crim. n° 17-82553 du 8 janvier 2019 BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS et autres

- Certificat de détachement opposable, malgré une condamnation de l'employeur de fait établi en France pour marchandage, prêt illicite de salarié et dissimulation d'emploi salarié dans une affaire de fausse sous-traitance internationale (fausse PSI et faux détachement) ; obligation de demander le retrait de ce formulaire selon le mode d'emploi décrit par les arrêts A-ROSA et ALTUN de la CJUE.

- Cass. civ.2 n° 17-21706 du 20 décembre 2018 STJ

- Certificat de détachement opposable, malgré une condamnation de l'employeur de fait établi en France pour marchandage, prêt illicite de salarié et dissimulation d'emploi salarié dans une affaire de fausse sous-traitance internationale (fausse PSI et faux détachement) ; obligation de demander le retrait de ce formulaire selon le mode d'emploi décrit par les arrêts A-ROSA et ALTUN de la CJUE.

- Cass. civ.2 n° 17-20191 du 24 janvier 2019 BATIVAL

- Affiliation à l'étranger et certificat de détachement non opposables si un employeur de fait existe en France – existence d'une subordination juridique.

- Cass. crim. n° 17-86428 du 7 mai 2019 GROUPEMENT GTS

- Après réponse du 14 mai 2020 de la CJUE à la question préjudicielle posée le 8 janvier 2019 par la Cour de Cassation, confirmation que la DPAE, qui est un outil de contrôle de la transparence de l'emploi, n'a pas pour finalité d'assujettir le salarié à un régime de sécurité sociale ; par suite, confirmation de la condamnation de deux donneurs d'ordre pour recours à travail dissimulé en faisant appel à une entreprise de travail temporaire chypriote condamnée pour travail dissimulé, notamment pour défaut de DPAE.

- Cass. crim. n° 17-82553 du 12 janvier 2021 BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS et autres

- L'opposabilité du certificat de détachement ne vaut que le formulaire E 101 ne s'étend au formulaire E 106, qui ne vaut que simple attestation de droit au salarié de prestation.

- Cass. crim. n° 20-80647 du 12 janvier 2021 BASCOBRET

- Après réponse du 2 avril 2020 de la CJUE à la question posée le 10 janvier 2018 par la Cour de cassation, le refus de l'institution de sécurité sociale émettrice du certificat de

détachement de retirer ce formulaire interdit au prétendu salarié détaché de se prévaloir d'un préjudice et de droits en lien avec le non versement de ses cotisations sociales en France, alors même que son employeur a été condamné pour travail dissimulé par défaut de déclarations sociales en France.

- Cass. soc. n° 16-16713 du 31 mars 2021 VUELING AIRLINES

## **.K. Détermination du montant du salaire minimal à verser au salarié détaché**

- Détermination des éléments à intégrer dans l'assiette de calcul du respect du montant du salaire minimal prévu par l'article R.1262-8 du code du travail ; décision logique de la Cour de cassation.

- Cass. soc. n° 13-19095 du 13 novembre 2014 SOCIETE MECI

## **.L. Adhésion et paiement des cotisations à la caisse des congés payés.**

- Un artisan du secteur du bâtiment se radie du répertoire des métiers en France. Il crée une société en Angleterre tout en continuant à exercer son activité en France sous la forme d'un établissement principal. Il reste redevable des cotisations à la caisse des congés payés en France.

- Cass. soc. n° 03-18771 du 22 février 2006 HELLEGOUARCH

- Il appartient à l'entreprise établie dans un autre Etat de l'UE qui détache des salariés en France pour une activité de travaux publics de démontrer qu'elle dispose dans son pays d'un système de caisse de congé payé offrant des droits d'effet équivalent et à laquelle elle adhère et qui la dispenserait ainsi de cotiser en France. Pour être équivalent, ce système doit offrir aux salariés détachés des droits et avantages identiques à ceux du système français.

- Cass. crim. n° 05-81902 du 10 mai 2006 SOCIETE MECI

## **.M. Mise en cause du donneur d'ordre**

### **.M.1. Mise en cause pénale**

- Condamnation pour recours à travail dissimulé du donneur d'ordre français qui sous-traite, sans procéder aux vérifications prévues au titre de la solidarité financière, à deux entreprises françaises qui font appel à une entreprise étrangère qui leur fournit des prétendus salariés détachés, requalifiés en salariés dissimulés.

- Cass. crim. n° 14-85828 du 1<sup>er</sup> décembre 2015 ASM

.- Condamnation pour recours à travail dissimulé du donneur d'ordre français transporteur routier de marchandises qui recourait à une entreprise polonaise de transport routier de

marchandises qui n'avait pas d'activité en Pologne et qui exerçait essentiellement ses activités en France.

- Cass. crim. n° 16-86402 du 28 novembre 2017 ITAL FRANCE

.- Condamnation pour recours à travail dissimulé du donneur d'ordre français gérant un casino d'entreprises d'événementiels domiciliées en Angleterre sans y avoir d'activité réelle, et exerçant principalement leur activité au sein de ce casino.

- Cass. crim. n° 17-82130 du 27 février 2018 CASINO DE LA POINTE

.- Condamnation pour recours à travail dissimulé de deux donneurs d'ordre ayant fait appel à une entreprise de travail temporaire chypriote qui intervenait en France en fraude à l'établissement et en fraude au détachement.

- Cass. crim. n° 17-82553 du 12 janvier 2021 BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS ET AUTRES

.- Condamnation pour prêt illicite de main-d'œuvre de deux donneurs d'ordre ayant fait appel à une entreprise de travail temporaire chypriote qui intervenait en France en violation de la législation sur le travail temporaire.

- Cass. crim. n° 17-82553 du 12 janvier 2021 BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS ET AUTRES

- Dans le cadre la mise en œuvre de la solidarité financière, le document que doit se faire remettre le donneur d'ordre par son cocontractant, lorsqu'il est une entreprise étrangère, pour s'assurer du respect par celui-ci de ses obligations sociales, est le certificat de détachement, et non pas tout autre document.

- Cass. Ass. Plén. n° 14-10182 du 6 novembre 2015 CARDARELLI
- Cass. Ass. Plén. n° 14-10193 du 6 novembre 2015 JAEN ET FILS

## **.M.2. Mise en cause solidarité financière**

- Reconnaissance du bénéfice de la solidarité financière au profit de la MSA et à l'égard d'une exploitation agricole qui a fait appel à des salariés intérimaires détachés par une entreprise de travail temporaire portugaise.

- Cass. civ.2 n° 19-14863 du 28 mai 2020 JAEN ET FILS

- Reconnaissance du bénéfice de la solidarité à des salariés intérimaires détachés par une entreprise de travail temporaire chypriote, à l'égard des entreprises françaises qui les utilisaient.

- Cass. soc. n° 18-24451 et autres du 4 novembre 2020 BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS et autres

- La solidarité financière s'applique à l'égard du donneur d'ordre, mais uniquement pour les cotisations sociales dues pour les salariés du sous-traitant établi à l'étranger, démunis de certificat de détachement.

- Cass. civ. 2 n° 19-25355 du 3 juin 2021 VERIFERME

## **.N. Complicité**

Condamnation pour complicité de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le responsable d'une ETT roumaine qui a créé cette entreprise pour fournir à des utilisateurs français des salariés intérimaires en dehors des règles sur la PSI et le détachement.

- Cass. crim. n° 14-84644 du 30 mars 2016 GAEC DE L'ASTRATELLA

## **.O. Fausse prestation de services internationale : marchandage, prêt illicite, travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié et emploi de salarié étranger sans titre de travail.**

- Le salarié mis à disposition entre deux entreprises dans le cadre de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, sous c de la directive du 16 décembre 1996, est typiquement affecté, durant celle-ci, à un poste au sein de l'entreprise utilisatrice qui aurait autrement été occupé par un salarié de celle-ci. Ainsi, si la mise à disposition est licite (par exemple, ETT, agence de mannequins, pas d'infraction) ; si la mise à disposition est illicite (marchandage, prêt illicite, dissimulation d'emploi salarié, emploi de salarié étranger sans titre de travail).

- CJUE n° C-309/09 du 12 février 2011 VICOPLUS

- L'utilisateur d'un salarié mis à disposition dans le cadre d'une opération de fausse sous-traitance devient son employeur et commet le délit de dissimulation d'emploi salarié

- Cass. crim. n° 05-80833 du 31 janvier 2006 ABC

Ci après, liste d'arrêts de la Cour de cassation ayant statué sur ce sujet (par secteurs d'activités) :

### **- arboriculture**

- Cass. crim. n° 07-811043 du 3 mars 2009 EARL CIDRES
- Cass. crim. n° 10-85567 du 7 juin 2011 ANJOU MYRTILLES

### **- bâtiment**

- Cass. crim. n° 08.82843 du 9 décembre 2008 SIDR
- Cass. crim. n° 14-83652 du 30 mars 2016 AJ DAMIAO
- Cass. crim. n° 16-81748 du 28 janvier 2018 VERIFERME
- Cass. crim. n° 17-86601 du 30 octobre 2018 DEMOLITION PHENIX, avec accident du travail mortel

### **- déménagement**

- Cass. crim. n° 05-85253 du 20 mars 2007 BEYER



**- entreprise de travail temporaire**

- Cass. crim. n° 98-83063 du 22 juin 1999 BOSS
- Cass. crim. n° 14-88194 du 10 mai 2016 ROCHEFOLLE

**- métallurgie**

- Cass. crim. n° 98-84501 du 27 mai 1999 PATTI

**- métallurgie serrurerie**

- Cass. crim. n° 05- 84168 du 28 mars 2006 VERSERON

**- métallurgie serrurerie**

- Cass. crim. n°09-88759 du 9 novembre 2010 TESI

**- montage d'installation industrielle**

- Cass. crim. n° 17-87246 du 8 janvier 2019 STEAP STAILOR

**- réfection de fours industriels**

- Cass. crim n° 03-82797 du 17 février 2004 EFUBA

**- réparation navale**

- Cass. crim. n° 96-86679 du 4 juin 1998 TESSANDIER

**- sexage de volailles**

- Cass. crim. n°07. 87289 du 8 juin 2010 ESAF

**- transport routier de marchandises (TRM)**

- CJUE C-27/10 du 15 mars 2011 KOELZSCH détermination du droit social applicable au conducteur routier d'un transport international de marchandises
- Cass. crim. n° 10-82626 du 12 octobre 2010 CL JURA
- Cass. crim. n° 13-83217 du 12 janvier 2016 STJ

**- travaux forestiers**

- Cass. crim. n° 17-80856 du 27 février 2018 TRAFORREST- entreprises de travaux forestiers roumaines n'exerçant pas d'activité en Roumanie

**- travaux sous marins offshore**

- Cass. crim. n° 96-86479 du 12 mai 1998 SOGEXPAT

**Nota Dans le cadre d'une opération de marchandage suite à une fausse PSI de transport routier de marchandises, paiement des cotisations sociales par l'entreprise utilisatrice des salariés, établie en France, nonobstant les certificats de détachement**

- Cass. civ.2 n° 11-28245 du 20 juin 2013 CL JURA

**.P. Fausse prestation de services internationale : faux travail indépendant, travail dissimulé et emploi d'étranger sans titre de travail.**

Ci après, liste d'arrêts de la Cour de cassation ayant statué sur ce sujet (par secteurs d'activités) :

**- bâtiment**

- Cass. crim. n° 08.82843 du 9 décembre 2008 SIDROM
- Cass. crim. n° 15-85129 du 18 octobre 2016 Alexandre X recours à des faux auto entrepreneurs roumains dont l'entreprise avait organisée l'arrivée en France
- Cass. crim. n° 15-80896 du 28 novembre 2017 EURL BRB recours à de faux travailleurs indépendants polonais proposés par une société d'intermédiation basée en Pologne

**- bâtiment avec accident mortel du travail**

- Cass. crim. n° 13-87667 du 9 décembre 2014 INTERSOL

**- bûcherons**

- Cass. crim. n° 15-84813 du 13 décembre 2016 YRIA/SIDROM

**- débosselage de carrosseries grêlées**

- Cass. crim. n° 16-84249 du 11 juillet 2017 TOP QUALITY

**- fabrication articles textile**

- Cass. crim. n° 04-87840 du 13 septembre 2005 MPDC

**- maraîchage**

- Cass. crim. n° 12-80734 du 22 janvier 2013 Fruits et légumes ROLF

**- tuyauterie serrurerie**

- Cass. crim n° 09-85044 du 2 février 2010 ATM

**.Q. Mise à disposition de personnel (salarié ou travailleur indépendant).**

### **.Q.1. Employeur réel du salarié détaché – décisions de principe**

.- la CJUE considère que l'employeur réel du salarié est celui qui exerce la subordination et plus précisément l'entité sous l'autorité effective de laquelle est placé le travailleur, à laquelle incombe, dans les faits, la charge salariale correspondante et qui dispose du pouvoir effectif de licencier ce travailleur, et non l'entreprise avec laquelle ledit chauffeur routier a conclu un contrat de travail et qui est formellement présentée dans ce contrat comme étant l'employeur de ce même chauffeur (points 61 et 80). Pour identifier le véritable employeur, la Cour précise qu'il est nécessaire de tenir compte de la situation objective dans laquelle se trouve le travailleur salarié concerné et de l'ensemble des circonstances de son occupation (point 60).

- CJUE arrêt C-610/8 du 16 juillet 2020 AFMB

.- Affiliation à l'étranger et certificat de détachement non opposables si un employeur de fait existe en France – existence d'une subordination juridique

- Cass. crim. n° 17-86428 du 7 mai 2019 GROUPEMENT GTS

### **.Q.2. Illustrations**

- **non-respect de la législation sur le travail temporaire** : le non-respect de la législation sur le travail temporaire constitue du marchandage et/ou du prêt illicite de main-d'œuvre de la part de l'ETT et de la part de l'utilisateur :

- Cass. crim n° 82-91726 du 22 mars 1983 SONOCAR
- Cass. crim n° 98-83529 du 22 juin 1999 JAN

- **non respect de la législation sur le travail temporaire** : l'utilisateur est l'employeur de fait et commet le délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié

- Cass. crim. n° 14-88194 du 10 mai 2016 ROCHEFOLLE L'OISEAU CONSTRUCTION

- **entreprise de travail temporaire et entreprise de placement de salariés et de travailleurs indépendants**

- Cass. crim. n° 08-82843 du 9 décembre 2008 SIDROM

- **entreprise de travail temporaire : bâtiment**

- Cass. crim. n° 98-83063 du 22 juin 1999 BETTI

- **entreprise de travail temporaire : vendanges**

- Cass. crim. n° 11-82949 du 14 février 2012 EUROP WORKERS INTERIM

- **entreprise de travail temporaire roumaine exerçant exclusivement son activité en France**

- Cass. crim. n° 14-84864 du 30 mars 2016 GAEC DE L'ASTRATTELLA

**- utilisateur français employant des salariés intérimaires détachés sans respecter la législation sur le travail temporaire**

- Cass. crim. n° 15-84795 du 28 mars 2017 LEON GROSSE

**- utilisateur français mettant à disposition des salariés intérimaires détachés par une ETT roumaine**

- Cass. crim. n° 16-87712 du 23 janvier 2018 SNC DISTILLERIE

**- fausse entreprise de travail temporaire**

- Cass. crim. n° 14-85828 du 1<sup>er</sup> décembre 2015 ASM
- Cass. crim. n° 15-87214 du 7 juin 2017 YVROUD EUROPEENNE DES FLUIDES
- Cass. crim. n° 16-87230 du 12 décembre 2017

**- entreprise de placement de salariés: arboriculture**

- Cass. crim. n° 07-811043 du 3 mars 2009 EARL CIDRES

**- entreprise de placement de salariés : ostréiculture**

- Cass. crim. n° 15-82050 du 10 mai 2016

**- entreprise de placement de faux travailleurs indépendants : travaux forestiers**

- Cass. crim. n° 15-84813 du 13 décembre 2016 YRIA/SIDROM

**- entreprise de placement de faux travailleurs indépendants: sexage de volailles**

- Cass. crim. n° 076-87-289 du 8 juin 2010 ESAF

**.R. Artiste étranger des spectacles vivants et enregistrés.**

- La présomption de salariat posée par le code du travail s'applique à des artistes, fonctionnaires d'un ensemble d'Etat, qui viennent se produire en France.

- Cass. civ. 2 n° 15-20098 du 16 juin 2016 NUIT D'ARTISTES

- Le producteur d'un spectacle vivant établi dans l'UE qui produit en France des artistes domiciliés dans l'UE doit prouver que la présomption de salariat ne s'applique pas à ces artistes. Sinon, travail dissimulé à l'encontre du producteur.

- Cass. crim. n° 10-80283 du 12 octobre 2010 HARTUNG

- Même décision de la Cour de cassation, rendue par la 2<sup>ème</sup> chambre civile. Les artistes ne peuvent être considérés comme travailleurs indépendants que si le producteur démontre que la présomption de salariat ne s'applique pas.

- Cass. civ. 2 n° 11-14505 du 4 avril 2012 OFFICE DU TOURISME DE PAMIERS

- Même décision de la Cour de cassation, rendue par la chambre sociale. Les artistes ne peuvent être considérés comme travailleurs indépendants que si le producteur démontre que la présomption de salariat ne s'applique pas à ces artistes.

- Cass. soc. n° 13-13742 du 14 mai 2014 ASSOCIATION SAMS

## **.S. Sanctions administratives**

### **.S.1. Amendes**

- Une déclaration de détachement incomplète équivaut à l'absence de déclaration de détachement.

- CAA Douai n° 19DA00130 du 9 juillet 2020 OVEREURONET Ltd

- Annulation amendes administratives pour défaut de déclaration de détachement, pour cause de calcul erroné de ces amendes.

- CAA Nantes n°18NT03367 du 17 juillet 2020 GREENBANK SERVICES Ltd

- Validation amende administrative à l'égard du donneur d'ordre pour défaut de vérification de la désignation d'un représentant en France par l'entreprise britannique à laquelle il recourait.

- TA Lyon n° 1606353 du 6 mars 2018 HALL EXPO

- Validation amende administrative à l'égard du donneur d'ordre pour défaut de vérification de l'attestation de détachement par un salarié détaché d'une entreprise de transport routier néerlandaise à laquelle il recourait.

- TA Montpellier n° 1703703 du 23 octobre 2018 PROVENCALE

- Validation amendes administratives à l'égard du donneur d'ordre pour défaut de vérification des déclarations de détachement et de désignation du représentant en France par une entreprise de travail temporaire roumaine laquelle il recourait.

- TA Orléans n° 1602163 du 9 novembre 2017 NASSE ET LEMARCHAND

- Validation amendes administratives à l'égard du donneur d'ordre pour défaut de vérification des déclarations de détachement et de désignation du représentant en France par deux entreprise de travail temporaire portugaises auxquelles il recourait.

- CAA Douai n° 19 DA00920 du 15 avril 2020 PRECIOZO

### **.S.2 Arrêt temporaire d'activité – suspension temporaire d'activité**

- Validation par le Conseil d'Etat d'une décision préfectorale de suspension temporaire d'activité sur un chantier pour fausse prestation de services par fraude à l'établissement.

- CE n° 398782 du 21 avril 2016 GOIZUETAKO

- Validation par le Conseil d'Etat d'une décision préfectorale de suspension temporaire d'activité sur un chantier pour fausse prestation de services par fausse sous-traitance.

- CE n° 406202 du 22 décembre 2016 SAPE

### **.S.3 Exclusion temporaire des contrats publics**

- Validation par le Conseil d'Etat d'une décision préfectorale d'exclusion temporaire des contrats publics pour fausse prestation de services par fraude à l'établissement

- CE n° 398782 du 21 avril 2016 GOIZUETAKO



## **ANNEXES**





## **Liste des annexes**

**Règlementation applicable à la déclaration de détachement et à l'attestation de détachement p.305**

**Déclaration d'accident du travail p.313**

**Suspension temporaire d'activité en cours et interdiction préventive d'activité p.315**

**Obligations du donneur d'ordre qui recourt à une entreprise étrangère p.319**

**Obligations du maître d'ouvrage qui bénéficie de l'intervention d'une entreprise étrangère p.327**

**Recours à une entreprise de travail temporaire étrangère p.331**

**Solidarité financière et vigilance en relation avec l'intervention d'une entreprise étrangère p.335**

**18 propositions pour améliorer le dispositif de contrôle des entreprises étrangères p.365**



**REGLEMENTATION APPLICABLE A LA DECLARATION DE  
DETACHEMENT ET A L'ATTESTATION DE  
DETACHEMENT DU SALARIE**

## Entreprise étrangère assujettie à la déclaration de détachement ou à l'attestation de détachement

### Déclaration de détachement

<b>.1. Entreprise étrangère assujettie de plein droit</b>	.- Toute entreprise étrangère, sauf si elle est entreprise étrangère relevant du 2 ou du 3
<b>.2. Entreprise étrangère dispensée de la déclaration de détachement</b>	<p>.- Entreprise étrangère qui détache un salarié dans le cadre d'une prestation pour son propre compte, en auto prestation</p> <p>.- Entreprise étrangère qui réalise une prestation ou une opération de courte durée ou qui intervient dans le cadre d'un événement ponctuel, avec un salarié qui exerce une des activités mentionnées dans l'arrêté de la ministre du travail du 4 juin 2019</p> <p>.- Ne s'applique pas à l'entreprise de travail temporaire, ni à l'agence de mannequins</p>
<b>.3. Entreprise étrangère bénéficiant d'un possible aménagement des modalités de la déclaration de détachement</b>	<p>.- Entreprise étrangère qui détache de manière récurrente des salariés et bénéficiant d'une autorisation administrative individuelle</p> <p>.- Ne s'applique pas à l'entreprise de travail temporaire ou à l'agence de mannequins</p> <p>.- Arrêté d'application non publié à ce jour.</p>

### Attestation de détachement

<b>Entreprise étrangère assujettie</b>	.- Toute entreprise de transport roulant terrestre (route et fer) ou de transport navigant (fluvial ou non)
--	---

## Tableaux de la réglementation relative à la déclaration de détachement et à l'attestation de détachement

### Entreprise étrangère assujettie<sup>491</sup>

<b>Entreprise étrangère de droit commun<sup>492</sup></b>				
Préalable à tous types de détachement, sauf ceux visés dans l'arrêté du 4 juin 2019	Télédéclaration via SIPSI géré par le ministère du travail qui délivre un accusé de réception <sup>493</sup>	A justifier et à présenter aux agents de l'inspection du travail. Les autres agents de contrôle L.8271-1-2 du code du travail consultent la base SIPSI	Amende administrative, si défaut de d'établissement de la déclaration et défaut de télédéclaration via SIPSI <sup>494</sup>  Suspension de la réalisation de la prestation de services <sup>495</sup>	Transmet la déclaration ou l'accusé de réception de la déclaration ( ? ) à « l'entreprise d'accueil » pour annexe à son registre unique du personnel (RUP)
<b>Entreprise étrangère de transport roulant ou navigant<sup>496</sup></b>				
Préalable à tous types de détachement	<ul style="list-style-type: none"> <li>.- Pas de déclaration de détachement ; remplacée par attestation de détachement</li> <li>.- Attestation adressée via SIPSI</li> <li>.- Valable jusqu'à 6 mois pour plusieurs détachements</li> <li>.- Un exemplaire remis au salarié</li> <li>.- Un exemplaire tenu à bord du véhicule</li> <li>.- Une copie remise au donneur d'ordre</li> </ul>	A présenter aux agents de contrôle visés à L.8271-1-2 du code du travail et consultation de la base SIPSI	<ul style="list-style-type: none"> <li>.- Amende administrative si défaut d'établissement de l'attestation de détachement et défaut de télédéclaration via SIPSI<sup>497</sup></li> <li>.- Sanctions pénales pour :               <ul style="list-style-type: none"> <li>. attestation non présente dans le moyen de transport,</li> <li>. attestation non conforme, incomplète, erronée, illisible ou effaçable</li> </ul> </li> </ul>	Transmet la copie de l'attestation de détachement et son accusé de réception SIPSI <sup>498</sup> au donneur d'ordre pour annexer ce dernier à son registre unique du personnel (RUP)

<sup>491</sup> Non exemptée de la déclaration de détachement de droit commun.

<sup>492</sup> Articles L.1262-2-1 et sq. du code du travail.

<sup>493</sup> L'accusé de réception n'est prévu par aucun texte normatif, codifié ou non dans le code du travail.

<sup>494</sup> Procédure exclusivement initiée par l'inspection du travail et sanction prononcée de façon discrétionnaire par le Direccte ou le Dieccte.

<sup>495</sup> Un mois maximum, sur rapport de l'inspection du travail.

<sup>496</sup> Articles R.1331-2 et sq. du code des transports.

<sup>497</sup> Procédure exclusivement initiée par l'inspection du travail, mais pas de compétence pour contrôler le code des transports.

<sup>498</sup> L'accusé de réception n'est prévu par aucun texte normatif, codifié ou non dans le code du travail.

## Tableaux de la réglementation relative à la déclaration et à l'attestation de détachement

### Donneur d'ordre professionnel<sup>499</sup> et particulier assimilé à un professionnel (hors usage personnel ou familial)

#### Vérification préalable par le donneur d'ordre du respect de la déclaration de détachement à effectuer par son cocontractant établi à l'étranger

Contracte avec une entreprise étrangère de droit commun				
Lorsqu'il contracte avec une entreprise étrangère prestataire de services qui détache un salarié, sauf exemption de l'arrêté du 4 juin 2019 <sup>500</sup>	.- Vérifie le respect de la déclaration avant le début du détachement du salarié de son cocontractant  .- Joins la déclaration ou l'accusé de réception de la déclaration de détachement délivré par l'application SIPSI à son RUP <sup>501</sup>	Par la remise de la copie de la déclaration de détachement ou de l'accusé de réception délivré par l'application SIPSI	A justifier et à présenter uniquement auprès des agents de l'inspection du travail	.- Amende administrative si défaut de vérification <sup>502</sup>  .- Contravention de 4 <sup>ème</sup> classe si déclaration ou accusé de réception non annexé au RUP

### Déclaration de détachement de substitution

Contracte avec une entreprise étrangère de droit commun				
Lorsqu'il contracte avec une entreprise étrangère prestataire de services qui détache un salarié, sauf exemption de l'arrêté du 4 juin 2019 <sup>503</sup>	A défaut de s'être fait remettre la copie de la déclaration ou l'accusé de réception délivré par l'application SIPSI <sup>504</sup>	Procède à la déclaration dématérialisée via l'application SIPSI dans les 48.h du début du détachement	A justifier et à présenter aux agents de l'inspection du travail. Les autres agents de contrôle L.8271-1-2 du code du travail consultent la base SIPSI	.- Amende administrative si défaut de déclaration de substitution <sup>505</sup> .- Suspension de la réalisation de la prestation de services <sup>506</sup>

<sup>499</sup> Et le maître d'ouvrage lorsqu'il est donneur d'ordre.

<sup>500</sup> Ne s'applique pas l'entreprise étrangère qui effectue une prestation pour compte propre ou qui détache un salarié en mobilité internationale intragroupe.

<sup>501</sup> L'accusé de réception n'est prévu par aucun texte normatif, codifié ou non dans le code du travail.

<sup>502</sup> Procédure exclusivement initiée par l'inspection du travail et sanction prononcée de façon discrétionnaire par le Direccte ou le Dieccte.

<sup>503</sup> Ne s'applique pas l'entreprise étrangère qui effectue une prestation pour compte propre ou qui détache un salarié en mobilité internationale intragroupe.

<sup>504</sup> L'accusé de réception n'est prévu par aucun texte normatif, codifié ou non dans le code du travail.

<sup>505</sup> Procédure exclusivement initiée par l'inspection du travail et sanction prononcée de façon discrétionnaire par le Direccte ou le Dieccte.

<sup>506</sup> Un mois maximum par le Direccte ou le Dieccte, sur rapport de l'inspection du travail.

## Tableaux de la réglementation relative à la déclaration et à l'attestation de détachement

### Donneur d'ordre professionnel<sup>507</sup> et particulier assimilé à un professionnel (hors usage personnel ou familial)

#### Vérification préalable par le donneur d'ordre du respect de l'attestation de détachement à rédiger par son cocontractant établi à l'étranger

Contracte avec une entreprise étrangère de transport roulant ou navigant				
Lorsqu'il contracte avec une entreprise étrangère prestataire de services roulant ou navigant qui détache un salarié <sup>508</sup>	.- Vérifie le respect avant le début du détachement la rédaction et l'envoi via SIPSI de l'attestation de détachement par le transporteur  .- Joint accusé de réception SIPSI à son RUP <sup>509</sup>	Par la remise d'une copie de l'attestation de détachement	A justifier et à présenter uniquement auprès des contrôleurs des transports terrestres de la Dréal	.- Amende administrative code du travail, si défaut de vérification <sup>510</sup>  .- Contravention de 4 <sup>ème</sup> classe si accusé de réception SIPSI non annexé au RUP

#### Attestation de détachement de substitution ou mesures compensatoires

Contracte avec une entreprise étrangère de transport roulant ou navigant			
Lorsqu'il contracte avec une entreprise étrangère prestataire de services qui détache un salarié <sup>511</sup>	A défaut de s'être fait remettre la copie de l'attestation	.- Remplit lui-même l'attestation et l'envoie via SIPSI dans les 48h du début du détachement, si détachement en mobilité intragroupe ou par une ETT ; tenue d'un exemplaire à bord du moyen de transport  .- Est informé <sup>512</sup> par l'agent de contrôle habilité, si détachement dans le cas d'une PSI et si seul donneur d'ordre (DO) ; dans ce cas, le DO est tenu par les obligations mentionnées à L.3245-2 <sup>513</sup> , L.4231-1 et L.8281-1 du code du travail <sup>514</sup>	.- Amende administrative code du travail, si défaillant <sup>515</sup>  .- Sanction spécifique prévue par chacun de ces 3 articles du code du travail

<sup>507</sup> Et le maître d'ouvrage lorsqu'il est donneur d'ordre.

<sup>508</sup> Ne s'applique pas l'entreprise étrangère qui effectue une prestation pour compte propre ou qui détache un salarié en mobilité internationale intragroupe.

<sup>509</sup> L'accusé de réception n'est prévu par aucun texte normatif, codifié ou non dans le code du travail.

<sup>510</sup> Procédure exclusivement initiée par l'inspection du travail, mais pas de compétence pour contrôler le code des transports.

<sup>511</sup> Ne s'applique pas l'entreprise étrangère qui effectue une prestation pour compte propre ou qui détache un salarié en mobilité internationale intragroupe.

<sup>512</sup> Pas de précision sur le contenu de l'information.

<sup>513</sup> Sauf que l'article L.3245-2 ne s'applique pas à l'entreprise étrangère, compte tenu de la rédaction de l'article R.1263-15 du code du travail.

<sup>514</sup> **Voir supra p.174 et suivante.**

<sup>515</sup> Procédure exclusivement initiée par l'inspection du travail, mais pas de compétence pour contrôler le code des transports.



--	--	--	--

## Tableaux de la réglementation relative à la déclaration et à l'attestation de détachement

### Maître d'ouvrage <sup>516</sup>

**Vérification préalable du respect de la déclaration de détachement à effectuer par le(s) sous-traitant(s) établi(s) à l'étranger qu'il a agréé(s)<sup>517</sup> ou par l'(es) entreprise(s) de travail temporaire établie(s) à l'étranger qui met(tent) des salariés intérimaires à la disposition de ces entreprises sous-traitantes agréées**

<p>.- A l'égard de chaque entreprise étrangère sous-traitante qu'il a agréée</p> <p>.- A l'égard de chaque ETT étrangère qui détache un salarié intérimaire auprès de l'un des sous-traitants agréés, établis en France ou non<sup>518</sup></p>	<p>Vérifie avant le détachement, par la remise de l'accusé de réception de la déclaration de détachement délivré par l'application SIPSI, que chacune de ces entreprises agréées et que chaque ETT a procédé à la déclaration de détachement de son salarié<sup>519</sup></p>	<p>Contrôle par l'inspection du travail<sup>520</sup></p>	<p>Amende administrative<sup>521</sup></p>
--	---	---	--

<sup>516</sup> Lorsqu'il n'est pas également donneur d'ordre et en sus de ses obligations de donneur d'ordre.

<sup>517</sup> Par définition, pas de vérification si détachement dans le cadre d'une prestation pour compte propre ou dans le cadre d'une mobilité internationale intragroupe.

<sup>518</sup> Comment le maître d'ouvrage a connaissance de ce détachement ?

<sup>519</sup> L'accusé de réception n'est prévu par aucun texte normatif, codifié ou non dans le code du travail.

<sup>520</sup> Pas de compétence des autres agents de contrôle habilités de l'article L.8271-1-2 du code du travail.

<sup>521</sup> Procédure exclusivement initiée par l'inspection du travail et sanction prononcée de façon discrétionnaire par le Direccte ou par le Dieccte.

**Arrêté du 4 juin 2019 établissant la liste des activités mentionnées à l'article L. 1262-6 du code du travail** NOR: MTRT1914009A

La ministre du travail,

Vu le code du travail, notamment ses articles L.1262-6 et L.1262-7 ;

Vu la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel,

Arrête :

**Article 1**

En application de l'article L.1262-6 du code du travail, les activités dispensées des obligations prévues aux I et II de l'article L.1262-2-1 et bénéficiant des aménagements à l'obligation prévue à l'article L.1263-7 pour les prestations et opérations de courte durée ou dans le cadre d'évènements ponctuels sont ainsi énumérées :

1° Les artistes, dans les domaines du spectacle vivant, de la production et diffusion cinématographique et audiovisuelle et de l'édition phonographique dans la mesure où les interventions des salariés ou la présence sur le territoire national justifiées par l'exécution des prestations ne dépasse pas quatre-vingt-dix jours sur douze mois consécutifs. Cette exemption exclut les activités de montage ou de démontage d'équipements ou d'installations provisoires, de restauration, de transport, de surveillance et de sécurité des sites dédiés aux manifestations mentionnées au présent alinéa.

2° Les sportifs, les arbitres, membre de l'équipe d'encadrement des sportifs, délégués officiels rattachés à la pratique ou l'organisation dans le cadre de manifestations sportives, dans la mesure où les interventions ou la présence sur le territoire national justifiées par l'exécution des prestations ne dépasse pas quatre-vingt-dix jours sur douze mois consécutifs. Cette exemption exclut les activités de montage ou de démontage d'équipements ou d'installations provisoires, de restauration, de transport, de surveillance et de sécurité des sites dédiés aux manifestations sportives.

3° Les apprentis en mobilité temporaire dans une entreprise ou un établissement situé en France au sens des articles L.6222-42 à L.6222-44 dans le cadre de leur formation théorique ou pratique, en exécution d'une convention tripartite ou, à défaut d'une telle convention, lorsque la présence de l'apprenti n'est pas liée à la réalisation d'une prestation sur le territoire national à laquelle il participe. Cette exemption est applicable dans la mesure où la présence sur le territoire national justifiée par la mobilité ne dépasse pas douze mois consécutifs.

4° Les colloques, séminaires et manifestations scientifiques ainsi que les activités d'enseignement dispensées, à titre occasionnel, par des professeurs et chercheurs invités, dans la mesure où les interventions ou la présence sur le territoire national justifiées par l'exécution des prestations ne dépasse pas douze mois consécutifs.

**Article 2**

La ministre du travail est chargée de l'exécution du présent arrêté, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

Fait le 4 juin 2019.

Muriel Pénicaut

## **DECLARATION D'ACCIDENT DU TRAVAIL**

## Tableau du régime juridique de la déclaration d'accident du travail

<b>Salarié en emploi direct (pour information)</b>	<b>Salarié détaché avec certificat de détachement (non assujetti à la législation française)</b>	<b>Salarié détaché sans certificat de détachement (assujetti à la législation française)</b>
<b>Personne déclarante</b>		
l'employeur et/ou le salarié victime ou ses ayants droit	soit : .- le donneur d'ordre de son employeur, y compris l'entreprise utilisatrice d'un salarié intérimaire <sup>522</sup> , si salarié détaché dans le cadre d'une PSI .- l'entreprise d'accueil (?) si salarié détaché en mobilité intragroupe <sup>523</sup> .- l'employeur si salarié détaché pour réaliser une prestation pour compte propre	soit : .- le donneur d'ordre de son employeur, y compris l'entreprise utilisatrice d'un salarié intérimaire <sup>524</sup> , si salarié détaché dans le cadre d'une PSI .- l'entreprise d'accueil ( ?) si salarié détaché en mobilité intragroupe <sup>525</sup> .- l'employeur si salarié détaché pour réaliser une auto prestation pour compte propre

<b>Destinataire de la déclaration</b>		
l'organisme de protection sociale (CPAM, MSA, ENIM, CGSS etc) auquel est rattaché le salarié en raison de son domicile	.- l'inspection du travail du lieu de survenance de l'accident du travail  .- si salarié intérimaire victime, l'entreprise utilisatrice informe l'ETT étrangère	.- la CARSAT ou la caisse de MSA du lieu de survenance de l'accident du travail .- l'inspection du travail du lieu de survenance de l'accident

<b>Modalités de la déclaration</b>		
.- par l'employeur, en lettre recommandée avec accusé de réception, dans les quarante huit heures, hors dimanche et jour férié, par CERFA 14463*02  .- à défaut, par le salarié ou ses ayants droit, dans les deux ans	.- par tout moyen permettant de donner date certaine à la déclaration et dans les deux jours ouvrables suivant la survenance de l'accident. Pas d'utilisation du CERFA 14463*02 .- à défaut, par le salarié ou ses ayants droit, dans les deux ans	.- par lettre recommandée et dans les deux jours ouvrables suivant la survenance de l'accident Utilisation du CERFA 1 4463*02 ?  .- à défaut, par le salarié ou ses ayants droit, dans les deux ans

<b>Sanction</b>		
contravention de 5 <sup>ème</sup> classe 1 500 euros	amende administrative 4 000 euros	amende administrative de 4 000 euros et/ou contravention de 5 <sup>ème</sup> classe?

<sup>522</sup> Aucun texte ne précise les conditions, ni le délai d'information de la survenance de l'accident du travail de la personne déclarante lorsqu'elle n'est pas l'employeur du salarié détaché victime.

<sup>523</sup> Idem ; et à condition de considérer l'entreprise d'accueil comme un donneur d'ordre bénéficiant d'une PSI.

<sup>524</sup> Idem.

<sup>525</sup> Idem ; et à condition de considérer l'entreprise d'accueil comme un donneur d'ordre bénéficiant d'une PSI.

**SUSPENSION TEMPORAIRE D'ACTIVITE EN COURS ET  
INTERDICTION PREVENTIVE D'ACTIVITE**

**.I. Tableau des conditions de la suspension temporaire d'activité en cours<sup>526</sup>****Articles L.1263-3, L.1263-4 et R.1263-11-1 et suivants du code du travail**

<b>Motifs de la suspension d'activité</b>
<p>.1) Absence de déclaration de détachement dans les 48h du début du détachement</p> <p>.2) Manquement grave aux dispositions suivantes de la législation du travail :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>. repos quotidien</li> <li>. repos hebdomadaire</li> <li>. durée maximale quotidienne du travail</li> <li>. durée maximale hebdomadaire du travail</li> </ul> <p>.3) Non paiement total ou partiel du salaire minimal légal ou conventionnel</p> <p>.4) Défaut de présentation à l'inspection du travail de documents traduits en français</p> <p>.5) Conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine</p> <p>.6) Non paiement d'une amende administrative notifiée pour non respect d'une décision administrative prise pour manquement aux dispositions visées de 1) à 5)</p> <p>.7) Non paiement d'une amende administrative pour le non respect de la législation sur le décompte de la durée du travail, le non respect des obligations relatives aux installations sanitaires, à la restauration et à l'hébergement</p> <p>.8) Non paiement d'une amende pour non respect d'une décision de suspension d'activité pour manquement aux dispositions visées de 1) à 5)</p> <p>.9) Non paiement d'une amende administrative pour non respect d'une interdiction de prester en France pour non paiement d'une amende administrative</p>

<b>Procédure</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>.- Injonction de l'inspection du travail au représentant en France de l'entreprise étrangère de régulariser sous 3 jours (ramenés à 1 jour pour circonstances exceptionnelles)</li> <li>.- Rapport de l'agent de l'inspection du travail au Direccte ou au Dieccte si pas régularisation</li> <li>.- Procédure contradictoire par le Direccte ou le Dieccte auprès du représentant en France: observations de l'entreprise étrangère sous 3 jours (ramenés à 1 jour pour circonstances exceptionnelles)</li> <li>.- Décision du Direccte ou du Dieccte notifiée au représentant en France, au préfet et au donneur d'ordre cocontractant, ainsi qu'au maître d'ouvrage et au « responsable du chantier » pour les chantiers BTP (avec affichage de la décision sur le chantier)</li> </ul>

<b>Durée de la suspension</b>
<p>Jusqu'à la régularisation du manquement constaté, et dans la limite d'1 mois<sup>527</sup></p> <p><b>Nota</b> on ne peut pas régulariser des dépassements de la durée du travail, ni le non respect d'un repos</p>

<b>Sanction du non respect de la décision de suspension</b>
Amende administrative maximale de 10 000 euros par salarié

<sup>526</sup> La suspension d'activité n'est possible qu'à l'égard d'une prestation de services ; elle ne peut pas être mise en œuvre à l'égard d'une auto prestation pour le propre compte de l'entreprise étrangère ou à l'occasion d'un détachement au titre de la mobilité internationale intragroupe.

<sup>527</sup> L'entreprise étrangère peut poursuivre son activité après le délai imparti ou après un mois, sans avoir régularisé.

## .II. Tableau des conditions d'interdiction préventive d'activité avant le début de l'intervention<sup>528</sup>

### Articles L.1263-4-2 et suivants et R.1263-11 3-1 et suivants du code du travail

Motif	Procédure	Durée	Sanction
<p>Non paiement d'une amende administrative due par une entreprise étrangère à l'occasion d'une précédente intervention sur le territoire français, pour l'une des raisons suivantes :</p> <p>.1) Absence de déclaration de détachement dans les 48h du début du détachement</p> <p>.2) Absence de désignation d'un représentant en France</p> <p>.3) Absence de déclaration d'un accident du travail</p> <p>.4) Absence de remise à l'inspection du travail de documents traduits en français</p> <p>.5) Manquement grave aux dispositions suivantes de la législation du travail :</p> <p>. repos quotidien</p> <p>. repos hebdomadaire</p> <p>. durée maximale quotidienne du travail</p> <p>. durée maximale hebdomadaire du travail</p> <p>.6) Non paiement total ou partiel du salaire minimal légal ou conventionnel</p> <p>.7) Défaut de présentation à l'inspection du travail de documents traduits en français</p> <p>.8) Conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine</p> <p>.9) Absence de décompte de la durée du travail</p> <p>.10) Non respect des obligations relatives aux installations sanitaires, à l'hébergement et à la restauration</p> <p>.11) Non paiement de l'amende administrative notifiée pour non respect d'une décision administrative prise pour manquement aux dispositions visées de 1) à 10)</p>	<p>. A réception déclaration de détachement, l'agent de l'inspection du travail vérifie<sup>529</sup> si l'entreprise est redevable d'une amende administrative</p> <p>. Dans l'affirmative, il adresse un rapport au Direccte ou au Dieccte</p> <p>. Le Direccte ou le Dieccte demande à l'entreprise, avant le début de son intervention de :</p> <p>.- payer sans délai l'amende,</p> <p>.- de lui faire part sous 3 jours (ramenés à 1 jour pour circonstances exceptionnelles) de ses observations</p> <p>. Si l'amende non payée avant le début de la prestation de services, et à l'expiration du délai de 3 jours, interdiction de prester, notifiée avant début d'intervention, pour une durée maximale 2 mois.</p> <p>. Notification préfet et donneur d'ordre. Et maître d'ouvrage et « responsable du</p>	<p>. 2 mois maximum</p> <p>. Interdiction renouvelable, dans la limite des 2 mois</p> <p>. Interdiction de commencer la prestation avant paiement de l'amende</p> <p>. Interdiction levée dès paiement de l'amende</p>	<p>. 10 000 euros par salarié détaché si l'entreprise étrangère ne respecte pas l'interdiction de prester</p> <p>. Mais l'entreprise étrangère peut prester, sans avoir payé l'amende, au-delà du délai d'interdiction fixé par le Direccte ou le Dieccte ou au-delà du délai de 2 mois expiré</p>

<sup>528</sup> La suspension d'activité n'est possible qu'à l'égard d'une prestation de services ; elle ne peut pas être mise en œuvre à l'égard d'une auto prestation pour le propre compte de l'entreprise étrangère ou à l'occasion d'un détachement au titre de la mobilité internationale intragroupe.

<sup>529</sup> Comment, auprès de qui ?

	chantier » si BTP et avec affichage		
--	--	--	--



## **OBLIGATIONS DU DONNEUR D'ORDRE<sup>530</sup> QUI RECOURT A UNE ENTREPRISE ETRANGERE**

---

<sup>530</sup> S'appliquent au maître d'ouvrage, lorsqu'il est donneur d'ordre.

## **.1. Obligations spontanées ou d'initiative du donneur d'ordre<sup>531</sup>**

### **.1.1. Vérification de la déclaration de détachement du salarié à effectuer par l'entreprise étrangère cocontractante article L.1262-4-1 du code du travail<sup>532</sup>**

.- vérifie, avant le détachement, l'accomplissement de la déclaration auprès de l'inspection du travail, via l'application SIPSI, mais uniquement si le détachement s'effectue dans le cadre d'une prestation de services internationale<sup>533</sup> et à condition que l'entreprise étrangère n'en soit pas dispensée par l'arrêté ministériel du 4 juin 2019 ou à condition qu'elle n'ait pas bénéficié d'une autorisation administrative individuelle aménageant les modalités de la déclaration de détachement, en application de l'article L.1263-8 du code du travail ; la vérification s'effectue, soit par la remise d'une copie de la déclaration de détachement (article L.1262-4-1 I du code du travail), soit par la remise de l'accusé de réception délivré par l'application SIPSI (article R.1263-13 du code du travail)<sup>534</sup>.

### **.1.2. Déclaration de détachement de substitution article L.1262-4-1 du code du travail**

.- à défaut de vérification et de déclaration initiale, procède, dans les 48 h. du détachement du salarié à une déclaration de substitution auprès de l'inspection du travail<sup>535</sup> via l'application SIPSI.

### **1.3. Vérification de l'attestation de détachement<sup>536</sup> du salarié à établir par l'entreprise étrangère de transport roulant ou navigant cocontractante article R.1331-6 du code des transports<sup>537</sup>**

.- vérifie, avant le détachement, le respect de la rédaction et de la transmission de l'attestation de détachement via l'application SIPSI par le transporteur ; la vérification s'effectue par la remise d'une copie de l'attestation de détachement.

.- à défaut de vérification et de d'attestation initiale, établi lui-même l'attestation de détachement, l'adresse dans les 48h du début du détachement, via l'application SIPSI, en remet un exemplaire au salarié et la tient dans le moyen de transport, si le détachement s'effectue dans le cadre d'une mobilité internationale intragroupe ou s'il s'agit du détachement d'un salarié intérimaire par une entreprise de travail temporaire,

<sup>531</sup> S'appliquent au maître d'ouvrage, lorsqu'il est donneur d'ordre.

<sup>532</sup> Sauf particulier donneur d'ordre pour son usage personnel ou familial.

<sup>533</sup> L'article L.1262-4-1 du code du travail ne vise pas la prestation pour compte propre, ni la mobilité internationale intragroupe.

<sup>534</sup> L'accusé de réception n'est prévu par aucun texte normatif, codifié ou non dans le code du travail.

<sup>535</sup> L'article L.1262-4-1 du code du travail mentionne l'inspection du travail ; l'article R.1263-13 mentionne l'unité départementale.

<sup>536</sup> Se substitue à la déclaration de détachement.

<sup>537</sup> Sauf particulier donneur d'ordre pour son usage personnel ou familial.

.- à défaut de vérification et de l'attestation initiale, et si le détachement est effectué dans le cadre d'une prestation de services internationale (opération de cabotage, par exemple), l'agent de contrôle informe (de quoi et à quel moment?), le donneur d'ordre s'il est la seule partie au contrat mentionné à l'article L.132-8 du code de commerce établie en France. En ce cas, le donneur d'ordre est tenu aux obligations mises à la charge du donneur d'ordre en application des articles L.3245-2, R.3245-1 à R.3245-4<sup>538</sup>, L.4231-1, R.4231-1 à R.4231-4<sup>539</sup> et L.8281-1 et R.8281-1 à R.8281-4<sup>540</sup> du code du travail.

#### **.1.4. Document à joindre au registre unique du personnel (RUP) de l'entreprise d'accueil cas général articles L.1221-15-1 et D.1221-24-1 du code du travail**

Cette obligation pose des problèmes de compréhension et d'application, compte tenu de la rédaction du code du travail :

.- selon l'article L.1221-5-1 du code du travail, la déclaration de détachement est jointe au RUP,

.- selon l'article D.1221-24-1 du code du travail, l'accusé de réception de la déclaration de détachement, délivré par l'application SIPSI et remis par l'entreprise étrangère, est jointe au RUP<sup>541</sup>,

.- le registre unique du personnel de l'entreprise n'existe pas ; le RUP est tenu pour chacun des établissements de l'entreprise.

.- l'entreprise d'accueil du salarié détaché ne vise, par nature, que celle qui accueille un salarié intérimaire détaché et un salarié en mobilité internationale intragroupe détaché, à l'exclusion de celle qui recourt à une entreprise étrangère pour réaliser une prestation de services internationale. Dans ce cas, le donneur d'ordre n'accueille pas le salarié détaché de l'entreprise étrangère.

.- l'article D.1221-24-1 du code du travail ajoute à la loi en indiquant que l'accusé de réception est également tenu par l'entreprise d'accueil sur les chantiers ou tous autres lieux de travail distinct de l'établissement de l'entreprise d'accueil.

#### **.1.5. Document à joindre au registre unique du personnel (RUP) de l'entreprise d'accueil transports roulants ou navigants article R.1331-2 II du code des transports**

Cette obligation pose des problèmes de compréhension et d'application, compte tenu de la rédaction du code du travail et de son articulation avec le code des transports :

---

<sup>538</sup> Vérification du respect du salaire minimum légal ou conventionnel. Sauf que ces dispositions ne s'appliquent pas à l'entreprise étrangère, compte tenu de la rédaction de l'article R.1263-15 du code du travail.

<sup>539</sup> Vérification de l'hébergement.

<sup>540</sup> Vérification du noyau dur du code du travail.

<sup>541</sup> L'accusé de réception n'est prévu par aucun texte normatif, codifié ou non dans le code du travail.

.- joint au registre unique du personnel de l'entreprise d'accueil l'accusé de réception de l'attestation de détachement délivré par l'application SIPSI et remis par l'entreprise étrangère<sup>542</sup>.

**.1.6. Vérification de la désignation à effectuer par l'entreprise étrangère cocontractante de son représentant en France article L.1262-4-1 du code du travail<sup>543</sup>**

.- vérifie, avant le détachement, l'accomplissement de la désignation du représentant de l'entreprise étrangère en France, mais uniquement si le détachement s'effectue dans le cadre d'une prestation de services internationale<sup>544</sup> et à condition que l'entreprise étrangère n'en soit pas dispensée par l'arrêté ministériel du 4 juin 2019 ou qu'elle n'ait pas bénéficié d'une autorisation administrative individuelle aménageant la désignation de son représentant en France, en application de l'article L.1263-8 du code du travail.

La vérification s'effectue par la remise de l'accusé de réception de la déclaration de détachement délivré par l'application SIPSI, puisque cette désignation est incluse dans la déclaration de détachement (article R.1263-13 du code du travail)<sup>545</sup>.

.- dans le secteur du transport roulant ou navigant, vérification par la remise d'une copie de l'attestation de détachement qui inclut la désignation du représentant en France.

**.1.7. Vérification du paiement de l'amende administrative éventuellement due par l'entreprise étrangère cocontractante article L.1262-4-1 III du code du travail**

.- vérifie, au moment de la conclusion du contrat commercial, que l'entreprise étrangère qui vient effectuer une prestation de services pour son compte, a payé l'amende administrative dont elle redevable, le cas échéant, au titre des articles L.1263-6, L.1264-1, L.1264-2 et L.8115-1 du code du travail ( pas de vérification si l'entreprise étrangère intervient pour son propre compte ou détache un salarié dans le cadre d'une mobilité intragroupe).

Cette vérification s'effectue par la remise d'une attestation sur l'honneur signée par le représentant légal de l'entreprise étrangère.

**.1.8. Vérifications solidarité financière et travail dissimulé articles L.8222-1 et suivants du code du travail**

.- si contrat commercial égal ou supérieur à 5 000 euros HT, remise, initiale et périodique, par l'entreprise étrangère des documents prévus par le code du travail; à défaut, application de la solidarité financière au donneur d'ordre (*voir annexes infra p.337 et suivantes*).

---

<sup>542</sup> L'accusé de réception n'est prévu par aucun texte normatif, codifié ou non dans le code du travail.

<sup>543</sup> Idem.

<sup>544</sup> L'article L.1262-4-1 du code du travail ne vise pas la prestation pour compte propre, ni la mobilité internationale intragroupe.

<sup>545</sup> L'accusé de réception n'est prévu par aucun texte normatif, codifié ou non dans le code du travail.

**.1.9. Vérifications solidarité financière et emploi d'un salarié étranger sans titre de travail articles 8254-1 et suivants du code du travail**

.- si contrat commercial égal ou supérieur à 5 000 euros HT, remise, initiale et périodique, par l'entreprise étrangère de la liste nominative prévue par le code du travail; à défaut application de la solidarité financière au donneur d'ordre (*voir annexes infra p.341 et suivantes*).

**.1.10. Obligation spécifique de présenter le certificat de détachement article L.114-15-1 du code de la sécurité sociale**

.- à la demande des agents de contrôle habilités, est tenu de présenter, lorsqu'il est obligatoire, le certificat de détachement détenu par le travailleur indépendant prestataire établi à l'étranger ou par le salarié de l'entreprise étrangère à laquelle il recourt.

**1.11. Déclaration d'accident du travail du salarié détaché à effectuer article L.1262-4-4 du code du travail**

.- lorsque le salarié détaché n'est pas affilié à la sécurité sociale française (possède un certificat de détachement), déclare à l'inspection du travail du lieu de l'accident la survenance de l'accident du travail d'un salarié détaché dans le cadre d'une PSI ou d'une mobilité internationale intragroupe ou d'un salarié détaché intérimaire<sup>546</sup>; il en informe l'ETT étrangère.

.- lorsque le salarié détaché est affilié à la sécurité sociale française (pas de certificat de détachement), déclare à l'inspection du travail et à la sécurité sociale française (CPAM, MSA, ENIM, CGSS) du lieu de l'accident la survenance de l'accident du travail d'un salarié détaché dans le cadre d'une PSI ou d'une mobilité internationale intragroupe ou d'un salarié détaché intérimaire<sup>547</sup>.

**.1.12. Demande d'agrément de l'entreprise étrangère en qualité de sous-traitant article 3 de la loi du 31 décembre 1975 modifiée**

.- demande au maître d'ouvrage l'agrément de son ou ses sous-traitant(s).

---

<sup>546</sup> La déclaration d'accident du travail d'un salarié détaché dans le cadre d'une auto prestation pour compte propre est effectuée par son employeur.

<sup>547</sup> La déclaration d'accident du travail d'un salarié détaché dans le cadre d'une auto prestation pour compte propre est effectuée par son employeur.

**.1.13. Recours à une entreprise de travail temporaire établie à l'étranger article L.1251 49 du code du travail**

.- vérifie que l'entreprise de travail temporaire dispose d'une garantie financière offrant des droits d'effet équivalent pour le salarié détaché et pour les organismes de protection sociale.

**.1.14. Recours à une entreprise de travail temporaire établie à l'étranger article L.1262-2-1 IV et V du code du travail**

.- si le donneur d'ordre est une entreprise étrangère non établie en France qui recourt à une entreprise de travail temporaire non établie en France, il informe préalablement au détachement du salarié intérimaire l'entreprise de travail temporaire des règles sociales applicables à ce salarié détaché, qui sont mentionnées dans l'arrêté ministériel du 28 juillet 2020.

.- si le donneur d'ordre est une entreprise établie en France qui recourt à une entreprise de travail temporaire non établie en France, il informe préalablement au détachement du salarié intérimaire l'entreprise de travail temporaire des règles applicables à ce salarié détaché en matière de rémunération.

**.1.15. Déclaration d'hébergement collectif de salariés détachés Loi du 27 juin 1973 modifiée**

.- si le donneur d'ordre assure l'hébergement collectif de salariés détachés, déclaration de l'hébergement à la préfecture et à l'inspection du travail, dans les trente jours de son ouverture.

## **.2. Diligences du donneur d'ordre<sup>548</sup> à la suite d'un signalement d'un agent de contrôle**

### **.2.1. Constatation d'une situation de travail dissimulé (si donneur d'ordre public) et solidarité financière article L.8222-6 du code du travail**

- est tenu par le paiement des rémunérations, des cotisations et contributions sociales, des taxes et des impôts dus par son cocontractant qui pratique du travail dissimulé, si, à la suite d'un signalement d'un agent de contrôle habilité visé à l'article L.8271-1-2 du code du travail, il n'a pas enjoint à son cocontractant de faire cesser la situation, s'il n'a pas informé l'agent de contrôle des suites données par son cocontractant ou si la preuve de la régularisation de la situation n'a pas été apportée dans les six mois lorsque le contrat commercial s'est poursuivi (*voir annexes infra p.348*).

### **.2.2. Constatation d'une situation d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail et solidarité financière article L.8254-2-1 du code du travail**

- est tenu par le paiement des sommes dues par son cocontractant au titre de la solidarité financière s'il n'a pas enjoint à ce cocontractant de régulariser la situation, à la suite d'un signalement d'un agent de contrôle visé à l'article L.8171-1-2 du code du travail<sup>549</sup> (*voir annexes infra p.349 et suivantes*).

### **.2.3. Non vérification de la présence de l'attestation de détachement pour l'entreprise de transport terrestre**

- à défaut de vérification de la présence de l'attestation de détachement à bord du moyen de transport, est informé par un agent de contrôle habilité si le détachement s'effectue dans le cadre d'une prestation de services internationale ; le donneur d'ordre est tenu alors par les obligations mentionnées aux articles L.3245-2, L.4231-1 et L.8281-1 du code du travail (*voir annexes infra p.305 et suivantes*).

### **.2.4. Non-respect du SMIC ou du salaire conventionnel ou salaire impayé article L.1262-4-3 du code du travail**

- est tenu par les rappels de rémunération, et le paiement des cotisations et contributions sociales afférentes, due au salarié détaché qui ne perçoit pas le SMIC ou le salaire minimal

<sup>548</sup> S'appliquent au maître d'ouvrage, lorsqu'il est donneur d'ordre.

<sup>549</sup> L'article L.8254-2-1 aurait dû viser l'article L.8271-17 du code du travail.

conventionnel ou qui ne perçoit pas la totalité de son salaire, dès lors que l'entreprise étrangère, cocontractante ou non, n'a pas régularisé ce paiement dans un délai de 7 jours à compter du signalement d'un agent de l'inspection du travail et que le contrat de prestation de services n'a pas été dénoncé (***voir annexes infra p.353 et suivantes***).

**.2.5. Non-respect du noyau dur du code du travail article L.8281-1 du code du travail**

.- est passible de la contravention de 5<sup>ème</sup> classe lorsqu'il n'a pas enjoint à l'entreprise étrangère, cocontractante ou non, de faire cesser ce manquement dans un délai de 24 h, après un signalement d'un agent de contrôle habilité visé à l'article L.8271-1-2 du code du travail ou lorsqu'il n'a pas informé cet agent de l'absence de réponse de l'entreprise étrangère (***voir annexes infra p.358 et suivantes***).

**.2.6. Hébergement collectif indigne de salariés détachés article L.4231-1 du code du travail**

.- prend en charge l'hébergement collectif indigne de salariés détachés, dès lors que l'hébergeur de ces salariés, quel qu'il soit, n'a pas fait cesser cet hébergement indigne sous 24 h., à la suite du signalement d'un agent de contrôle habilité visé à l'article L.8271-1-2 du code du travail (***voir annexes infra p.361 et suivantes***).



**OBLIGATIONS DU MAITRE D'OUVRAGE<sup>550</sup> QUI  
BENEFICIE DE L'INTERVENTION D'UNE ENTREPRISE  
ETRANGERE**

---

<sup>550</sup> Hors sa qualité de donneur d'ordre.

## **.1. Obligations spontanées ou d'initiative du maître d'ouvrage**

### **.1.1. Vérification du respect de la déclaration de détachement du salarié à effectuer par toute entreprise étrangère sous-traitante articles L.1262-4-1 II et R.1263-12-1 du code du travail (voir tableau infra p.310)**

.- vérifie avant le début du détachement que chaque entreprise étrangère qu'il a agréée en qualité de sous-traitant a procédé à la déclaration de détachement de son ou de ses salariés en se faisant remettre l'accusé de réception de chacune des déclarations de détachement des salariés du ou des sous-traitant(s) agréé(s)<sup>551</sup>.

### **.1.2. Vérification du respect de la déclaration de détachement du salarié intérimaire par toute entreprise de travail temporaire étrangère articles L.1262-4 II et R.1263-12-1 du code du travail (voir tableau infra p.310)**

.- vérifie avant le début du détachement que chaque entreprise de travail temporaire étrangère qui met à disposition un ou des salarié(s) intérimaire(s) auprès de l'une des entreprises sous-traitantes, établie ou non en France, qu'il a agréées, a procédé à la déclaration de détachement de cet ou de ces intérimaire(s), en se faisant remettre l'accusé de réception de chacune des déclarations de détachement des salariés intérimaires<sup>552</sup>.

### **.1.3. Affichage de la réglementation sociale applicable au salarié détaché article L.1262-4-5 du code du travail**

.- sur les chantiers du bâtiment ou de génie civil visés à l'article L.4532-10 du code du travail<sup>553</sup>, porte à la connaissance du salarié détaché par voie d'affichage les informations sur la réglementation relative à la législation du travail qui lui est applicable, dans une des langues officielles parlées dans l'Etat d'appartenance du salarié.

### **.1.4. Déclaration d'hébergement collectif de salariés détachés loi du 27 juin 1973 modifiée**

.- si le maître d'ouvrage assure l'hébergement collectif de salariés détachés, déclaration de l'hébergement à la préfecture et à l'inspection du travail, dans les trente jours de son ouverture.

---

<sup>551</sup> L'accusé de réception n'est prévu par aucun texte normatif, codifié ou non dans le code du travail.

<sup>552</sup> L'accusé de réception n'est prévu par aucun texte normatif, codifié ou non dans le code du travail.

<sup>553</sup> Chantiers de plus de 10 000 hommes-jours et nombre d'entreprises intervenantes supérieur à 10 si bâtiment et supérieur à 5 si génie civil.

## **.2. Diligences du maître d'ouvrage à la suite d'un signalement d'un agent de contrôle**

### **.2.1. Constatation d'une situation de travail dissimulé et solidarité financière article L.8222-5 du code du travail**

.- est tenu par le paiement des rémunérations, des cotisations et contributions sociales, des taxes et des impôts dus par toute entreprise qui pratique du travail dissimulé, si, à la suite d'un signalement d'un agent de contrôle habilité visé à l'article L.8271-1-2 du code du travail, il n'a pas fait cesser immédiatement la situation (*voir annexes infra p.346 et suivantes*).

### **.2.2. Non-respect du SMIC ou du salaire conventionnel ou salaire impayé article L.1262-4-3 du code du travail**

.- est tenu par les rappels de rémunération, et le paiement des cotisations et contributions sociales afférentes, due au salarié détaché qui ne perçoit pas le SMIC ou le salaire minimal conventionnel ou qui ne perçoit pas la totalité de son salaire, dès lors que l'entreprise étrangère, cocontractante ou non, n'a pas régularisé ce paiement dans un délai de 7 jours à compter du signalement d'un agent de l'inspection du travail et que le contrat de prestation de services n'a pas été dénoncé (*voir annexes infra p.354 et suivantes*).

### **.2.3. Non-respect du noyau dur du code du travail article L.8281-1 du code du travail**

.- est passible de la contravention de 5<sup>ème</sup> classe lorsqu'il n'a pas enjoint à l'entreprise étrangère, cocontractante ou non, de faire cesser ce manquement dans un délai de 24 h, après un signalement d'un agent de contrôle habilité visé à l'article L.8271-1-2 du code du travail ou lorsqu'il n'a pas informé cet agent de l'absence de réponse de l'entreprise étrangère (*voir annexes infra p.358 et suivantes*).

### **.2.4. Hébergement collectif indigne de salariés détachés article L.4231-1 du code du travail**

.- prend en charge l'hébergement collectif indigne de salariés détachés, dès lors que l'hébergeur, quel qu'il soit, de ces salariés n'a pas fait cesser cet hébergement indigne sous 24 h., à la suite du signalement d'un agent de contrôle habilité visé à l'article L.8271-1-2 du code du travail (*voir annexes infra p.361 et suivantes*).



**RECOURS A UNE ENTREPRISE DE TRAVAIL  
TEMPORAIRE ETRANGERE**

## **Obligations particulières de l'entreprise utilisatrice (donneur d'ordre) qui recourt à une entreprise de travail temporaire (ETT) établie à l'étranger**

### **.1. La vérification de l'existence d'une garantie financière conforme article L.1251-49 du code du travail**

- L'ETT est tenue de justifier d'une garantie financière.
- La garantie financière est délivrée par un garant habilité établi, soit dans un autre Etat de l'UE, de l'EEE ou en Suisse, qui est ou non l'Etat de domiciliation de l'ETT, soit en France.
- Le montant de la garantie financière, lorsqu'elle est délivrée par un garant non établi en France, peut être inférieur au montant de celle exigée en France pour une ETT française.
- La garantie financière délivrée par un garant non établi en France doit expressément et explicitement couvrir les créances sociales nées sur le territoire français et offrir des droits équivalents pour les salariés détachés et pour les organismes de protection sociale français à ceux offerts par un garant établi en France ; elle doit être conforme aux articles L.1251-45 et L.1251-49 du code du travail.
- L'entreprise utilisatrice vérifie d'une part que l'ETT dispose d'une garantie financière et d'autre part que la garantie financière couvre les créances nées e sur le territoire français et offre des droits équivalents.
- A défaut de garantie financière ou de garantie financière non conforme, marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre à l'encontre de l'ETT et de l'entreprise utilisatrice

### **.2. La vérification de la déclaration de détachement du salarié intérimaire par le maître d'ouvrage article L.1262-4-1 II du code du travail**

Le maître d'ouvrage vérifie avant le début du détachement que chaque entreprise de travail temporaire étrangère qui met à disposition un ou des salarié(s) intérimaire(s) auprès de l'une des entreprises sous-traitantes, établie ou non en France, qu'il a agréées, a procédé à la déclaration de détachement de cet ou de ces intérimaire(s), en se faisant remettre une copie de cette déclaration ou de ces déclarations de détachement<sup>554</sup>.

---

<sup>554</sup> Le code du travail ne dit comment le maître d'ouvrage a connaissance de la présence de salariés intérimaires détachés.

### **.3. L'information sociale de l'entreprise de travail temporaire article L.1262-2-1 IV et V du code du travail**

- Si l'entreprise utilisatrice est une entreprise étrangère non établie en France, elle informe préalablement au détachement du salarié intérimaire l'entreprise de travail temporaire des règles sociales applicables à ce salarié détaché, qui sont mentionnées dans l'arrêté ministériel du 28 juillet 2020.

- Si l'entreprise utilisatrice est une entreprise établie en France, elle informe préalablement au détachement du salarié intérimaire l'entreprise de travail temporaire des règles applicables à ce salarié détaché en matière de rémunération.

### **.4. L'accomplissement de la déclaration d'accident du travail article L.1262-4-4 du code du travail**

- L'entreprise utilisatrice procède à la déclaration de l'accident du travail survenu au salarié intérimaire détaché.

- La déclaration est adressée dans les deux jours ouvrables suivant l'accident du travail à l'inspection du travail du lieu où il s'est produit.

- Elle informe l'ETT de la survenance de l'accident du travail lorsque le salarié détaché est couvert par un certificat de détachement.

- Elle informe la caisse française d'affiliation du salarié détaché (CPAM, MSA, CGSS, ENIM...) de la survenance de l'accident du travail lorsque ce salarié n'est pas couvert par un certificat de détachement.





**ANNEXES SOLIDARITE FINANCIERE ET VIGILANCE EN  
RELATION AVEC UNE ENTREPRISE ETRANGERE**

## **ANNEXES RELATIVES A LA SOLIDARITE FINANCIERE ET A LA VIGILANCE**

### **1. Annexes relatives au travail illégal p.337**

#### **11. Annexes relatives à la solidarité financière directe p.338**

##### **111. Annexes relatives au travail dissimulé p.339**

##### **112. Annexes relatives à l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail p.341**

#### **12. Annexes relatives à la solidarité financière sur signalement d'un agent de contrôle habilité p.345**

##### **121. Annexes relatives au travail dissimulé p.346**

##### **122. Annexe relative à l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail p.349**

### **2. Annexes relatives au dumping social p.352**

#### **21. Annexes relatives au salaire minimal légal ou conventionnel non respecté ou impayé p.353**

#### **22. Annexes relatives au noyau dur de la législation du travail p.358**

#### **23. Annexes relatives à l'hébergement collectif indigne des salariés p.361**

## **1. Annexes solidarité financière relatives au travail illégal**

### **11. Annexes relatives à la solidarité financière directe**

#### **111. Annexes relatives au travail dissimulé du fait d'une entreprise étrangère**

**ANNEXE 111-1. Recours au travail dissimulé du fait d'une entreprise étrangère****Périmètre et bénéficiaires de la solidarité financière directe****Article L.8222-2 du code du travail**

<b>Sommes couvertes</b>	<b>Créanciers bénéficiaires</b>
Impôts, taxes, pénalités et majorations dus au Trésor public	DGFIP services fiscaux  Douanes pour les contributions indirectes (billetterie, taxe sur les alcools, TIPP...)
Cotisations, pénalités et majorations dues aux organismes de protection sociale	Régime de base : Urssaf, MSA, CGSS, RSI, ENIM...  Caisse de retraite complémentaire  Pôle Emploi
Remboursement des aides publiques	Organisme ayant versé l'aide publique
Rémunérations et indemnités	Salarié détaché dissimulé, y compris sous un faux statut de bénévole, de stagiaire ou de travailleur indépendant  Le salarié étranger détaché dissimulé et employé sans titre de travail peut opter pour la solidarité financière de l'article L.8254-2 du code du travail (voir infra annexe 112-1)  Une organisation syndicale peut se substituer au salarié détaché et saisir d'initiative le conseil de prud'hommes, si le salarié, informé, ne s'y est pas opposé

**Nota** La caisse de congé payé n'est pas bénéficiaire de la solidarité financière car elle n'est pas un organisme de protection sociale et elle n'est pas visée *es qualité* par le code du travail

**ANNEXE 111-2. Recours au travail dissimulé du fait d'une entreprise étrangère Solidarité financière directe (sous réserve verbalisation auteur du travail dissimulé)**

**Solidarité financière et vigilance à l'égard de l'entreprise cocontractante non établie en France** (articles D.8222-7 et D.8222-8 du code du travail)

**Donneur d'ordre professionnel et particulier assimilé à un professionnel (hors usage personnel ou familial)**

.- Vérifications préventives à effectuer par ce donneur d'ordre pour tout contrat d'un montant égal ou supérieur à 5 000 euros HT

.- Vérifications préventives à effectuer avant le début d'exécution du contrat, puis tous les 6 mois

Documents (en français ou traduits en français) à se faire remettre par l'entreprise étrangère cocontractante	Commentaire	Donneur d'ordre professionnel et particulier assimilé (hors usage personnel ou familial)
<p><b>Dans tous les cas :</b></p> <p><b>1)-</b>document mentionnant le numéro individuel d'identification fiscal ou document mentionnant l'identité et l'adresse ou, le cas échéant, les coordonnées de son représentant fiscal en France</p> <p><b>2)-soit</b> document attestant de la régularité de la situation sociale du cocontractant (Règlement CE n° 883/2004 du 29 avril 2004 ou convention internationale de sécurité sociale) - et, lorsque la législation de l'Etat de domiciliation le prévoit, attestation émanant de l'institution de sécurité sociale de cet Etat mentionnant être à jour de ses déclarations et du paiement des cotisations</p> <p><b>-soit</b> (si pas détaché sécurité sociale), attestation de fourniture de déclarations sociales et de paiement des cotisations et contributions sociales prévue l'article L.243-15 du CSS émanant de l'organisme français de protection sociale.</p>	<p>le numéro individuel est attribué par les services fiscaux français</p> <p>le certificat de détachement est délivré par l'institution de sécurité sociale de l'Etat d'origine</p> <p>guichet unique : CFNE Strasbourg, Urssaf Alpes Maritimes, Urssaf du Gard ou MSA Alsace</p>	<p>Remise obligatoire de ces 2 documents au donneur d'ordre</p> <p>Les documents mentionnés en <b>2)</b> ne datent pas nécessairement de moins de 6 mois</p> <p>Le donneur d'ordre vérifie l'authenticité de l'attestation de fourniture et de paiement auprès de l'organisme français qui l'a délivrée</p>
<p><b>3)-si obligation d'immatriculation à un registre professionnel dans le 'Etat de domiciliation:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● soit document émanant des autorités tenant le registre professionnel ou document équivalent certifiant l'inscription</li> <li>● soit devis, document publicitaire ou professionnel*</li> <li>● soit document émanant de l'autorité habilitée à recevoir l'inscription au registre professionnel et attestant de la demande d'immatriculation</li> </ul>	<p>en cours de validité</p> <p>comportant des mentions obligatoires*</p> <p>datant de moins de 6 mois</p>	<p>Ce 3<sup>ème</sup> document remis au donneur d'ordre s'ajoute le cas échéant au 2 précédents, si immatriculation du cocontractant obligatoire dans son Etat de domiciliation</p> <p>Uniquement pour l'entreprise étrangère en cours de création</p>

\***Mentions obligatoires** : nom ou dénomination sociale, adresse complète, nature de l'inscription au registre professionnel

**Nota** La remise de ces documents s'ajoute à celle du document remis au donneur d'ordre au titre de la vigilance relative à la lutte contre l'emploi de salarié étranger sans titre de travail (voir infra annexes 112-1. et 112-2.)

**ANNEXE 111-3 Recours au travail dissimulé du fait d'une entreprise étrangère Solidarité financière directe (sous réserve verbalisation auteur du travail dissimulé)**

**Solidarité financière et vigilance à l'égard de l'entreprise cocontractante non établie en France**  
(articles D.8222-6, D.8222-7 et D.8222-8 du code du travail)

**Particulier donneur d'ordre pour son usage personnel ou familial**

.- Vérifications préventives à effectuer par ce particulier donneur d'ordre pour tout contrat d'un montant égal ou supérieur à 5 000 euros HT

.- Vérifications préventives à effectuer avant le début d'exécution du contrat, puis tous les 6 mois

Document (en français ou traduits en français) à se faire remettre par l'entreprise étrangère cocontractante	Commentaire	Particulier donneur d'ordre pour son usage personnel ou familial
<p><b>1) Soit</b> document mentionnant le numéro individuel d'identification fiscal ou document mentionnant l'identité et l'adresse ou, le cas échéant, les coordonnées de son représentant fiscal en France</p> <p><b>2) -Soit</b> document attestant de la régularité de la situation sociale du cocontractant (Règlement CE n° 883/2004 du 29 avril 2004 ou convention internationale de sécurité sociale) - et, lorsque la législation de l'Etat de domiciliation le prévoit, attestation émanant de l'institution de sécurité sociale de cet Etat mentionnant être à jour de ses déclarations et du paiement des cotisations</p> <p><b>-Soit</b> (si pas détaché sécurité sociale), attestation de fourniture de déclarations sociales et de paiement des cotisations et contributions sociales prévue l'article L.243-15 du CSS émanant de l'organisme français de protection sociale.</p> <p><b>3) Si obligation d'immatriculation à un registre professionnel dans l'Etat de domiciliation:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● <b>soit</b> document émanant des autorités tenant le registre professionnel ou document équivalent certifiant l'inscription</li> <li>● <b>soit</b> devis, document publicitaire ou professionnel</li> <li>● <b>soit</b> document émanant de l'autorité habilitée à recevoir l'inscription au registre professionnel et attestant de la demande d'immatriculation</li> </ul>	<p>le numéro individuel est attribué par les services fiscaux français</p> <p>le certificat de détachement est délivré par l'institution de sécurité sociale de l'Etat d'origine</p> <p>guichet unique : CNFE Strasbourg, Urssaf Alpes Maritimes, Urssaf du Gard ou MSA Alsace</p> <p>en cours de validité</p> <p>comportant des mentions obligatoires*</p> <p>datant de moins de 6 mois</p>	<p>Le particulier donneur d'ordre se fait remettre l'un de ces 3 documents</p> <p>Les documents mentionnés en <b>2)</b> ne datent pas nécessairement de moins de 6 mois</p> <p>Le particulier donneur d'ordre vérifie l'authenticité de l'attestation de fourniture et de paiement auprès de l'organisme français qui l'a délivrée</p> <p>Uniquement pour l'entreprise étrangère en cours de création</p>

\***Mentions obligatoires** : nom ou dénomination sociale, adresse complète, nature de l'inscription au registre professionnel

**Nota** La remise de ce document s'ajoute à celle du document remis au particulier donneur d'ordre au titre de la vigilance relative à la lutte contre l'emploi de salarié étranger sans titre de travail (voir infra annexes 112-1. et 112-3.)

## **1. Annexes relatives au travail illégal**

### **11. Annexes relatives à la solidarité financière directe**

### **112. Annexes relatives à l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail par une entreprise étrangère**

## ANNEXE 112-1. Recours à une entreprise étrangère qui emploie un salarié étranger sans titre de travail

### Périmètre et bénéficiaires de la solidarité financière

#### Article L.8254-2 du code du travail

Sommes couvertes	Créanciers bénéficiaires
<p>Salaires et accessoires du salaire</p> <p>Au titre du salaire, minimum de 3 mois de salaire, sauf preuve contraire d'une durée d'emploi différente</p>	<p>Salarié étranger détaché employé sans titre de travail, y compris sous un faux statut de bénévole, de stagiaire ou de travailleur indépendant</p> <p>Le salarié étranger détaché employé sans titre de travail et dissimulé peut opter pour la solidarité financière de l'article L.8222-2 du code du travail (<i>voir supra annexe 111-1</i>)</p> <p>Une organisation syndicale peut se substituer au salarié étranger détaché et saisir d'initiative le conseil de prud'hommes, si le salarié, informé, ne s'y est pas opposé</p>
<p>Indemnités versées au titre de la rupture de la relation de travail : indemnité compensatrice de congés payés, indemnité de préavis, indemnité forfaitaire équivalente à 3 mois de salaire, indemnité de licenciement, indemnité de rupture anticipée du CDD, indemnité de précarité d'emploi</p>	<p>Idem</p>
<p>Contribution spéciale</p>	<p>OFII</p>
<p>Contribution forfaitaire de réacheminement</p>	<p>OFII solidarité théorique car le décret d'application n'a pas été pris</p>



## **ANNEXE 112-2. Recours à une entreprise étrangère qui emploie un salarié étranger sans titre de travail Solidarité financière directe**

**Solidarité financière et vigilance à l'égard de l'entreprise étrangère cocontractante** (articles D.8254-2, D.8254-3 et D.8254-5 du code du travail)

**Donneur d'ordre professionnel et particulier assimilé à un professionnel (hors usage personnel ou familial)**

- Vérifications préventives à effectuer par ce donneur d'ordre pour tout contrat d'un montant **égal ou supérieur à 5 000 euros HT**

.- Vérifications préventives à effectuer avant le début d'exécution du contrat, puis tous les 6 mois

<b>Document à se faire remettre par l'entreprise étrangère cocontractante</b>	<b>Commentaire</b>	<b>Donneur d'ordre professionnel et particulier assimilé (hors usage personnel ou familial)</b>
<p><b>1) soit</b>, la liste nominative des salariés étrangers affectés à la réalisation du contrat commercial, comportant pour chaque salarié les mentions suivantes :            .-la date d'embauche,            .-la nationalité            .-le type et le numéro d'ordre du titre valant autorisation de travail</p> <p><b>2). soit</b>, si le cocontractant est une entreprise de travail temporaire, le contrat de mise à disposition du salarié intérimaires, lorsque le contrat contient ces informations nominatives</p>	<p>à défaut, remise de la liste nominative visée en 1)</p>	<p>La remise du document s'effectue avant le début d'exécution du contrat ; elle est renouvelée tous les six mois, jusqu'au terme du contrat</p>

**Nota** La remise de ce document s'ajoute à celle des documents remis au donneur d'ordre professionnel au titre de la vigilance relative à la lutte contre le travail dissimulé (voir supra annexes 111-2. et 111-4.)

### **ANNEXE 112-3. Recours à une entreprise étrangère qui emploie un salarié étranger sans titre de travail Solidarité financière directe**

**Solidarité financière et vigilance à l'égard de l'entreprise étrangère cocontractante** (articles D.8254-2, D.8254-3, D.8254-4 et D.8254-5 du code du travail)

#### **Particulier donneur d'ordre, pour son usage personnel ou familial**

- Vérifications préventives à effectuer par ce particulier donneur d'ordre pour tout contrat d'un montant **égal ou supérieur à 5 000 euros HT**

.- Vérifications préventives à effectuer avant le début d'exécution du contrat

<b>Document à se faire remettre par l'entreprise étrangère cocontractante</b>	<b>Commentaire</b>	<b>Particulier donneur d'ordre pour son usage personnel ou familial</b>
<p><b>1) soit</b>, la liste nominative des salariés étrangers affectés à la réalisation du contrat commercial, comportant pour chaque salarié les mentions suivantes :            .-la date d'embauche,            .-la nationalité            .-le type et le numéro d'ordre du titre valant autorisation de travail</p> <p><b>2). soit</b>, si le cocontractant est une entreprise de travail temporaire, le contrat de mise à disposition du salarié intérimaires, lorsque le contrat contient ces informations nominatives</p>	<p>à défaut, remise de la liste nominative visée en <b>1)</b></p>	<p>La remise du document s'effectue une seule fois, avant le début d'exécution du contrat ; elle n'est pas renouvelée tous les six mois</p>

**Nota** La remise de ce document s'ajoute à celle du document remis au particulier donneur d'ordre au titre de la vigilance relative à la lutte contre le travail dissimulé (voir supra annexes 111-3. et 111-5.)

**1. Annexes relatives au travail illégal**

**12. Annexes relatives à la solidarité financière sur signalement d'un agent de contrôle habilité**

**121. Annexes relatives au travail dissimulé du fait d'une entreprise étrangère**

**ANNEXE 121-1. Recours indirect au travail dissimulé du fait d'une entreprise étrangère Maître d'ouvrage (MO)**

**Périmètre et bénéficiaires de la solidarité financière sur signalement d'un agent de contrôle habilité**

**Article L.8222-5 du code du travail**

<b>Sommes couvertes</b>	<b>Créanciers bénéficiaires</b>
Impôts, taxes, pénalités et majorations dus au Trésor public	DGFIP services fiscaux  Douanes pour les contributions indirectes (billetterie, taxe sur les alcools, TIPP...)
Cotisations, pénalités et majorations dues aux organismes de protection sociale	Régime de base : Urssaf, MSA, CGSS, RSI, ENIM...  Caisse de retraite complémentaire  Pôle Emploi
Remboursement des aides publiques	Organisme ayant versé l'aide publique
Rémunérations et indemnités	Salarié détaché dissimulé, y compris sous un faux statut de bénévole, de stagiaire ou de travailleur indépendant  Le salarié étranger détaché dissimulé et employé sans titre de travail peut également bénéficier de la solidarité financière de l'article L.8254-2 du code du travail ( <i>voir infra annexe 122-1</i> )  Une organisation syndicale peut se substituer au salarié détaché et saisir d'initiative le conseil de prud'hommes, si le salarié, informé, ne s'y est pas opposé

**Nota** La caisse de congé payé n'est pas bénéficiaire de la solidarité financière car elle n'est pas un organisme de protection sociale et elle n'est pas visée *es qualité* par le code du travail

## ANNEXE 121-2. Recours indirect au travail dissimulé du fait d'une entreprise étrangère Maître d'ouvrage (MO)

### Article L.8222-5 du code du travail

Cette procédure s'applique au maître d'ouvrage (MO), privé ou public, professionnel ou particulier assimilé à un professionnel (hors usage personnel ou familial)

Quel que soit le montant du contrat

Actes de procédure	Commentaire
1) Un agent de contrôle habilité constate du travail dissimulé du fait d'un sous-traitant établi à l'étranger qui n'est pas cocontractant du MO	Quelle que soit la forme du travail dissimulé pratiqué par l'entreprise étrangère sous-traitante  Les constats et les actes de procédures peuvent être également accomplis par un IRP ou une OP ou une OS
2) Il informe par écrit le MO que ce sous-traitant pratique du travail dissimulé	Pas de délai fixé par la loi entre la date du constat et la date de l'écrit
3) Le MO enjoint aussitôt à son entreprise cocontractante de faire cesser sans délai le travail dissimulé	Injonction par lettre recommandée avec accusé de réception
4) Second constat de l'agent de contrôle pour vérifier si le MO a obtenu la cessation du travail dissimulé du fait de l'entreprise étrangère sous-traitante	L'agent de contrôle apprécie librement la date du second constat
5) A défaut, le MO relève de plein droit de la solidarité financière	Obligation de résultat de faire cesser le travail dissimulé
6) Si non cessation du travail dissimulé, transmission par l'agent de contrôle de ses actes et de ses constats aux organismes de recouvrement et au(x) salarié(s) victime(s)	

Cette procédure se combine avec celle de l'article L.8222.1 et celle de l'article L.8222-6 du code du travail (voir annexes 111-2., 111-4. et 121-3.)

**Nota** Lorsque l'agent de contrôle constate à l'étape 4) que le travail dissimulé n'a pas cessé, il peut relever contre le MO l'infraction de recours, par personne interposée, au travail dissimulé

### ANNEXE 121-3. Recours direct au travail dissimulé du fait d'une entreprise étrangère Donneur d'ordre public (DOP)

#### Article L.8222-6 du code du travail

Cette procédure ne s'applique qu'au donneur d'ordre public (personne morale de droit public)

Quel que soit le montant du contrat

Actes de procédure	Commentaire
1) Un agent de contrôle habilité constate du travail dissimulé du fait d'une entreprise étrangère cocontractante d'un DOP	Quelle que soit la forme du travail dissimulé pratiqué par l'entreprise étrangère
2) Il informe par écrit le DOP que son entreprise cocontractante pratique du travail dissimulé	Pas de délai fixé par la loi entre la date du constat et la date de l'écrit
3) Le DOP enjoint aussitôt à son entreprise cocontractante de faire cesser sans délai le travail dissimulé	Injonction par lettre recommandée avec accusé de réception
4) L'entreprise cocontractante apporte au DOP, dans un délai de 2 mois, la preuve qu'elle a mis fin au travail dissimulé	A défaut, le contrat peut être rompu par le DOP, sans indemnité, aux frais et risque de l'entreprise cocontractante
5) Le DOP informe l'agent de contrôle des suites données par son cocontractant à son injonction	Pas de délai prévu par le code du travail
6) A défaut d'avoir enjoint ( <b>étape 3</b> ) son cocontractant, le DOP relève de plein droit de la solidarité financière	
7) A défaut d'avoir informé l'agent de contrôle ( <b>étape 5</b> ) des suites données par son cocontractant, le DOP relève de plein droit de la solidarité financière	Juridiquement impossible, car le code du travail ne fixe pas de délai au DOP pour informer l'agent de contrôle
8) En cas de poursuite du contrat, et à défaut d'avoir apporté la preuve à l'agent de contrôle dans les 6 mois qui suivent l'injonction, de la fin du travail dissimulé, le DOP relève de plein droit de la solidarité financière	

Cette procédure se combine avec celle de l'article L.8222-1 et de l'article L.8222-5 du code du travail (voir supra annexes 111-2., 111-4. et 121-2.)

**Nota** Lorsque l'agent de contrôle constate, à tout moment de la procédure, que le travail dissimulé n'a pas cessé, il peut relever contre le DOP l'infraction de recours au travail dissimulé, dès lors que le DOP a reçu son courrier à l'**étape 2)**

**1. Annexes relatives au travail illégal**

**12. Annexes relatives à la solidarité financière sur signalement d'un agent de contrôle habilité**

**122. Annexe relative à l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail par une entreprise étrangère**

**ANNEXE 122.1. Recours à une entreprise étrangère qui emploie un salarié étranger sans titre de travail**

**Périmètre et bénéficiaires de la solidarité financière sur signalement d'un agent de contrôle habilité**

**Article L.8254-2 du code du travail**

Sommes couvertes	Créanciers bénéficiaires
<p>Salaires et accessoires du salaire</p> <p>Au titre du salaire, minimum de 3 mois de salaire, sauf preuve contraire d'une durée d'emploi différente</p>	<p>Salarié étranger détaché employé sans titre de travail, y compris sous un faux statut de bénévole, de stagiaire ou de travailleur indépendant</p> <p>Le salarié étranger détaché employé sans titre de travail et dissimulé peut également bénéficier de la solidarité financière de l'article L.8222-2 du code du travail (<i>voir supra annexe 121-1</i>)</p> <p>Une organisation syndicale peut se substituer au salarié détaché et saisir d'initiative le conseil de prud'hommes, si le salarié, informé, ne s'y est pas opposé</p>
<p>Indemnités versées au titre de la rupture de la relation de travail : indemnité compensatrice de congés payés, indemnité de préavis, indemnité forfaitaire équivalente à 3 mois de salaire, indemnité de licenciement, indemnité de rupture anticipée du CDD, indemnité de précarité d'emploi</p>	<p>Idem</p>
<p>Contribution spéciale</p>	<p>OFII</p>
<p>Contribution forfaitaire pour réacheminement</p>	<p>OFII solidarité financière théorique car le décret d'application n'a pas été pris</p>



## ANNEXE 122.2. Recours à une entreprise étrangère qui emploie un salarié étranger sans titre de travail Donneur d'ordre (DO) et cocontractant du DO

### Article L.8254-2-1 du code du travail

Cette procédure s'applique à tout donneur d'ordre (DO), privé ou public, professionnel ou particulier (sans réserve), ainsi qu'à tout cocontractant du DO

Quel que soit le montant du contrat.

Actes de procédure	Commentaire
1) Un agent de contrôle habilité constate l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail dans la chaîne de sous-traitance du DO	Employeur établi en France ou à l'étranger  Les constats et les actes de procédures peuvent être également accomplis par un IRP ou une OP ou une OS  Le DO peut être le MO
2) Il informe par écrit le DO que son cocontractant ou un sous-traitant quelconque emploie ce salarié étranger sans titre de travail	Pas de délai fixé par la loi entre la date du constat et la date de l'écrit
3) Le DO enjoint aussitôt à son entreprise cocontractante de faire cesser cet emploi illégal	Pas de précision sur le formalisme de l'Injonction écrite.  Par précaution, lettre recommandée avec accusé de réception ?
4) L'entreprise cocontractante, si elle n'est pas l'employeur du salarié étranger, enjoint à l'employeur sous-traitant du salarié étranger de faire cesser cet emploi illégal.	
5) Second constat de l'agent de contrôle pour vérifier si le DO et son cocontractant ont obtenu la cessation de l'emploi illégal du salarié étranger	L'agent de contrôle apprécie librement la date du second constat
6) A défaut, le DO et son cocontractant relèvent de plein droit de la solidarité financière	Obligation <b>de résultat</b> de faire cesser l'emploi du salarié étranger détaché, employé sans titre de travail
7) Si non cessation de l'emploi du salarié étranger sans titre de travail, transmission par l'agent de contrôle de ses actes et de ses constats à l'OFII et au(x) salarié(s) victime(s)	

Cette procédure se combine avec toutes les procédures relatives à la solidarité financière pour travail dissimulé (voir supra annexes travail dissimulé)

**Nota** Lorsque l'agent de contrôle constate à l'étape 5) que l'emploi du salarié étranger sans titre de travail n'a pas cessé, il peut relever contre le DO et le cocontractant l'infraction de recours, par personne interposée, à un employeur d'un salarié étranger sans titre de travail

## **2. Annexes relatives au dumping social**

**21. Annexes relatives au salaire minimal légal ou conventionnel non respecté ou impayé p.351**

**22. Annexes relatives au noyau dur de la législation du travail p.356**

**23. Annexes relatives à l'hébergement collectif indigne des salariés p.359**

## **2. Annexes solidarité financière et vigilance relatives au dumping social**

### **21. Annexes relatives au salaire minimal légal ou conventionnel non respecté ou impayé**

**211. Annexes L.1262-4-3 du code du travail *entreprise étrangère (loi Macron)* p.352**

**212. Annexes L.8281-1 du code du travail *toute entreprise (loi Savary)* p.354**

**ANNEXE 211-1. Recours à une entreprise étrangère Salaire minimal non respecté ou salaire impayé  
Maître d'ouvrage (MO) et donneur d'ordre (DO)**

**Périmètre et bénéficiaires de la solidarité financière**

**Articles L.1262-4-3, R.1263-15 et suivants du code du travail (loi Macron)**

Sommes couvertes	Créanciers bénéficiaires
<p>Salaire inférieur au SMIC ou au minimum conventionnel (étendu ou non)</p> <p>Salaire minimal non payé</p>	<p>Salarié détaché, dissimulé ou non</p> <p>Une organisation syndicale peut se substituer au salarié détaché et saisir d'initiative le conseil de prud'hommes, si le salarié, informé, ne s'y est pas opposé</p>
<p>Rappel de salaires (uniquement sur la base de ces deux montants ?) :</p> <p>.- heures normales non payées</p> <p>.- heures supplémentaires non payées</p>	<p>Salarié détaché, dissimulé ou non</p> <p>Une organisation syndicale peut se substituer au salarié détaché et saisir d'initiative le conseil de prud'hommes, si le salarié, informé, ne s'y est pas opposé</p>
<p>Indemnités</p> <p>Indemnités visées par l'alinéa 2 de l'article L.1262-4-3, mais non visées par l'alinéa 1<sup>er</sup> de cet article (problème de cohérence rédactionnelle ?)</p>	<p>Salarié détaché, dissimulé ou non</p> <p>Quelles indemnités?</p> <p>Une organisation syndicale peut se substituer au salarié détaché et saisir d'initiative le conseil de prud'hommes, si le salarié, informé, ne s'y est pas opposé</p>
<p>Charges dues (aux organismes de protection sociale):</p> <p>.- cotisations et contributions sociales : oui</p> <p>.- pénalités ?</p> <p>.- majorations ?</p>	<p>Régime de base : Urssaf, MSA, CGSS, ENIM...</p> <p>Caisse de retraite complémentaire</p> <p>Pôle Emploi</p>

## ANNEXE 211-2 Recours à une entreprise étrangère Salaire minimal non respecté ou salaire impayé Maître d'ouvrage (MO) et donneur d'ordre (DO)

### Articles L.1262-4-3, R.1263-15 et suivants du code du travail (loi Macron)

Cette procédure ne s'applique qu'à l'entreprise étrangère qui détache un ou plusieurs salariés en France

Elle vise tout maître d'ouvrage (MO) et tout donneur d'ordre (DO), y compris le particulier assimilé à un professionnel (hors usage personnel ou familial)

Quel que soit le montant du contrat

Actes de procédure	Commentaire
<b>1)</b> Un agent de contrôle habilité (L.8271-1-2 du code du travail) constate le non paiement partiel ou total du SMIC ou du minimum conventionnel dû à un salarié détaché par l'entreprise étrangère cocontractante du MO ou du DO, ou par une autre entreprise étrangère de la chaîne de sous-traitance	Uniquement employeur établi à l'étranger  Inclu a priori le non paiement des heures supplémentaire  Nécessite de voir préalablement le bulletin de paie
<b>2)</b> Il informe par écrit le MO ou le DO que cette entreprise étrangère, cocontractante ou non, ne respecte pas ce paiement légal ou conventionnel	Pas de délai fixé par la loi entre la date du constat et la date de l'écrit  L'agent de contrôle peut écrire à la fois au MO et au DO
<b>3)</b> Le MO ou le DO enjoint aussitôt : .- à l'entreprise étrangère défaillante, cocontractante ou non, .- au donneur d'ordre de cette entreprise étrangère de faire cesser cette situation	Par précaution, lettre recommandée avec accusé de réception  <b>Faire cesser la situation ne signifie pas régulariser le passé et effectuer des rappels de salaire</b>
<b>4)</b> L'entreprise étrangère dispose d'un délai de 7 jours pour régulariser la situation	Régularisation pour l'avenir ( <b>et rappel de salaire pour le passé ?</b> ) Expression ambiguë.
<b>5)</b> L'entreprise étrangère, ou le DO de celui-ci, informe dans ce délai le MO de la régularisation	
<b>6)</b> Le MO ou le DO transmet aussitôt cette information à l'agent de contrôle, ou au plus tard à l'expiration du délai de 7 jours	
<b>7)</b> Si l'entreprise étrangère ne régularise pas dans le délai, le MO ou le DO doit dénoncer le contrat de prestation de services	Pas de délai pour dénoncer le contrat de prestation de services  Quel contrat de prestation de services est à dénoncer si le MO et le DO n'ont pas cocontracté avec l'entreprise étrangère défaillante ?
<b>8)</b> A défaut de régularisation et de dénonciation du contrat de prestation de services, le MO ou le DO relève de plein droit de la solidarité financière.	<b>Obligation de résultat</b>  Mais pour payer quels rappels de salaires et d'indemnités et les cotisations dues sur ces rappels de salaire. Et sur quelle période ?  A contrario, sont exclus les salariés détachés hors contrat de prestation de services : mobilité intragroupe et pour compte propre  Comment le salarié détaché peut bénéficier de cette solidarité financière puisqu'il n'est destinataire d'aucune information ou document de la part de l'agent de contrôle ?

Cette procédure et cette solidarité peuvent se combiner avec les 2 procédures décrites aux annexes 211-4. et 211-6. Infra

**ANNEXE 212-1. Recours à toute entreprise Salaire minimal non respecté ou salaire impayé Maître d'ouvrage (MO) et donneur d'ordre (DO)**

**Périmètre et bénéficiaires de la vigilance du maître d'ouvrage ou du donneur d'ordre**

**Article L.8281-1 8°, R.8281-1 et suivants du code du travail (loi Savary)**

<b>Sommes couvertes</b>	<b>Créanciers bénéficiaires</b>
<p>Salaire inférieur au SMIC ou au minimum conventionnel (étendu ou non)</p> <p>Salaire minimal non payé</p>	<p>Aucun salarié, car simple obligation de vigilance, sans solidarité financière</p> <p>Obligation de moyen sans conséquence civile</p> <p>Contravention de 5<sup>ème</sup> classe si MO ou DO défaillant</p>
<p>Rappel de salaires (uniquement sur la base de ces deux montants minima?) :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>.- heures normales non payées</li> <li>.- heures supplémentaires non payées</li> </ul>	<p>Aucun salarié, car simple obligation de vigilance, sans solidarité financière</p> <p>Obligation de moyen sans conséquence civile</p> <p>Contravention de 5<sup>ème</sup> classe si MO ou DO défaillant</p>
<p>Indemnités</p> <p>Indemnités visées par l'alinéa 2 de l'article L.1262-4-3, mais non visées par l'alinéa 1<sup>er</sup> de cet article (problème de cohérence rédactionnelle)</p>	<p>Aucun salarié, car simple obligation de vigilance, sans solidarité financière</p> <p>Obligation de moyen sans conséquence civile</p> <p>Contravention de 5<sup>ème</sup> classe si MO ou DO défaillant</p>
<p>Remise du bulletin de paie</p>	<p>Aucun salarié, car simple obligation vigilance, sans solidarité financière</p> <p>Obligation de moyen sans conséquence civile</p> <p>Contravention de 5<sup>ème</sup> classe si MO ou DO défaillant</p>
<p>Charges dues (aux organismes de protection sociale ?):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>.- cotisations et contributions sociales ?</li> <li>.- pénalités ?</li> <li>.- majorations ?</li> </ul>	<p>Aucun organisme de protection sociale bénéficiaire, car non visé par l'article L.8281-1 du code du travail</p>

## ANNEXE 212-2. Recours à toute entreprise Salaire minimal ou salaire impayé Maître d'ouvrage (MO) et donneur d'ordre (DO)

### Articles L.8281-1 8°, R.8281-1 et suivants du code du travail (loi Savary)

Cette procédure s'applique à l'entreprise, établie en France ou à l'étranger

Elle vise tout maître d'ouvrage (MO) et tout donneur d'ordre (DO), y compris le particulier assimilé à un professionnel (hors usage personnel ou familial)

Quel que soit le montant du contrat

Actes de procédure	Commentaire
<p><b>1)</b> Un agent de contrôle habilité (L.8271-1-2 du code du travail) constate <b>une infraction</b> relative :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>.- au salaire minimum</li> <li>.- au paiement du salaire, y compris les majorations pour les heures supplémentaires,</li> </ul> <p>Commise par une entreprise quelconque intervenant dans une chaîne de sous-traitance</p>	<p>Toute entreprise, établie en France ou non</p> <p>Nécessite de voir préalablement le bulletin de paie</p> <p>Nécessite de constater l'infraction par procès-verbal ?</p>
<p><b>2)</b> Il informe par écrit le MO ou le DO que cette entreprise, cocontractante ou non, commet cette infraction</p>	<p>Pas de délai fixé par la loi entre la date du constat et la date de l'écrit</p> <p>L'agent de contrôle peut écrire à la fois au MO et au DO</p>
<p><b>3)</b> Le MO ou le DO enjoint dans les 24h de son information à l'entreprise défaillante, cocontractante ou non, de faire cesser le non-respect de la loi</p>	<p>Par précaution, lettre recommandée avec accusé de réception</p> <p><b>Faire cesser le non-respect de la loi ne signifie pas régulariser le passé et effectuer des rappels de salaire</b></p>
<p><b>4)</b> L'entreprise défaillante informe dans un délai de 15 jours le MO ou le DO des mesures prises pour régulariser ou faire cesser la situation</p>	<p><b>Faire cesser la situation ne signifie pas effectuer des rappels de salaire</b> <b>Idem pour régulariser</b></p> <p>Simple information ; pas de transmission de documents justificatifs. Donc pas de transmission de bulletin de salaire</p>
<p><b>5)</b> Le MO ou le DO transmet aussitôt une copie de cette information à l'agent de contrôle</p>	
<p><b>6)</b> A défaut de réponse de l'entreprise défaillante dans le délai de 15 jours, le MO ou le DO en informe également l'agent de contrôle dans un délai de 2 jours suivant l'expiration du délai de 15 jours</p>	
<p><b>7)</b> Si le MO ou le DO ne respecte pas <b>les étapes 3, 5 et 6</b>, il est passible d'une contravention de 5<sup>ème</sup> classe</p>	<p>Simple obligation <b>de moyen</b> qui n'a aucune incidence sur les droits du salarié victime qui n'est pas informé de cette procédure</p> <p>Il ne s'agit pas d'un mécanisme de solidarité financière, mais de « vigilance » du MO ou du DO</p>

Cette procédure peut se combiner avec les 2 procédures et solidarité décrites aux annexes 211-2. et 211-4. supra.

## **2. Annexes relatives au dumping social**

### **22. Annexes relatives au noyau dur de la législation du travail**



**ANNEXE 22-1. Recours à toute entreprise Noyau dur de la législation du travail Maître d'ouvrage (MO) et donneur d'ordre (DO)**

**Périmètre et bénéficiaires de la vigilance du maître d'ouvrage ou du donneur d'ordre**

**Articles L.8281-1, R.8281-1 et suivants du code du travail (loi Savary)**

<b>Noyau dur couvert</b>	<b>Bénéficiaires/conséquences</b>
.1) les libertés individuelles et collectives,	Aucun salarié, car simple obligation de vigilance, sans conséquence civile ou autre pour le salarié  Obligation <b>de moyen</b>  Contravention de 5 <sup>ème</sup> classe si MO ou DO défaillant
.2) les discriminations et l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes,	Idem 1)  Mise en cause pénale éventuelle pour complicité ?
.3) la maternité et les congés pour événements familiaux,	Idem 1)
.4) le travail temporaire,	Idem 1)  Mise en cause éventuelle pour marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre ?
.5) l'exercice du droit de grève,	Idem 1)
.6) l'hygiène, la santé et la sécurité,	Idem 1)  Mise en cause pénale au titre de la complicité, notamment si accident du travail ?
.7) les congés payés et les jours fériés,	Idem 1)
.8) la durée du travail et les repos,	Idem 1)
.9) la surveillance médicale,	Idem 1°
.10) le travail des enfants et des jeunes travailleurs,	Idem 1)
.11) le salaire minimum, y compris les heures supplémentaires et son paiement*	Idem 1)

\*Voir également supra annexe 211-6.

## ANNEXE 22-2. Toute entreprise Noyau dur de la législation du travail Maître d'ouvrage (MO) et donneur d'ordre (DO)

### Articles L.8281-1, R.8281-1 et suivants du code du travail (loi Savary)

Cette procédure s'applique à l'entreprise, établie en France ou à l'étranger

Elle vise tout maître d'ouvrage (MO) et tout donneur d'ordre (DO), y compris le particulier assimilé à un professionnel (hors usage personnel ou familial)

Quel que soit le montant du contrat

Actes de procédure	Commentaire
1) Un agent de contrôle habilité (L.8271-1-2 du code du travail) constate <b>une infraction</b> relative à l'une des dispositions du noyau dur de la législation du travail énumérées à L.8281-1 du code du travail commise par une entreprise quelconque intervenant dans une chaîne de sous-traitance	Toute entreprise, établie en France ou non  Nécessite de constater l'infraction par procès-verbal ?  Et si pas d'infraction prévue par le code du travail (exercice du droit de grève) ?
2) Il informe par écrit le MO ou le DO que cette entreprise, cocontractante ou non, commet cette infraction	Pas de délai fixé par la loi entre la date du constat et la date de l'écrit  L'agent de contrôle peut écrire à la fois au MO et au DO
3) Le MO ou le DO enjoint dans les 24h de son information à l'entreprise défaillante, cocontractante ou non, de faire cesser le non-respect de la loi	Par précaution, lettre recommandée avec accusé de réception  <b>Faire cesser le non-respect de la loi ne signifie pas régulariser le passé</b>
4) L'entreprise défaillante informe dans un délai de 15 jours le MO ou le DO des mesures prises pour faire cesser ou régulariser la situation	<b>Faire cesser la situation ne signifie pas régulariser le passé</b>  <b>Comment régulariser l'exercice du droit de grève ?</b>  Simple information ; pas de transmission de documents justificatifs. Donc pas de transmission de bulletin de salaire
5) Le MO ou le DO transmet aussitôt une copie de cette information à l'agent de contrôle	
6) A défaut de réponse de l'entreprise défaillante dans le délai de 15 jours, le MO ou le DO en informe également l'agent de contrôle dans un délai de 2 jours suivant l'expiration du délai de 15 jours	
7) Si le MO ou le DO ne respecte pas <b>les étapes 3, 5 et 6</b> , il est passible d'une contravention de 5 <sup>ème</sup> classe	Simple obligation <b>de moyen</b> qui n'a aucune incidence sur les droits du salarié victime qui n'est pas informé de cette procédure  Il ne s'agit pas d'un mécanisme de solidarité financière, mais de « vigilance » du MO ou du DO

Cette procédure peut se combiner avec les 2 procédures et solidarité décrites aux annexes 211-2. et 211-4. supra.

**2. Annexes relatives au dumping social**

**23. Annexes relatives à l'hébergement collectif indigne des salariés**

**ANNEXE 23-1. Recours à toute entreprise Hébergement collectif indigne des salariés Maître d'ouvrage (MO) et donneur d'ordre (DO)**

**Périmètre de l'obligation de vigilance du maître d'ouvrage ou du donneur d'ordre**

**Articles L.4231-1, R.4231-1 et suivants du code du travail (loi Savary)**

Périmètre	Commentaire
Hébergement de salariés	<p>Périmètre plus large que la loi du 27 juin 1973 modifiée sur l'hébergement collectif</p> <p>Dans le cadre de leur activité professionnelle</p> <p>Y compris des membres de la famille de l'hébergeur</p> <p>Quelle que soit la nationalité des salariés, détachés ou non</p>
Hébergement collectif	<p>Plus d'un salarié sur le même lieu, le même local ou le même site</p> <p>Pas nécessairement plusieurs occupants dans la même chambre ou la même pièce</p>
Hébergement hôtelier ou en gîte visé par la l'article L.4231-1 du code du travail qui ne renvoie pas à la loi du 27 juin 1973 modifiée	Notamment si sur occupation d'une chambre d'hôtel ou d'un gîte ou d'un mobil home
Hébergement assuré par quiconque	Employeur, donneur d'ordre ou un tiers
Hébergement pouvant avoir fait l'objet d'une déclaration en préfecture et à l'inspection du travail	Distinction entre hébergement déclaré et/ou hébergement indigne et insalubre

## ANNEXE 23-2. Recours à toute entreprise Hébergement collectif indigne des salariés Maître d'ouvrage (MO) et donneur d'ordre (DO)

### Procédure

#### Articles L.4231-1, R.4231-1 et suivants du code du travail (loi Savary)

Cette procédure s'applique quelque soit l'hébergeur des salariés

Elle vise tout maître d'ouvrage (MO) et tout donneur d'ordre (DO), y compris le particulier assimilé à un professionnel (hors usage personnel ou familial)

Actes de procédure	Commentaire
1) Un agent de contrôle habilité (L.8271-1-2 du code du travail) constate un hébergement collectif de salariés indigne au sens de l'article 225-14 du code pénal	Quels que soient l'hébergeur et la nationalité des salariés  La verbalisation n'est pas nécessaire puisque plusieurs agents habilités n'ont pas la capacité à verbaliser ce non-respect de la loi
2) Les salariés sont employés par une entreprise qui intervient nécessairement, directement ou en sous-traitance directe ou indirecte, pour un DO ou un MO	L'entreprise est établie en France ou à l'étranger  Elle n'est pas nécessairement l'hébergeur de ses salariés
3) L'agent de contrôle informe par écrit le MO ou le DO que les salariés de cette entreprise, cocontractante ou non, sont hébergés dans des conditions indignes	Pas de délai fixé par la loi entre la date du constat et la date de l'écrit  L'agent de contrôle peut écrire à la fois au MO et au DO  Par précaution, lettre recommandée avec accusé de réception
4) Le MO ou le DO enjoint aussitôt par écrit à l'entreprise de faire cesser sans délai la situation	Obligation <b>de résultat</b>
5) L'entreprise informe dans un délai de 24h le MO ou le DO des mesures prises pour faire cesser la situation	Obligation <b>de résultat</b>  Simple information ; pas de transmission de documents justificatifs
5) Le MO ou le DO transmet aussitôt cette réponse à l'agent de contrôle	
6) A défaut de réponse de l'entreprise défaillante dans le délai de 24h, le MO ou le DO en informe également l'agent de contrôle dès la fin de ce délai	
7) A défaut de cessation de l'hébergement indigne au plus tard sous 24h, le MO ou le DO est tenu de prendre en charge sans délai l'hébergement des salariés, dans les conditions de salubrité et de sécurité conforme au code du travail	Obligation <b>de résultat</b>
8) A défaut de prise en charge par le MO ou le DO, quid de leur mise en cause pénale pour hébergement indigne ? Quel texte d'incrimination ?	L'article 225-14 du code pénal leur est-il applicable d'office ?  L'hébergeur défaillant reste passible de l'article L.225-14 du code pénal



**18 PROPOSITIONS POUR AMELIORER LE DISPOSITIF DE  
CONTROLE DES ENTREPRISES ETRANGERES**

## 18 propositions pour l'amélioration du dispositif juridique et opérationnel

Il s'agit de propositions minimalistes, mais essentielles, pour améliorer sensiblement le dispositif de lutte contre le travail illégal et le dumping social du fait des entreprises étrangères et des donneurs d'ordre qui leur permettent d'intervenir dans ces conditions sur le territoire français.

### **.1. Restaurer formellement le principe d'égalité de rémunération effective entre le salarié détaché et le salarié en emploi direct**

**.1.1.** Le principe d'égalité de rémunération effective entre le salarié détaché et le salarié en emploi direct était inscrit depuis le 11 juillet 1994<sup>555</sup> à l'article D.341-5-1 du code du travail, jusqu'à sa suppression par la loi du 2 août 2004. A cette date, le code du travail a été modifié et l'article L.1262-4-8° du code du travail ne prévoit désormais que le respect du salaire minimum, c'est-à-dire du salaire minimum conventionnel étendu ou du SMIC.

Aucune explication n'a été donnée lors du vote de la loi du 2 août 2004 pour justifier la suppression de l'égalité de traitement en matière de rémunération ; mais a contrario, aucun obstacle juridique ne s'oppose à sa restauration dans le code du travail, d'autant que la Commission européenne, lorsqu'elle avait conduit en France une mission d'évaluation de la transposition de la directive communautaire du 16 décembre 1996 sur le détachement, n'avait émis aucune réserve sur l'application de cette disposition de la législation française. La Commission européenne avait considéré qu'il s'agissait d'une prérogative régaliennne de la France, qui ne constituait pas une entrave directe ou indirecte à la libre prestation de services, pas plus que la déclaration de détachement rendue également obligatoire dès 1994 par la France de façon unilatérale, sans fondement et sans aval communautaire.

L'égalité de rémunération implique que le salarié détaché perçoit la même rémunération que celle qui est effectivement versée au salarié en emploi direct, occupant le même emploi, à qualification, ancienneté et expérience équivalentes. Cette rémunération effective est très souvent supérieure au salaire minimum.

Contrairement à ce qui est affirmé, la directive du 28 juin 2018 (*voir supra p.23*), pas plus que l'ordonnance Travail du 20 février 2020 ou le décret du 28 juillet 2020, n'ont pas rendu obligatoire l'égalité de traitement en matière salariale, en introduisant dans la législation communautaire le principe « A travail égal, salaire égal » ; elle a uniquement rendu obligatoires les rémunérations prévues par les conventions collectives étendues, ce qui est le cas en France depuis 1994. Pour confirmation, il suffit de se reporter à la nouvelle rédaction de l'article L.1262-4 du code du travail, issu de l'article 3 de l'ordonnance Travail du 20 février 2019 portant transposition de la directive du 28 juin 2018 ; la partie de la rédaction de cet article consacrée à la rémunération du salarié détaché n'a pas varié depuis le décret du 11 juillet 1994.

---

<sup>555</sup> Décret n° 94-573 du 11 juillet 1994 pris pour l'application de l'article 36 de la loi quinquennale relative à l'emploi, au travail et à la formation professionnelle (art. L.341-5 du code du travail).



En outre, le principe de l'égalité de traitement en matière de rémunération effective est déjà inscrit à l'article R.5221-20 5° du code du travail<sup>556</sup> relatif aux conditions de délivrance des autorisations de travail aux salariés ressortissants d'Etats tiers qui souhaitent exercer une activité professionnelle sur le territoire français, en emploi direct ou en emploi détaché. L'article R.5221-20 5° du code du travail impose en effet à l'employeur d'un primo migrant de lui assurer des conditions d'emploi et de rémunération, qui sont comparables à celles des salariés occupant un emploi de même nature dans l'entreprise ou, à défaut, conformes aux rémunérations pratiquées sur le marché du travail pour l'emploi sollicité.

L'article L.1262-4-8° du code du travail est à cet égard en contradiction, et moins favorable, que l'article R.5221-20 5° du code du travail, dès lors que l'autorisation de travail est destinée à un salarié détaché.

La restauration de l'égalité de traitement en matière de rémunération est non seulement un moyen indispensable pour lutter contre le dumping social, qui n'est pas l'objectif de la libre prestation de services, mais s'inscrit également dans le respect du principe de non discrimination inscrit dans la législation française.

**.1.2.** La restauration du principe d'égalité de rémunération effective entre le salarié détaché et le salarié en emploi direct nécessite de modifier l'article L.1262-4-8° du code du travail, soit pour revenir à la rédaction contenue dans le décret du 11 juillet 1994, soit pour intégrer la rédaction du 5° de l'article R.5221-20 du code du travail.

## **.2. Requalifier en délit le non-respect du SMIC, des rémunérations minimales conventionnelles étendues ou du principe d'égalité de traitement salarial**

**.2.1.** Le non-respect du SMIC ou des rémunérations minimales conventionnelles étendues dû au salarié est constitutif d'une simple contravention de 5<sup>ème</sup> classe ou de 4<sup>ème</sup> classe, alors que le non-respect de ces niveaux de rémunération est assurément un des facteurs déterminants du dumping social, du fait d'entreprises françaises ou d'entreprises établies à l'étranger qui détachent des salariés en France. Par ailleurs, le non respect du principe d'égalité de traitement en matière de rémunération n'est pas sanctionnable, car il n'est pas obligatoire.

Dans la mesure où le législateur et les pouvoirs publics considèrent, à juste titre, que la lutte contre le dumping social et la concurrence sociale déloyale sont un enjeu prioritaire de politique publique, le niveau contraventionnel de la sanction du non-respect du SMIC ou des minima conventionnels n'est pas suffisant, dissuasif et cohérent. Ce niveau ne correspond pas à la gravité de ce manquement.

Par ailleurs, la requalification de ces manquements, incluant le non respect de l'égalité de traitement salarial, en délit sera plus appropriée pour lutter contre les pratiques d'esclavage moderne et les abus de vulnérabilité.

**.2.2.** Le non-respect du SMIC ou des rémunérations minimales conventionnelles étendues mérite de faire l'objet d'une sanction plus dissuasive, correspondant à celle de la commission d'un délit ; il en va de même pour le non respect de l'égalité de traitement de rémunération.

---

<sup>556</sup> Voir supra p.17.

La requalification en délit aura nécessairement un effet dissuasif auprès des employeurs et un effet bénéfique pour les salariés victimes de ces pratiques.

La sanction de ce nouveau délit correspondrait à celle prévue pour le travail dissimulé.

### **.3. Créer une responsabilité pénale du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage qui recourent en toute connaissance de cause à une entreprise qui ne respecte pas le SMIC, les rémunérations minimales conventionnelles étendues ou le principe de l'égalité de traitement de rémunération**

**.3.1.** Le non-respect du SMIC, des rémunérations minimales conventionnelles étendues ou de l'égalité de traitement en matière de rémunération constitue assurément un des facteurs déterminants du dumping social, du fait d'entreprises françaises ou d'entreprises établies à l'étranger qui détachent des salariés en France.

Le donneur d'ordre, en recours direct, ou le maître d'ouvrage, en recours indirect, qui fait appel à l'une de ces entreprises, peut arguer légitimement de sa bonne foi et déclarer ignorer que cette entreprise verse à ses salariés des rémunérations inférieures au SMIC, aux minima conventionnels étendus ou à celles versées aux salariés en emploi direct.

Cette déclaration n'est plus recevable dès lors que cette information est portée officiellement à la connaissance du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage par les services de l'Etat ou par les services de recouvrement et qu'il continue de bénéficier des prestations de l'entreprise défaillante. Dans cette hypothèse, sa responsabilité pénale peut être légitimement engagée, pour pratiquer du dumping social et recourir à une entreprise qui s'affranchit du SMIC ou des minima conventionnels étendus.

**.3.2.** A cet effet, le code du travail doit être complété pour sanctionner le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui, dûment informé, recourt directement ou indirectement à une entreprise qui ne respecte pas le SMIC, les minima conventionnels étendus ou l'égalité de traitement salarial.

La sanction de ce nouveau délit correspondrait à celle prévue pour le recours au travail dissimulé.

A l'identique de ce que prévoit le code du travail en matière de lutte contre le travail dissimulé, cette responsabilité pénale s'ajoute à la solidarité financière mentionnée à l'article L.3245-2 du code du travail.

### **.4. Lever le secret professionnel en faveur du salarié victime du travail illégal ou du dumping social**

**4.1.** Depuis 1991, des lois successives ont mis en place des mécanismes qui permettent au salarié de s'adresser au donneur d'ordre de son employeur, voire au maître d'ouvrage, pour lui demander de lui payer, sous certaines conditions, les sommes qui lui sont dues par cet employeur.

Ces dispositifs ont vocation à s'appliquer au salarié dissimulé, au salarié étranger employé sans titre de travail et au salarié détaché.

Ces dispositifs sont restés lettre morte, malgré leur pertinence et leur grand intérêt.

En effet, lorsque les conditions fixées par le code du travail sont objectivement réunies pour utiliser ces mécanismes et s'adresser au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage, le salarié n'en a jamais connaissance, car elles relèvent soit de la confidentialité des relations commerciales entre l'employeur et le donneur d'ordre, soit elles sont couvertes par le secret professionnel auquel est astreint l'agent de contrôle qui les a constatées.

**.4.2.** La loi doit être complétée pour permettre au salarié victime, notamment lorsqu'il est détaché sur le territoire français, d'obtenir, sans opposition du secret professionnel, de la part de l'agent de contrôle les informations et les documents nécessaires à la mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage. De surcroît, les sommes récupérées par le salarié auprès du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage seront soumises à cotisations sociales.

## **.5. Permettre à l'inspection du travail de suspendre temporairement l'activité de l'entreprise, étrangère, qui pratique du travail illégal ou du dumping social**

**.5.1.** La loi Macron n° 2015-990 du 6 août 2015 a introduit dans le code du travail des articles L.1263-3 et suivants qui autorisent la suspension temporaire de l'activité d'une entreprise étrangère, relevant d'une prestation de services, qui ne respecte pas la législation en matière de SMIC, de minima conventionnels<sup>557</sup>, de repos quotidien et hebdomadaire, de durée du travail, d'hébergement collectif de salariés détachés, ainsi que de présentation immédiate de documents à l'inspection du travail et de paiement des amendes administratives éventuellement dues, dès lors que l'entreprise n'a pas régularisé la situation à la demande de l'inspection du travail.

Il s'agit dans son principe d'une très bonne mesure, mais qui est vidée de sa substance et de son intérêt par les modalités de sa mise en œuvre.

La suspension d'activité n'est pas à la main de l'inspection du travail, contrairement aux autres suspensions d'activité pour manquement à la loi. La suspension est prononcée par le Direccte ou le Dieccte, après une procédure administrative nécessairement longue et donc incompatible avec le caractère temporaire de l'intervention de l'entreprise étrangère.

Par ailleurs, le droit du travail est d'application directe et immédiate. Pourquoi dès lors donner à l'entreprise étrangère un délai pour « régulariser » des manquements majeurs, avant de suspendre éventuellement son activité ? Ce délai de « régularisation » n'existe pas lorsqu'est constaté un risque de chute de hauteur ou d'ensevelissement. Ce délai de « régularisation » n'existe pas à l'égard des entreprises françaises ; n'est-ce pas créer un droit du travail à deux vitesses ?

Ce délai a pour objet de permettre à l'entreprise étrangère de « régulariser » la situation. Or, on ne peut pas régulariser le non-respect des repos ou des durées maximales de travail<sup>558</sup>. Le

<sup>557</sup> La loi Travail a ajouté le non respect des minima conventionnels.

<sup>558</sup> Pas plus qu'on ne peut « régulariser » un excès de vitesse commis sur la route.

manquement est consommé. On peut simplement demander de respecter à l'avenir le code du travail. Pourquoi alors donner un délai pour respecter à l'avenir le code du travail qui s'applique de plein droit?

La suspension d'activité ne concerne pas les entreprises françaises qui commettent les mêmes manquements, ce qui fragilise juridiquement la mesure qui peut être analysée comme une entrave à la libre prestation de services des entreprises étrangères.

**.5.2.** Pour donner un effet réellement utile à la suspension d'activité, il faut confier cette mesure à l'inspection du travail puisqu'il s'agit du non-respect du code du travail. La suspension d'activité doit être prononcée dès le constat, sans accorder de délai de régularisation à l'entreprise étrangère, ainsi qu'il en est pour le risque de chute de hauteur ou d'ensevelissement. La suspension d'activité doit être étendue au non-respect du repos dominical, à la dissimulation d'emploi salarié et à l'emploi de salarié étranger sans titre de travail. Elle doit s'appliquer, sans discrimination, à toutes les entreprises sur le territoire français et notamment aux entreprises françaises qui commettent les mêmes manquements à la loi.

Il doit être interdit au maître d'ouvrage ou au donneur d'ordre, dûment informé de la suspension, de recourir à une entreprise dont l'activité est suspendue.

Le non-respect de la suspension d'activité, ou du recours à une entreprise en suspension d'activité, est assorti d'une pénalité administrative dissuasive prononcée par le Direccte ou le Dieccte.

Cette pénalité s'applique de plein droit ; elle n'est pas à la discrétion du Direccte ou du Dieccte.

## **.6. Permettre à l'inspection du travail de suspendre temporairement l'activité de l'entreprise étrangère lorsque la déclaration de détachement du salarié n'a pas été effectuée dans les 48 h. qui suivent ce détachement**

**.6.1.** La loi Travail n° 2016-1088 du 8 août 2016 a introduit dans le code du travail un article L.1263-4-1 qui autorise la suspension temporaire de l'activité d'une entreprise étrangère, en prestation de services, lorsque la déclaration de détachement du salarié n'a pas été adressée à l'inspection du travail dans les 48 h. qui suivent ce détachement.

Cette mesure est vidée de sa substance par les modalités de sa mise en œuvre.

La suspension d'activité n'est pas à la main de l'inspection du travail, contrairement aux autres suspensions d'activité pour manquement à la loi. La suspension est prononcée par le Direccte ou le Dieccte, après une procédure administrative nécessairement longue et donc incompatible avec le caractère temporaire de l'intervention de l'entreprise étrangère.

**.6.2.** Pour donner un effet réellement utile à la suspension d'activité, il faut confier cette mesure à l'inspection du travail, puisqu'il s'agit du non-respect du code du travail.

## **.7. Mettre en conformité le décret du 30 mars 2015 avec la loi Savary du 10 juillet 2014**

### **.7.1. - en rendant l'inspection du travail destinataire de la déclaration de détachement, et non pas l'unité départementale de la Direccte ou la Dieccte.**

La loi n° 2004-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale, dite loi Savary, confirme que l'inspection du travail est destinataire de la déclaration de détachement, comme c'est le cas depuis sa création par le décret du 11 juillet 1994. Or le décret du 30 mars 2015 prévoit que la déclaration de détachement est adressée à l'unité départementale de la Direccte ou au Dieccte, qui est une autre autorité administrative. Une entreprise étrangère, pas plus que son donneur d'ordre, ne pourra pas être sanctionnée pour ne pas avoir adressé la déclaration de détachement à l'unité départementale puisque la loi vise l'inspection du travail. A l'inverse, elle ne pourra pas être sanctionnée pour ne pas avoir adressé la déclaration de détachement à l'inspection du travail puisque le décret du 30 mars 2015 ne décrit pas la procédure de mise en recouvrement de l'amende administrative relative applicable au défaut d'envoi de la déclaration de détachement à l'inspection du travail.

Les dispositions du décret du 30 mars 2015 doivent être mises en conformité avec la loi Savary pour rendre l'inspection du travail destinataire de la déclaration de détachement et éviter des annulations de procédure.

### **.7.2.- en supprimant le pouvoir discrétionnaire du Direccte ou du Dieccte pour prononcer la sanction administrative**

La loi Savary prévoit une sanction administrative automatique dès lors que l'entreprise étrangère ne procède pas à la déclaration de détachement ou à la désignation de son représentant en France, ou dès lors que le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage recourt à une entreprise étrangère qui n'a pas respecté l'une ou l'autre de ces formalités.

Le décret du 30 mars 2015 d'application de la loi Savary a supprimé le caractère automatique de la sanction pour lui donner un caractère facultatif, à la discrétion du Direccte ou du Dieccte, ce qui est, outre son illégalité, assez peu compatible avec la volonté de lutter contre le dumping social.

Les dispositions du décret du 30 mars 2015 doivent être mises en conformité avec la loi Savary afin que les sanctions administratives s'appliquent de plein droit.

## **.8. Compléter les mentions du bulletin de paie remis au salarié détaché**

**.8.1.** L'article R.1263-1 II du code du travail énumère les mentions que comporte le bulletin de paie remis au salarié détaché. Ces mentions sont insuffisantes pour s'assurer du respect du code du travail par l'entreprise étrangère, en particulier en matière de niveau de rémunération effectivement versée. Doivent être ajoutés les mentions relatives au montant et à la nature des accessoires de salaire (primes et indemnités de toute nature), ainsi que le montant et la nature des diverses retenues (cotisations sociales, remboursement ou autres prélèvements). Ces ajouts permettraient d'avoir un bulletin de salaire plus précis et plus proche de celui prévu pour les autres salariés, ce qui était le cas avant le décret du 11 décembre 2007.

**.8.2.** Compléter l'article R.1263-1 du code du travail pour revenir à la rédaction d'un bulletin de paie conforme au décret du 11 juillet 1994 et le rendre plus explicite.

### **.9. Supprimer l'obligation d'établir un procès-verbal pour mettre en œuvre la solidarité financière en matière de travail dissimulé**

**.9.1.** Lors du vote de la loi du 31 décembre 1991 qui a créé la solidarité financière, le législateur avait fait le choix judicieux de mettre en cause le donneur d'ordre par deux procédures relevant de deux régimes juridiques différents et autonomes : d'une part la procédure pénale pour recours, initiée par un procès-verbal d'un agent de contrôle habilité et aux mains du procureur de la République, et d'autre part la solidarité financière fondée sur un manque de vigilance, dissociée du pénal, et aux mains et à la discrétion des seuls créanciers, sans dépendance de l'action de l'agent de contrôle habilité.

Dans cette logique, le créancier pouvait agir librement contre le donneur d'ordre, sans être lié et contraint par l'engagement préalable d'une action pénale, dès lors que les conditions de la solidarité financière prévues par la loi du 31 décembre 1991 étaient réunies.

L'article 71 de la loi du 13 août 2004 a modifié de façon radicale cette logique, en interdisant toute action des créanciers tant qu'un procès-verbal d'un agent de contrôle n'est pas établi. On ignore la motivation de ce revirement, alors que ce mécanisme civil fonctionnait avec satisfaction et sans contestation juridique.

Outre la confusion juridique créée par cette modification législative, l'exigence d'un procès-verbal paralyse depuis 2004 l'action des créanciers qui ne peuvent plus agir au civil pour la défense de leurs intérêts tant qu'un contrôle des services de l'Etat n'aura pas été effectué et qu'il aura donné lieu à l'établissement d'un procès-verbal. L'action du salarié contre le donneur d'ordre dans le cadre de la solidarité financière est de fait supprimée depuis 2004, puisque cette victime ignore si un contrôle a eu lieu, si un procès-verbal est dressé et qu'elle n'a pas accès à son contenu; le salarié a encore moins le droit d'en obtenir une copie.

**.9.2.** La mise en œuvre de la solidarité financière doit rester une procédure purement civile, et non pas une procédure hybride, et sans doute exorbitante du droit commun, conditionnée par un acte préalable d'un agent de l'Etat dont le créancier n'a nullement connaissance et qui est couvert par le secret professionnel. Notamment pour la valorisation des droits du salarié, il est nécessaire de revenir à l'esprit et à la lettre de la loi du 31 décembre 1991 et supprimer, dans le code du travail, la condition de l'existence préalable d'un procès-verbal relevant les infractions de travail dissimulé et de recours à travail dissimulé. Cette condition n'existe pas pour la mise en œuvre de la solidarité des salariés étrangers employés sans titre de travail, qui est calée sur l'architecture de la loi du 31 décembre 1991.

### **.10. Faire peser une obligation de résultat sur le donneur d'ordre et sur le maître d'ouvrage pour le non-respect des normes salariales françaises et l'assortir d'une sanction dissuasive**

**.10.1.** L'article L.1262-4 8° du code du travail oblige, depuis le 11 juillet 1994, l'entreprise étrangère qui détache des salariés sur le territoire français à les payer sur les bases des rémunérations prévues par les conventions collectives étendues, ou à défaut, sur la base du

SMIC. Il prévoit également le paiement de toutes les heures de travail accomplies, y compris les heures supplémentaires.

Le non-respect de ces obligations est sanctionné par les peines applicables aux contraventions de 4<sup>ème</sup> ou de 5<sup>ème</sup> classe. Le montant de l'amende éventuellement prononcée par le tribunal est donc dérisoire par rapport aux intérêts économiques et financiers en jeu et aux conséquences de la concurrence déloyale générée par ces pratiques ; ce n'est pas le montant de cette amende qui permet de lutter contre le dumping social.

L'article L.3245-2 du code du travail, créé par l'article 5 de la loi Savary, fait désormais peser sur le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage ce qui est présenté comme une obligation de vigilance pour obtenir le respect des normes salariales françaises. Il s'agit en réalité d'une simple obligation de moyen (envoi d'un courrier à l'entreprise étrangère), qui n'est pas suffisamment dissuasive pour empêcher cette forme de dumping social de prospérer.

En effet, le seul envoi de ce courrier exonère totalement le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage ; il peut dès lors continuer à recourir, sans aucun risque juridique, à cette entreprise étrangère qui paierait ses salariés 500 euros par mois. Il n'est même pas tenu de résilier le marché.

**.10.2.** Pour responsabiliser davantage le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage dans le choix de son cocontractant et, le cas échéant, les mettre en cause, ainsi que le maître d'ouvrage, il faut modifier le code du travail et faire peser sur le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre une obligation de résultat. Cette obligation de résultat vise à obtenir effectivement le versement des rappels de salaire nécessaire au respect de la législation française, y compris en matière d'égalité de traitement de rémunération. A défaut, le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre, qui recourt à une entreprise qui pratique cette forme de dumping social, commet un délit passible des mêmes sanctions que celles prévues pour le recours à du travail dissimulé (*voir supra proposition 3*). Sans préjudice des droits du salarié de les assigner devant le conseil de prud'hommes.

La loi doit également obliger le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage à résilier le marché conclu avec une entreprise étrangère qui, après leur injonction, n'a pas régularisé la rémunération du salarié détaché.

Par ailleurs, afin de rendre effective la valorisation en justice des droits des salariés détachés par les intéressés ou par les organisations syndicales, il convient de leur faciliter l'accès aux informations leur permettant de mettre en cause le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage devant le conseil de prud'hommes. Le secret professionnel doit être levé entre les intéressés et les agents de contrôle habilités, afin que ceux-ci puissent leur communiquer tous renseignements et tous documents utiles à l'action prud'homale (*voir supra proposition 4*). Sinon, cette action prud'homale restera virtuelle et de pur affichage.

### **.11. Mettre en cause la solidarité financière du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage pour le non-paiement des cotisations aux organismes de protection sociale**

**.11.1.** En application de l'article L.111-2-2 du code de la sécurité sociale, toute personne, salariée ou travailleur indépendant, qui travaille en France, est assujettie au régime de protection sociale français. Cette affiliation de plein droit entraîne notamment le paiement des cotisations sociales en France.

Par exception au principe d'affiliation de plein droit, des travailleurs, salariés ou indépendants, qui travaillent temporairement en France dans le cadre du détachement au sens du code du travail, peuvent rester maintenus au régime de sécurité sociale de l'Etat dans lequel ils travaillent de façon habituelle. Le maintien au régime de protection sociale de l'Etat habituel d'emploi dispense de payer les cotisations sociales en France.

Le détachement au sens de la sécurité sociale, c'est-à-dire le maintien au régime de protection sociale de l'Etat d'origine, est limité aux entreprises communautaires et aux entreprises établies dans un des 38 Etats tiers qui ont signé une convention bilatérale de sécurité sociale.

Contrairement donc à une idée reçue et répandue, de très nombreuses entreprises étrangères et travailleurs indépendants détachés doivent payer les cotisations sociales en France, au régime de sécurité sociale de base, au RSI, au régime des retraites complémentaires et à Pôle Emploi, ce qui représente des sommes considérables.

Cette situation concerne en effet d'une part les entreprises communautaires qui détachent en France des salariés sans pouvoir produire un certificat de détachement et d'autre part toutes les entreprises établies dans des Etats tiers qui ne sont pas liées à la France par l'une des 38 conventions bilatérales de sécurité sociale, ainsi que tous les travailleurs indépendants qui s'auto détachent en France sans certificat de détachement.

Or, lorsque les cotisations sont dues en France, les organismes de protection sociale n'ont aucun moyen d'aller recouvrer les cotisations hors de France, auprès de l'entreprise débitrice ou du travailleur indépendant. Lorsque ceux-ci n'ont pas versé spontanément les cotisations en France, ces cotisations sont donc purement et simplement perdues. Ce manque à gagner perdure depuis des dizaines d'années pour les ressources de notre système de protection sociale. Le non-paiement des cotisations sociales en France constitue par ailleurs un avantage financier très conséquent pour le donneur d'ordre qui recourt à un tel prestataire étranger. C'est l'une des causes principales du dumping social.

**.11.2.** Le donneur d'ordre peut, dans certains cas très limités et très encadrés, lorsqu'il existe du travail dissimulé, être mis en cause pour le paiement des cotisations éludé par son cocontractant. Il en est de même pour le maître d'ouvrage.

Lorsque le non-paiement des cotisations sociales ne relève pas d'une pratique relevant de la qualification juridique de travail dissimulé, ces cotisations ne peuvent pas être réclamées au donneur d'ordre et au maître d'ouvrage, ni par le régime de base, ni par le RSI, ni par les caisses de retraite complémentaire, ni par Pôle Emploi. D'ailleurs, ils ne connaissent même pas les entreprises étrangères qui interviennent en France.

Pour combler cette lacune qui couvre un champ très large hors travail dissimulé, et ainsi obtenir le paiement plus systématique et assuré des cotisations sociales éludées par les entreprises étrangères et les travailleurs indépendants détachés, ainsi que pour responsabiliser le donneur d'ordre dans le choix de son cocontractant et le cas échéant le mettre en cause, voire le maître d'ouvrage, il faut étendre la solidarité financière du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage **au non-paiement** des cotisations sociales en France . Cette solidarité financière est limitée aujourd'hui à **la non-déclaration sociale**, et uniquement pour travail dissimulé.



## **.12. Modifier le droit communautaire pour permettre à l'Etat d'accueil et d'emploi du salarié détaché d'écarter un certificat de détachement injustifié**

**.12.1.** La jurisprudence de la CJUE interdit à l'Etat d'accueil et d'emploi (autorité administrative et juge national) d'un salarié détaché muni d'un certificat de détachement d'écarter, d'invalider ou de neutraliser d'office et d'initiative un certificat de détachement qui a été délivré ou qui est utilisé de façon injustifiée, y compris en cas de fraude avérée. La CJUE sacralise ce formulaire en imposant à l'Etat d'accueil et d'emploi de saisir préalablement l'institution de sécurité sociale qui l'a délivré pour en obtenir son retrait, ce qui, par ailleurs, n'est nullement obligatoire pour cette institution qui peut maintenir un certificat de détachement injustifié.

Cette position prétorienne et rigoureuse de la CJUE prive l'Etat d'accueil et d'emploi du droit de constater des manquements à sa loi nationale et l'empêche d'en tirer toutes les conséquences, tant au plan pénal qu'au plan civil. Elle prive les victimes (salariés et organismes de protection sociale), contraintes par un certificat de détachement injustifié, de la régularisation de leurs droits en matière de protection sociale adéquate et de recouvrement. Elle légitime et conforte les pratiques d'optimisation sociale abusive et le dumping social.

**.12.2** Le droit communautaire relatif à la coordination des régimes de sécurité sociale, et notamment les règlements n° 883/2004 du 29 avril 2004 et n° 987/2009 du 16 septembre 2009, doivent être modifiés et complétés pour mettre un terme à cette jurisprudence, en permettant à l'Etat d'accueil et d'emploi d'écarter sur son territoire l'application d'un certificat de détachement délivré ou utilisé en violation des règles communautaires (par exemple lorsque l'employeur, de droit ou de fait, du salarié est établi en France ou que la condition de mobilité transnationale fait défaut).

## **.13. Abroger l'article L.114-15-1 du code de la sécurité sociale qui prévoit une pénalité civile pour défaut de présentation du certificat de détachement<sup>559</sup>**

**.13.1.** L'article 27 de la loi du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017 a codifié dans le code de la sécurité sociale un article L.114-15-1 qui prévoit que le certificat de détachement dont est titulaire un travailleur indépendant prestataire établi à l'étranger ou un salarié détaché en France par une entreprise établie à l'étranger doit être présenté, lorsque ce document est obligatoire, aux agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé, par celui-ci, son employeur ou son représentant en France ou par son donneur d'ordre. Ce document est produit, soit lors du contrôle, soit dans les deux mois qui suivent celui-ci lorsqu'un justificatif de demande de ce formulaire est produit lors de ce contrôle.

Le défaut de présentation du certificat de détachement, lorsqu'il est obligatoire, est passible d'une pénalité civile due par le donneur d'ordre. Le montant de cette pénalité est de 3428 euros (plafond mensuel de la sécurité sociale 2021) par travailleur.

L'abrogation de cette disposition, sans effet utile, se justifie pour les raisons suivantes :

---

<sup>559</sup> Voir également p.162 et suivantes.

- cette disposition est redondante avec l'article L.8271-9 du code du travail qui existe depuis 1991 ;

- cette disposition est plus restrictive des prérogatives des agents de contrôle que l'article L.8271-9 du code du travail ; celui-ci prévoit la présentation immédiate du certificat de détachement, alors que l'article L.114-15-1 du code de la sécurité sociale accorde un délai de deux mois pour le présenter.

- elle laisse penser au donneur d'ordre que ce document est obligatoire, alors qu'il est optionnel ;

- elle est contradiction avec l'article D.8222-7 1° b) du code du travail qui fait état, à juste titre, du régime optionnel de la protection sociale ;

- le défaut de présentation d'un certificat de détachement constitue à titre principal le délit de travail dissimulé par défaut de déclaration sociale ; ajouter une seconde sanction de nature civile est sans intérêt et risque, par ailleurs, de contrevenir à la règle *ne bis in idem*.

- focaliser sur la présentation du certificat de détachement est une erreur, puisque sa présentation (à tout prix) prive les organismes de protection sociale de cotisations sociales. On perçoit mal l'intérêt pour les ressources de la sécurité sociale.

- l'opposabilité du certificat de détachement détenu de façon injustifiée ou frauduleuse est confortée par la jurisprudence rigoureuse de la CJUE, qui dénie à l'Etat d'accueil et d'emploi du salarié détaché un droit de contrôle d'office et d'initiative sur la pertinence de ce formulaire indûment délivré ou produit. Pourquoi alors exiger la présentation d'un formulaire non approprié et privatif de ressources pour la sécurité sociale ?

**.13.2.** L'abrogation de l'article L.114-15-1 du code de la sécurité sociale mettrait fin à des contradictions ou incohérences avec le code du travail et relativiserait l'importance excessive attachée au certificat de détachement.

#### **.14. Mettre en cause la solidarité financière du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage pour le non-paiement des cotisations aux caisses de congés payés (et intempéries)**

**.14.1.** En application des articles L.1262-4 7°, D. 3141-14, D.3141-26 et suivants et D.5424-29 du code du travail, les entreprises étrangères qui détachent en France des salariés dans des secteurs d'activité couverts par des caisses de congés payés (et intempéries) sont tenues de s'immatriculer à ces organismes et payer les cotisations afférentes, au même titre et dans les mêmes conditions que les entreprises françaises.

En France, des caisses de congés payés existent dans les secteurs d'activité suivants: le bâtiment, les travaux publics<sup>560</sup>, les spectacles vivants et enregistrés, les transports, la manutention, la propreté et la logistique. A titre d'exemple, le taux de cotisation est de 21,42 % de la masse salariale pour les secteurs BTP et de 14,70% pour le secteur des spectacles.

---

<sup>560</sup> Ces deux secteurs incluent également une caisse dite intempéries

Une exception est prévue dans le code du travail à cette obligation d'immatriculation et de paiement de cotisations, qui concerne dans les faits uniquement les entreprises du BTP établies en Allemagne, en Autriche et en Italie. Hormis cette exception très limitée, toutes les autres entreprises étrangères, communautaires ou non, qui détachent des salariés dans ces secteurs d'activité doivent payer des cotisations en France comme les entreprises françaises, depuis le 11 juillet 1994.

Dans la réalité, cette obligation n'est quasiment jamais respectée. Les caisses de congés payés ne disposent pas des moyens de recouvrer ces cotisations non payées hors de France. D'ailleurs, elles ne connaissent pas les entreprises étrangères qui interviennent en France, notamment la caisse des spectacles vivants et enregistrés.

Les donneurs d'ordre et les maîtres d'ouvrage ne peuvent pas être juridiquement mis en cause, même en cas de travail dissimulé, car les caisses de congés payés ne sont pas des organismes de protection sociale. Les cotisations impayées qui leur sont dues, d'un montant non négligeable, sont donc perdues. Leur non-paiement en France constitue une autre source de concurrence déloyale et de dumping social. Lorsque le non-paiement de ces cotisations s'ajoute à celui des cotisations sociales et au non-respect des minima de salaires français, le différentiel est économiquement très pénalisant pour les entreprises françaises.

**.14.2.** Pour obtenir le paiement des cotisations dues par les entreprises étrangères aux caisses de congés payés (et intempéries), ainsi que pour responsabiliser le donneur d'ordre dans le choix de son cocontractant et le cas échéant le mettre en cause, voire le maître d'ouvrage, il est nécessaire d'étendre au bénéfice des caisses de congés payés le périmètre de la solidarité financière du donneur ou du maître d'ouvrage au non-paiement des cotisations à ces institutions.

Les caisses de congés payés sont en effet exclues de ce périmètre. Celles-ci disposeront d'un outil de recouvrement supplémentaire et apporteront ainsi leur contribution à la lutte contre le dumping social.

***NOTA** Il est assez curieux de constater ce paradoxe des professionnels du BTP à insister pour obtenir une carte d'identification professionnelle à l'utilité très discutable, compte tenu de l'existence de la DPAE et de la déclaration de détachement, et à se désintéresser, avec une constance remarquable, de l'extension de la solidarité financière au paiement des cotisations dues à leurs caisses de congés payés.*

### **.15. Etendre la levée du secret professionnel au bénéfice des caisses de congés payés**

L'alinéa 2 de l'article L.8271-5 du code du travail autorise, de façon ponctuelle et limitée, la levée du secret professionnel entre les agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé et les caisses de congés payés (et intempéries).

L'encadrement strict de la levée du secret professionnel prévue par cette disposition du code du travail ne permet pas aux caisses de congés payés de récupérer toutes les informations et documents nécessaires au recouvrement des cotisations.

Une rédaction plus ouverte de la levée du secret professionnel aurait pour effet de transmettre davantage d'informations aux caisses de congés payés pour recouvrer davantage de créances.

## **.16. Restaurer l'incrimination pénale pour le défaut de déclaration d'un accident du travail survenu à un salarié détaché et compléter la rédaction de l'article L.1262-4-4 du code du travail**

**.16.1.** La loi Travail, en introduisant l'article L.1262-4-4 dans le code du travail, et à la lecture de l'article 2 de son décret d'application du 5 mai 2017, a dépénalisé le défaut de déclaration d'accident du travail survenu à certains salariés détachés, ceux qui possèdent un certificat de détachement et qui ne sont donc pas affiliés à la sécurité sociale française.

Cette modification a pour effet de réduire le niveau de protection sociale du salarié détaché victime d'un accident du travail, ou de ses ayants droit. Elle prive de cohérence le régime juridique de cette déclaration, qui reste imparfaitement formalisé et codifié. En effet,

.-l'article L.1262-4-4 dépénalise le défaut de déclaration d'accident, pour l'assortir d'une amende administrative, ce qui entraîne plusieurs conséquences.

⇒ la dépénalisation du défaut de déclaration d'accident du travail ne permet plus au salarié détaché de porter plainte auprès du procureur de la République ; celui-ci ne peut plus diligenter une enquête et engager des poursuites. Les services de gendarmerie et de police ne sont plus compétents. Cette différence de traitement entre deux victimes d'un accident du travail qui n'a pas fait l'objet de déclaration ne se justifie par aucun élément objectif.

⇒ l'absence de procès pénal empêche le salarié détaché d'avoir accès au dossier et à la procédure ; il ne peut plus se constituer partie civile et éclairer le juge sur les circonstances de son accident. Il n'y aura plus de débat contradictoire qui, au-delà de la seule absence de déclaration d'accident du travail, permettrait de caractériser d'autres manquements à la loi.

⇒ la reconnaissance de la faute inexcusable de son employeur devient difficile pour le salarié détaché, car souvent cette reconnaissance s'appuie sur le procès pénal et les éléments produits et débattus à cette occasion.

⇒ le salarié détaché n'aura pas accès au dossier d'enquête administrative, qui ne sera pas rendu public et qui sera couvert par le secret professionnel de l'inspection du travail, du Direccte et du Dieccte. Il ne pourra pas en faire état devant le TASS<sup>561</sup> dans le cadre d'une procédure en reconnaissance de faute inexcusable.

.- la nature de la sanction pour défaut de déclaration de d'accident du travail n'est pas la même selon la qualité de la victime. S'il s'agit d'un salarié en emploi direct par une entreprise française ou s'il s'agit d'un salarié détaché affilié à la sécurité sociale française, la sanction est pénale ; s'il s'agit d'un salarié détaché non affilié à la sécurité sociale française, la sanction est administrative. Rien ne justifie cette différence de traitement, d'autant que la sanction administrative est plus lourde que la sanction pénale.

---

<sup>561</sup> Au 1<sup>er</sup> janvier 2019, le TASS a été supprimé ; il est remplacé par le pôle social du tribunal des affaires sociales.

- l'article L.1262-4-4, pas plus que le décret du 5 mai 2017, ne précise comment le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage, qui fait la déclaration d'accident du travail à la place de l'employeur, est informé par celui-ci ou par quiconque de la survenance de cet accident. L'obligation du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage reste donc théorique, aléatoire et difficilement sanctionnable.

En outre, l'article L.1262-4-4 contient des malfaçons rédactionnelles à rectifier :

- le texte assimile et confond les qualités de donneur d'ordre et de maître d'ouvrage, qui sont deux entités juridiques différentes.

- les qualités de donneur d'ordre et de maître d'ouvrage n'existent juridiquement pas lorsque le salarié est détaché dans le cadre d'une mobilité internationale intragroupe puisqu'il n'y a pas prestation de services ; qui procède alors à la déclaration d'accident du travail ?

**.16.2.** L'article L.1262-4-4 du code du travail doit être modifié sur l'ensemble de ces points, notamment pour restaurer la sanction pénale dans tous les cas de défaut de déclaration d'accident du travail, dans l'intérêt du salarié détaché.

### **.17. Créer une sanction pénale en cas de non-respect par le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage de son obligation de prise en charge de l'hébergement collectif des salariés du sous-traitant**

**.17.1.** L'article 4 de la loi n°2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale, dite loi Savary, prévoit que le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre, lorsqu'il a été informé par un agent de contrôle, que les salariés de son sous-traitant sont logés dans des conditions indignes, doit prendre en charge l'hébergement de ces salariés dès lors que cette situation n'a pas été régularisée. Aucune sanction pénale n'est prévue si le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre n'assume pas cette prise en charge et que les salariés restent logés dans des conditions indignes.

**.17.2.** Dès lors, il faut créer une sanction pénale explicite et spécifique, en cas de défaillance du maître d'ouvrage ou du donneur d'ordre dans cette prise en charge ; le quantum serait celui prévu par l'article 225-14 du code pénal qui réprime les conditions d'hébergement contraires à la dignité humaine.

### **.18. Réduire le délai de déclaration de l'ouverture d'un hébergement collectif**

**.18.1.** La loi Savary du 10 juillet 2014 et la loi Macron du 6 août 2015 ont montré leur intérêt pour mieux garantir aux salariés détachés des conditions d'hébergement décentes. La loi Macron rend désormais l'inspection du travail destinataire de la déclaration d'hébergement collectif, prévue par la loi du 27 juin 1973 modifiée, lorsqu'il concerne des salariés.

L'article 2 du décret du 20 janvier 1975 d'application de la loi du 27 juin 1973 modifiée accorde à l'hébergeur un délai de trente jours pour procéder à cette déclaration. Ce délai trop long n'est pas adapté au logement temporaire des salariés détachés qui résident pendant une courte période en France<sup>562</sup>. Ce délai n'est pas non plus pertinent dès lors qu'un hébergement

<sup>562</sup> La même remarque vaut pour les salariés saisonniers qui sont hébergés.

indigne de plusieurs salariés peut exister pendant trente jours, à l'insu des autorités administratives compétentes. L'article 2 du décret du 20 janvier 1975 n'est plus en phase avec la volonté du législateur, telle qu'elle résulte de la loi Savary et de la loi Macon, de mieux lutter contre les hébergements indignes de salariés.

**.18.2.** Le délai de déclaration d'un hébergement collectif de salariés en préfecture et à l'inspection du travail doit être ramené à 48 heures.

## Six articles publiés en relation avec l'intervention des entreprises étrangères sur le territoire français<sup>563</sup>

.- La fraude à la prestation de services et au détachement de salariés sur le territoire français : panorama de la jurisprudence française. Droit Ouvrier. Août 2012. p.355

[https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/fraude\\_a\\_la\\_prestation\\_de\\_services\\_panorama\\_d\\_e\\_la\\_jurisprudence\\_francaise\\_aout\\_2012.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/fraude_a_la_prestation_de_services_panorama_d_e_la_jurisprudence_francaise_aout_2012.pdf)

.- Une avancée remarquable dans la lutte contre le travail illégal et le dumping social du fait des entreprises étrangères : les arrêts *Easyjet* et *Vueling*. Droit Ouvrier. Juin 2014. p.366

[https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/commentaire\\_des\\_arrets\\_easyjet\\_et\\_vueling\\_juin\\_2014.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/commentaire_des_arrets_easyjet_et_vueling_juin_2014.pdf)

.- Le dévoiement de la mobilité internationale intragroupe : une forme recherchée de travail illégal et de dumping social. Droit Ouvrier. Mai 2015. p.374

[https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/le\\_devoiemnt\\_de\\_la\\_mobilite\\_internationale\\_int\\_ragroupe\\_mai\\_2015.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/le_devoiemnt_de_la_mobilite_internationale_int_ragroupe_mai_2015.pdf)

.- Le certificat de détachement est-il devenu un obstacle à la lutte contre le travail dissimulé et le dumping social du fait des entreprises étrangères? A propos de l'arrêt *A-Rosa Flussschiff GmbH* de la CJUE. Droit Ouvrier. Juin 2017. p.381

[https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/commentaire\\_de\\_l\\_arret\\_a-rosa\\_du\\_27\\_avril\\_2017\\_cjue\\_juin\\_2017.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/commentaire_de_l_arret_a-rosa_du_27_avril_2017_cjue_juin_2017.pdf)

.- Le certificat de détachement frauduleux devient-il un obstacle à la lutte contre le travail dissimulé et le dumping social du fait des entreprises étrangères ? (Acte 2) A propos de l'arrêt *Altun* de la CJUE. Droit Ouvrier. Avril 2018. p.393

[https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/commentaire\\_altun\\_cjue\\_droit\\_ouvrier\\_0418.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/commentaire_altun_cjue_droit_ouvrier_0418.pdf)

.- La sacralisation du certificat de détachement devient un obstacle à la lutte contre le travail illégal et le dumping social (acte 3) Droit Ouvrier. Novembre 2018. p.403

[https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/commentaire\\_ryanaircityjet\\_do\\_nov2018.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/commentaire_ryanaircityjet_do_nov2018.pdf)

---

<sup>563</sup> Outre les articles mentionnés dans le corps de l'ouvrage.

