

**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 ILLEGAL ET DU DUMPING
SOCIAL**

Faire respecter l'ordre public social

Hervé GUICHAOUA

Juriste en droit social

Ancien directeur du travail au ministère du travail

rvguichaoua@hotmail.fr

<https://herveguichaoua.fr/>

3ème édition

Juillet 2019

Remerciements

Je remercie très sincèrement les contrôleurs du travail, les inspecteurs du travail, les directeurs adjoints du travail et les directeurs du travail qui ont accepté de relire 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 3^{ème} édition intègre les évolutions normatives intervenues depuis le mois de septembre 2017, dont la publication de la nouvelle directive du 28 juin 2018 sur le détachement de salarié et de 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 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.

Elle mentionne la dernière décision QPC du Conseil constitutionnel.

Le Mode d'emploi est en ligne sur le site de l'auteur à l'adresse suivante : <https://herveguichaoua.fr/>, ainsi que tous les textes et la jurisprudence cités.

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

Du même auteur :

- .- Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français 4^{ème} édition Juin 2019

- .- Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance 1^{ère} édition Octobre 2015

- .- Mode d'emploi des droits des victimes du travail illégal et du dumping social 2^{ème} édition Avril 2018

- .- Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi des mannequins 1^{ère} édition Mars 2017

- .- Mode d'emploi pour le contrôle du travail dissimulé 1^{ère} édition Juin 2017

- .- Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi illégal du salarié étranger sans titre de travail 1^{ère} édition Octobre 2017

PLAN

Sommaire 7

Observations générales 13

Quelques remarques liminaires 14

Quelles sont les personnes qui peuvent être mises en cause dans une affaire de travail illégal ou de dumping social ? 17

1^{ère} partie La mise en cause du donneur d'ordre 25

2^{ème} partie La mise en cause du maître d'ouvrage 93

3^{ème} partie La mise en cause de toute autre personne 137

4^{ème} partie Jurisprudence 155

Annexes 169

- **Annexes relatives à la solidarité financière et à l'obligation de vigilance 171**
- **Annexes relatives aux obligations du donneur d'ordre 209**
- **Annexes relatives aux obligations du maître d'ouvrage 217**
- **Arrêté du 4 juin 2019 222**
- **Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance 223**
- **Loi n° 73-548 du 27 juin 1973 modifiée relative à l'hébergement collectif 228**
- **16 propositions pour l'amélioration de la mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage 235**
- **Un article publié 245**

SOMMAIRE 7

Observations générales 13

Quelques remarques liminaires 14

Quelles personnes sont susceptibles d'être mises en cause dans une affaire de travail illégal ou de dumping social ? 17

- **.A. L'auteur de l'infraction initiale 17**
- **.B. Le co-auteur 17**
- **.C. Le donneur d'ordre 18**
- **.D. Le maître d'ouvrage 18**
- **.E. Le maître d'ouvrage délégué 18**
- **.F. Le maître d'œuvre 19**
- **.G. Le cocontractant 19**
- **.H. Le client 20**
- **.I. L'entreprise principale 20**
- **.J. L'entreprise générale 20**
- **.K. Le sous-traitant 20**
- **.L. L'entreprise utilisatrice 21**
- **.M. L'entreprise extérieure 21**
- **.N. Le prestataire 21**
- **.O. Le prestataire de services 22**
- **.P. L'utilisateur 22**
- **.Q. Celui qui fait de la publicité 23**
- **.R. Le complice 23**
- **.S. L'intermédiaire 23**
- **.T. La société de domiciliation 23**

1^{ère} partie La mise en cause du donneur d'ordre 25

.I. La mise en cause du donneur d'ordre dans une affaire de travail illégal 28

.A. Au titre du travail dissimulé 28

.A.1. La mise en cause pénale 29

- **.A.1.1. Le recours à une entreprise établie en France 29**
- **.A.1.1.1. La position de principe de la Cour de cassation 29**
- **.A.1.1.2. Les illustrations jurisprudentielles 30**
- **.A.1.1.3. Le contenu nécessaire des procédures 31**
- **.A.1.1.4. Et le recours à une entreprise qui dissimule un salarié sous un faux statut ? 32**
- **.A.1.2. Le recours à une entreprise établie hors de France 33**
- **.A.1.2.1. Quelles sont les incriminations pour travail dissimulé applicables à une entreprise établie hors de France ? 33**
- **.A.1.2.2. La mise en cause du donneur d'ordre qui recourt à une entreprise étrangère qui pratique du travail dissimulé 35**
- **.A.1.2.3 Qui de la mise en cause du donneur d'ordre si l'entreprise étrangère fraude à la loi ? 36**
- **.A.1.3. Et le particulier donneur d'ordre ? 39**

.A.2. La mise en cause financière 39

- **.A.2.1. Les créanciers bénéficiaires de la solidarité financière 39**
- **.A.2.2. Les conditions d'application de la solidarité financière 40**
- **.A.2.3. La mise en œuvre de la solidarité financière 42**
- **.A.2.4. Et le particulier donneur d'ordre ? 45**

.A.3. Les pénalités civiles 46

.A.4. Les sanctions administratives 48

- **.A.4.1. Le refus des aides publiques 48**
- **.A.4.2. Le remboursement des aides publiques versées 49**
- **.A.4.3. La fermeture ou l'arrêt temporaire 50**
- **.A.4.4. L'exclusion temporaire des contrats administratifs 52**

.B. Au titre du recours à une entreprise qui emploie un salarié étranger sans titre de travail 52

.B.1. La mise en cause pénale 53

- **.B.1.1. Le principe et son application 53**
- **.B.1.2. le particulier donneur d'ordre 54**

.B.2. La mise en cause financière 54

- **.B.2.1. Les sommes et les créanciers de la solidarité financière 54**
- **.B.2.2. Les conditions d'application de la solidarité financière 55**
- **.B.2.3. La mise en œuvre de la solidarité financière 56**
- **.B.2.4. Et le particulier donneur d'ordre ? 58**

.B.3. Les pénalités civiles 58

.B.4. Les sanctions administratives 59

.II. La mise en cause du donneur d'ordre dans une affaire de dumping social 61

.A. L'hébergement collectif indigne des salariés 62

.B. Le non respect du salaire minimal légal ou conventionnel ou les rappels de salaire 63

- **.B.1. Quelle(s) disposition(s) du code du travail s'applique(nt) lorsque le cocontractant est établi à l'étranger ? 64**
- **.B.2. Quelles sont les trois options (alternatives ou cumulatives) à la disposition de l'agent de contrôle habilité ? 64**
 - **.B.2.1. L'option spécifique à l'entreprise étrangère de l'article L.1262-4-3 du code du travail 64**
 - **.B.2.2. L'option spécifique à l'entreprise établie en France de l'article L.3245-2 du code du travail 66**
 - **.B.2.3. L'option toute entreprise de l'article L.8281-1 du code du travail relatif au non respect du noyau dur de la législation du travail 67**

.C. Le non respect du noyau dur de la législation du travail 68

.D. Le recours à une entreprise de travail temporaire non établie en France 70

.III. Les autres mises en cause possibles du donneur d'ordre 71

.A. La vérification du respect de la déclaration de détachement ou de l'attestation de détachement à effectuer par l'entreprise étrangère cocontractante 71

- .B.** La vérification du respect par l'entreprise étrangère cocontractante de la désignation de son représentant en France **77**
- .C.** L'annexe de la déclaration de détachement ou de l'attestation de détachement au RUP de l'entreprise qui accueille le salarié détaché **79**
- .D.** La vérification du paiement des amendes administratives dues, le cas échéant, par l'entreprise étrangère **81**
- .E.** La vérification par le donneur d'ordre de la possession du certificat de détachement par le travailleur indépendant prestataire ou par le salarié détaché **82**
- .F.** La déclaration d'accident du travail survenu à un salarié détaché d'une entreprise étrangère **87**
- .G.** La demande d'agrément de l'entreprise étrangère sous-traitante **89**
- .H.** La carte d'identification professionnelle dans le secteur du BTP **90**

2^{ème} partie La mise en cause du maître d'ouvrage 93

- .I.** La mise en cause du maître d'ouvrage dans une affaire de travail illégal **96**
 - .A.** Au titre du travail dissimulé **96**
 - .A.1.** La mise en cause pénale **96**
 - **.A.1.1.** Le principe **96**
 - **.A.1.2.** Quelques illustrations **97**
 - **.A.1.3.** Le particulier maître d'ouvrage **97**
 - .A.2.** La mise en cause financière **98**
 - **.A.2.1.** Les créanciers bénéficiaires de la solidarité financière **98**
 - **.A.2.2.** Les conditions d'application de la solidarité financière **99**
 - **.A.2.3.** La mise en œuvre de la solidarité financière **100**
 - **.A.2.4.** Et le particulier maître d'ouvrage ? **101**
 - .A.3.** Les pénalités civiles **102**
 - .A.4.** Les sanctions administratives **104**
 - **.A.4.1.** Le refus des aides publiques **104**
 - **.A.4.2.** Le remboursement des aides publiques versées **105**
 - **.A.4.3.** La fermeture ou l'arrêt temporaire **106**

- **.A.4.4. L'exclusion temporaire des contrats administratifs 107**
- .B. Au titre du recours, par personne interposée, à une entreprise sous-traitante qui emploie un salarié étranger sans titre de travail 108**
- .B.1. La mise en cause pénale 108**
- **.B.1.1. Le principe et son application 108**
 - **.B.1.2. le particulier maître d'ouvrage 109**
- .B.2. La mise en cause financière 110**
- **.B.2.1. Les sommes et les créanciers de la solidarité financière 110**
 - **.B.2.2. Les conditions d'application de la solidarité financière 111**
 - **.B.2.3. La mise en œuvre de la solidarité financière 112**
 - **.B.2.4. Et le particulier donneur d'ordre ? 114**
- .B.3. Les pénalités civiles 114**
- .B.4. Les sanctions administratives 115**
- .II. La mise en cause du maître d'ouvrage dans une affaire de dumping social 117**
- .A. L'hébergement collectif indigne des salariés 118**
- .B. Le non respect du salaire minimal légal ou conventionnel ou les rappels de salaire 119**
- **.B.1. Quelle(s) disposition(s) du code du travail s'applique(nt) lorsque l'entreprise défaillante est établie à l'étranger ? 120**
 - **.B.2. Quelles sont les trois options (alternatives ou cumulatives) à la disposition de l'agent de contrôle habilité ? 120**
 - **.B.2.1. L'option spécifique à l'entreprise étrangère de l'article L.1262-4-3 du code du travail 120**
 - **.B.2.2. L'option spécifique à l'entreprise établie en France de l'article L.3245-2 du code du travail 122**
 - **.B.2.3. L'option toute entreprise de l'article L.8281-1 du code du travail relatif au non respect du noyau dur de la législation du travail 123**
- .C. Le non respect du noyau dur de la législation du travail 124**
- .D. Le défaut d'affichage de la réglementation applicable au salarié détaché 126**
- .III. Les autres mises en cause possibles du maître d'ouvrage 126**
- .A. La vérification du respect de la déclaration de détachement à effectuer par l'entreprise étrangère 127**

.B. La vérification du respect par l'entreprise étrangère de la désignation de son représentant en France 132

.C. La déclaration d'accident du travail survenu à un salarié détaché d'une entreprise étrangère cocontractante 134

3^{ème} partie La mise en cause de toute autre personne 137

.A. Le dirigeant ou le gérant de fait 139

.B. Le complice 140

.C. Celui qui fait de la publicité en faveur du travail dissimulé 142

.D. Les autres entreprises de la chaîne de sous-traitance 145

.E. La personne qui blanchit le produit du travail illégal 146

.F. Le receleur 146

.G. L'auteur d'un hébergement collectif de salariés 147

.H. L'intermédiaire 150

.I. La société de domiciliation 151

4^{ème} partie Jurisprudence 155

OBSERVATION GENERALE

Travail illégal et dumping social sont des notions qui ne se confondent pas, même si elles sont souvent associées et sécantes.

Le travail illégal, qui n'est pas une infraction en soi, est une appellation juridique¹, 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 comprend les infractions suivantes :

- .- le travail dissimulé,
- .- l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail,
- .- le marchandage,
- .- le prêt illicite de main-d'œuvre,
- .- le cumul irrégulier d'emplois,
- .- la fraude ou la fausse déclaration pour obtenir un revenu de remplacement.

Le travail illégal fait partie incontestablement du dumping social.

A l'inverse, **le dumping social** est une appellation usuelle, sans contenu juridique précis, et donc à géométrie variable selon les auteurs.

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 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.

Ainsi constituent assurément du dumping social, sans relever pour autant de la sphère du travail illégal : le non respect du SMIC ou des minima de rémunération conventionnelle étendus, la pratique d'horaires de travail au delà des plafonds autorisés, le non respect du repos hebdomadaire et le non paiement des cotisations à la caisse de congés payés et l'utilisation astucieuse par les entreprises étrangères des certificats de détachement pour ne pas payer de cotisations sociales en France (mobilité internationale intragroupe).

¹ Appellation créée par la loi n° 93-1313 du 16 décembre 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle (article 33).

QUELQUES REMARQUES LIMINAIRES

.1. Le présent ouvrage ne traite que des situations de vraie sous-traitance et de vraie prestation de services internationale. On se reportera utilement aux autres Modes d'emploi traitant de façon spécifique le travail dissimulé, la fausse sous-traitance, l'emploi illégal d'un salarié étranger sans titre de travail, les entreprises étrangères et le contrôle de l'emploi du mannequin, disponibles sur le site de l'auteur <https://herveguichaoua.fr/> à la rubrique Guides – Modes d'emploi.

.2. Dans une affaire de travail illégal ou de dumping social, l'entreprise qui est l'auteur de la fraude n'est pas la seule personne qui peut être impliquée et mise en cause au titre de la législation applicable.

L'objet du présent ouvrage est de présenter tous les autres protagonistes, qui ont participé à la fraude et/ou en ont bénéficié et d'indiquer dans quelles conditions, au titre de la loi ou de la jurisprudence, leur responsabilité (pénale, civile, financière, administrative) peut être recherchée et engagée.

.3. La mise en cause du donneur d'ordre, du maître d'ouvrage et de tous autres relève d'une part de l'application directe de dispositions spécifiques inscrites (essentiellement) dans le code du travail et d'autre part des requalifications des situations contractuelles d'activité ou de travail prononcées par le juge.

.4. Dès l'origine de l'introduction dans la législation française des premières dispositions destinées à lutter contre ce qui est appelé aujourd'hui le travail illégal², le souci du législateur a été de pouvoir rechercher la responsabilité du bénéficiaire de la prestation effectuée en marge de la légalité, c'est-à-dire du donneur d'ordre qui a passé directement la commande et qui la paie. Il a toujours été admis que cette mise en cause était légitime et essentielle à l'efficacité de la lutte contre les formes les plus marquées du travail illégal³: le donneur d'ordre choisit son cocontractant, il fixe, voire impose, les prix compte tenu de son envergure financière et économique ; il est souvent plus solvable que son prestataire dont la durée de vie peut être de surcroît éphémère.

.5. Les conditions et les modalités de mise en cause du donneur d'ordre se sont précisées et développées au fil du temps, pour connaître un tournant décisif avec la loi du 31 décembre

² Loi du 11 octobre 1940 sur les cumuls d'emplois.

³ Le travail dissimulé, l'emploi de salarié étranger sans titre de travail, le marchandage et le prêt illicite de main-d'œuvre.

1991⁴ qui a mis fin à une relative impunité du donneur d'ordre, due à une rédaction inappropriée et peu opérante des textes alors en vigueur.

En effet, initialement prévu au plan pénal pour lutter contre le travail dissimulé⁵, le régime de la mise en cause du donneur d'ordre a été modifié une première fois en 1972⁶, en y ajoutant sa responsabilité financière, associée à une condamnation pénale préalable de l'auteur du travail dissimulé.

La loi du 31 décembre 1991 a élargi et renforcé sensiblement le champ de la mise en cause pénale du bénéficiaire de la prestation par l'introduction de la notion d'interposition de personne et a créé un régime de responsabilité économique totalement autonome du pénal, appelé la solidarité financière, permettant d'impliquer également pour la première fois le maître d'ouvrage⁷.

La loi du 11 mars 1997⁸ a dupliqué le principe de la solidarité financière pour les affaires d'emploi de salarié étranger sans titre de travail. Ce dispositif a lui-même été complété par la loi du 16 juin 2011⁹.

Tout récemment, la loi Savary du 10 juillet 2014¹⁰, la loi Macron du 6 août 2015¹¹, la loi Travail du 8 août 2016¹², la loi Travail du 5 septembre 2018¹³ et l'ordonnance Travail du 20 février 2019¹⁴ ont élargi le périmètre des obligations et de la mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage à l'intervention des entreprises étrangères et à la lutte contre le dumping social qui vise d'autres pratiques de fraude à la loi que celles relevant juridiquement du travail illégal.

.6. La jurisprudence¹⁵, aujourd'hui abondante, apporte une contribution décisive en matière de lutte contre le travail illégal relative à la mise en cause des donneurs d'ordre, en indiquant très utilement la portée de ces textes, fortement contestés par les intéressés devant les tribunaux. Elle élargit en outre les situations de leur mise en cause prévues par la loi, en tirant toutes les conséquences de la requalification de relations contractuelles apparemment commerciales en relations de travail salarié.

⁴ Loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991 renforçant la lutte contre le travail clandestin et la lutte contre l'organisation de l'entrée et du séjour irréguliers d'étrangers en France.

⁵ Loi du 11 octobre 1940 précitée.

⁶ Loi n° 72-648 du 11 juillet 1972 définissant et sanctionnant le travail clandestin.

⁷ En effet, un donneur d'ordre n'a pas nécessairement la qualité de maître d'ouvrage qui se trouve à l'initiative et au sommet du processus économique.

⁸ Loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal.

⁹ Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

¹⁰ Loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale.

¹¹ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

¹² Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

¹³ Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel.

¹⁴ Ordonnance n°2019-116 du 20 février 2019 portant transposition de la directive du 28 juin 2018 sur le détachement.

¹⁵ La jurisprudence actuellement disponible ne concerne pas la loi Savary, la loi Macron et la loi Travail, compte tenu de leur très récente entrée en vigueur. *Voir cependant infra p.160 et p.166* les décisions du Conseil constitutionnel.

La jurisprudence apporte également des précisions sur la mise en cause d'autres personnes, qui sont impliquées dans ces affaires, qui n'ont pas la qualité de donneur d'ordre ou de maître d'ouvrage.

.7. Dans un environnement économique fortement marqué par l'intervention des entreprises étrangères sur le territoire français, il est essentiel de savoir que l'ensemble de ce dispositif juridique (textes d'application directe et jurisprudence relative à la requalification) s'applique sans réserve au donneur d'ordre, au maître d'ouvrage (et à tous autres) qui recourent à un opérateur économique établi hors de France.

QUELLES SONT LES DIFFERENTES PERSONNES SUSCEPTIBLES D'ÊTRE MISES EN CAUSE DANS UNE AFFAIRE DE TRAVAIL ILLÉGAL OU DE DUMPING SOCIAL ?

.A. Outre l'auteur initial du travail illégal ou des pratiques de dumping social, la loi et la jurisprudence permettent de mettre en cause, selon les situations rencontrées, plusieurs autres protagonistes, identifiés sous des dénominations variées.

Parmi ces appellations, certaines sont mentionnées explicitement par le code du travail : le donneur d'ordre, le maître d'ouvrage, le cocontractant, le sous-traitant direct et le sous-traitant indirect, ainsi que celui qui fait de la publicité.

La mise en cause de ces personnes n'est pas exclusive l'une de l'autre ; différentes personnes, en raison de leur qualité respective, peuvent être mises en cause de façon cumulative dans une même affaire.

La qualité et le rôle de chacun de ces protagonistes méritent d'être préalablement précisés, pour éviter des erreurs d'incrimination et de mise en cause ou pour éviter des oublis dans les procédures.

.B. Le coauteur

La co-action est appréciée par le juge. Le co-auteur existe dès lors que deux ou plusieurs personnes ont concouru à la commission de la même infraction. La co-action a été reconnue par une décision de principe de la Cour de cassation¹⁶ dans les affaires de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre¹⁷ ; l'entreprise qui fournit le salarié et l'entreprise qui l'utilise sont considérées toutes les deux, à responsabilité égale, comme co-auteurs de ces infractions. L'une n'est pas auteur et l'autre *simple* complice. La co-action est retenue lorsqu'existent des cogérants¹⁸ ou lorsque le dirigeant de droit et le dirigeant de fait d'une entreprise (**voir infra p.139**) sont reconnus tous eux coupables de travail dissimulé ; dans certaines affaires, l'un des deux peut être condamné en qualité de complice.

La co-action peut trouver également à s'appliquer dans les affaires où le juge reconnaît, malgré la jurisprudence restrictive de la Cour de cassation¹⁹, le co-emploi d'un salarié par deux entreprises qui appartiennent au même groupe, hors subordination juridique. A ce jour, la Cour de cassation n'a pas eu à se prononcer sur des affaires de travail illégal dans lesquelles l'existence d'une situation de co-emploi était invoquée.

L'intérêt de la co-action ou du co-emploi est de permettre de s'adresser à l'ensemble des responsables de droit ou de fait pour obtenir la régularisation de la situation et des droits lésés résultant du travail illégal.

¹⁶ Cass. crim. n° 87-81212 du 25 avril 1989 RNUR LUBRIZOL SOCAM.

¹⁷ Fausse sous-traitance, travail temporaire et agence de mannequins en dehors du cadre légal.

¹⁸ Cass. crim. n° 14-82092 du 9 juin 2015 SOCIETE AU PARADIS travail dissimulé et emploi de salarié étranger sans titre de travail; 5 gérants d'une même société coauteurs pour infraction aux règles de sécurité à la suite d'un accident du travail; Cass. crim. n° 92-80157 du 19 janvier 1993 CITEM.

¹⁹ Not. Cass. soc. n° 13-15208 du 2 juillet 2014 MOLEX AUTOMOTIVE ; cass. soc. n° 14-17834 du 31 mars 2016 SE TRANSPORTS ET SOLOGNE ; cass. soc. n° 17-15903 du 13 février 2019 IMPRIMERIE FERREOL.

.C. Le donneur d'ordre

Le donneur d'ordre est l'appellation la plus récurrente et la plus ancienne utilisée dans le code du travail. Le donneur d'ordre est celui qui passe personnellement une commande à une entreprise pour la réalisation d'un travail; il est cocontractant. C'est le client direct, au sens usuel de ce terme. Le donneur d'ordre peut être quiconque, un professionnel, une personne morale de droit privé ou de droit public ou un particulier.

Lorsqu'une entreprise utilisatrice recourt à une entreprise de travail temporaire ou à une agence de mannequins, elle a la qualité de donneur d'ordre.

Dans une chaîne de sous-traitance à plusieurs rangs, il existe autant de donneurs d'ordre que de niveaux de sous-traitance. Un sous traitant, qui sous-traite lui-même, est le donneur d'ordre de son propre sous-traitant.

La qualité de donneur d'ordre n'est donc pas unique, contrairement à celle de maître d'ouvrage.

Un maître d'ouvrage est également et nécessairement un donneur d'ordre à l'égard de l'entreprise ou des entreprises auxquelles il s'adresse directement pour réaliser un travail. Il cumule ces deux qualités.

.D. Le maître d'ouvrage

Le maître d'ouvrage est celui qui se trouve au sommet de la chaîne de sous-traitance; il prend l'initiative du processus économique et pour le compte duquel l'ouvrage est réalisé²⁰. Le maître d'ouvrage est destinataire final du travail réalisé et en assure la plupart du temps son financement.

Le maître d'ouvrage peut être quiconque, un professionnel, une personne morale de droit privé ou de droit public ou un particulier.

Le maître d'ouvrage est également donneur d'ordre à l'égard de l'entreprise ou des entreprises auxquelles il s'adresse directement pour réaliser un travail ; il cumule les deux qualités. Mais a contrario, un donneur d'ordre n'est pas nécessairement maître d'ouvrage²¹.

Ainsi, lorsqu'une disposition du code du travail vise indifféremment et à la fois le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage, il s'agit de deux entités juridiques différentes à qui s'applique cette disposition. L'une ou l'autre de ces deux entités juridiques peut être donc mise en cause indifféremment au titre de cette disposition.

.E. Le maître d'ouvrage délégué

Par manque de temps ou de compétences, le maître d'ouvrage peut confier tout ou partie de ses attributions à une personne physique et morale qui aura alors en charge, sur instructions du maître d'ouvrage, de le représenter et d'exécuter ses prérogatives et

²⁰ Voir également l'article 2 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

²¹ Un sous-traitant de 3^{ème} rang qui sous-traite est un donneur d'ordre, mais pas un maître d'ouvrage.

obligations. Il se substitue donc en principe au maître d'ouvrage dans ses obligations légales, dans les limites du mandat qu'il a reçu²².

Ni la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, ni le code du travail ne font état du maître d'ouvrage délégué dont l'existence et les missions sont prévues par les articles 3 et 5 de la loi du 12 juillet 1985²³. Il n'existe pas non plus à ce jour de jurisprudence relative à la responsabilité et à la mise en cause du maître d'ouvrage délégué dans une affaire de travail illégal.

Sauf appréciation contraire du juge, le maître d'ouvrage délégué lorsqu'il existe, et est titulaire d'un mandat en bonne et due forme du maître d'ouvrage, est dès lors substitué à celui-ci dans les obligations fixées par le code du travail en matière de lutte contre le travail illégal et le dumping social. Dans le cas contraire, la responsabilité du maître d'ouvrage pourra être retenue de façon exclusive ou co-retenue avec celle du maître d'ouvrage délégué.

.F. Le maître d'œuvre

Il est désigné par le maître d'ouvrage qui le rémunère, soit pour assurer la conception de l'ouvrage à réaliser, soit pour assurer le suivi de la bonne exécution de l'ouvrage à réaliser. Le maître d'ouvrage peut lui confier les deux missions. Il s'agit souvent d'un architecte ou d'un cabinet d'études spécialisé.

L'appellation de maître d'œuvre n'apparaît, ni dans la loi du 31 décembre 1975, ni dans les dispositions du code du travail relatives à la lutte contre le travail illégal et le dumping social car il exécute les directives du maître d'ouvrage et en est son préposé. Pour autant, sa responsabilité peut être mise en cause, le cas échéant, au titre de la complicité.

.G. Le cocontractant

Cette appellation a été précisément choisie, validée par le Conseil d'Etat et retenue dans la loi du 31 décembre 1991²⁴, pour bien viser les deux parties à une relation commerciale identifiée, voire toutes les parties si la relation commerciale est multilatérale. L'appellation de cocontractant est utilisée dans les dispositions du code du travail qui traitent de la solidarité financière. Le cocontractant est soit l'auteur du travail réalisé (cocontractant en aval), soit le destinataire de ce travail (cocontractant en amont).

Le cocontractant peut être quiconque, un professionnel, une personne morale de droit privé ou de droit public ou un particulier (dans le cadre du travail temporaire, l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice sont cocontractantes).

Le maître d'ouvrage est donc à la fois donneur d'ordre et cocontractant (en amont). Le donneur d'ordre est également cocontractant (en aval).

²² Par précaution, il conviendra parfois de demander le contrat de mandat pour connaître les missions précises confiées au maître d'ouvrage délégué.

²³ Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 précitée.

²⁴ Loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991 renforçant la lutte contre le travail clandestin et la lutte contre l'organisation de l'entrée et du séjour irréguliers d'étrangers en France.

.H. Le client

L'appellation de client n'est jamais utilisée dans la législation du travail relative à la lutte contre le travail illégal et le dumping social, bien qu'elle soit facilement comprise et donc fréquemment utilisée. Le législateur lui a préféré les termes plus juridiques de donneur d'ordre ou de cocontractant qui visent la même personne.

.I. L'entreprise principale

L'entreprise principale est une expression qui relève essentiellement de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance. L'entreprise principale est celle qui est titulaire d'un marché directement confié par le maître d'ouvrage. Il peut donc exister plusieurs entreprises principales concomitantes si, pour l'exécution d'un travail déterminé, le maître d'ouvrage a conclu des contrats avec des entreprises différentes, en fonction de leur savoir-faire respectif. Chaque entreprise principale est titulaire d'un lot.

Est également qualifiée d'entreprise principale à l'égard de son propre sous-traitant, en application de l'article 2 de la loi du 31 décembre 1975, l'entreprise sous-traitante de premier rang qui elle-même sous-traite.

L'entreprise principale est cocontractante du maître d'ouvrage en aval et de son sous-traitant en amont, si elle sous-traite. Dans ce second cas, elle est également donneur d'ordre et cliente de son sous-traitant.

.J. L'entreprise générale

L'entreprise générale est celle qui a obtenu du maître d'ouvrage la réalisation de la totalité du travail ; elle se voit confier un marché tous corps d'état (TCE)²⁵. L'entreprise générale sous-traite nécessairement, car elle ne dispose pas de toutes les compétences pour réaliser le marché dans son intégralité. A contrario, le maître d'ouvrage n'a qu'un interlocuteur contractuel qui est l'entreprise générale et il sait nécessairement par avance qu'elle va sous-traiter.

L'entreprise générale est donneur d'ordre à l'égard de toutes les entreprises cocontractantes à qui elle sous-traite nécessairement.

.K. Le sous-traitant

En application des dispositions de la loi du 31 décembre 1975, le sous-traitant est celui qui se voit confier par l'entreprise principale l'exécution de tout ou partie de son contrat ou de son marché.

En référence à la définition du Conseil économique et social qui vise une relation commerciale bilatérale, le sous-traitant est toute entreprise qui se voit confier un travail par un donneur d'ordre (par exemple, l'entreprise de nettoyage qui assure la propreté des locaux d'un hypermarché). Dans certains secteurs d'activité, le terme de sous-traitant est

²⁵ Il n'existe pas de définition juridique de l'entreprise générale.

traditionnellement peu ou pas usité ; on lui préfère celui de prestataire, dont la signification est identique²⁶.

Le sous-traitant, quel que soit son rang, est cocontractant en aval de son donneur d'ordre. Il devient lui-même donneur d'ordre, client et entreprise principale s'il sous-traite.

.- **Le sous-traitant direct** est celui qui a contracté avec l'entreprise principale titulaire du marché (sous-traitant de 1^{er} rang).

.- **Le sous-traitant indirect** n'a pas contracté avec l'entreprise principale titulaire du marché. Il a obtenu un marché du sous-traitant de 1^{er} rang ou d'un rang inférieur.

Le sous-traitant, direct ou indirect, est mentionné et visé en tant que tel dans le code du travail, au titre des dispositions relatives à la lutte contre le travail illégal et le dumping social.

.L. L'entreprise utilisatrice

L'entreprise utilisatrice, mentionnée aux articles R.4511-1 et suivants du code du travail, est un donneur d'ordre dans le cadre d'une opération de sous-traitance, au sens de la définition du Conseil économique et social, réalisée par l'entreprise extérieure. Elle est également maître d'ouvrage, client et cocontractant en amont de l'entreprise extérieure à qui elle fait appel.

L'entreprise utilisatrice n'est pas mentionnée et visée en tant que telle dans le code du travail, au titre des dispositions relatives à la lutte contre le travail illégal et le dumping social.

.M. L'entreprise extérieure

L'entreprise extérieure, mentionnée aux articles L.4511-1, R.4511-1 et suivants du code du travail, est un sous-traitant, au sens de la définition du Conseil économique et social, du donneur d'ordre qu'est l'entreprise utilisatrice. Elle n'est pas nécessairement sous-traitante au sens de la loi du 31 décembre 1975, si elle traite directement avec l'entreprise utilisatrice. Elle est cocontractante en aval de l'entreprise utilisatrice.

L'entreprise extérieure n'est pas mentionnée et visée en tant que telle dans le code du travail, au titre des dispositions relatives à la lutte contre le travail illégal et le dumping social.

.N. Le prestataire

Le prestataire est un terme franco français très usuel, parfois utilisé pour désigner, dans une relation commerciale, un sous-traitant, dans le sens donné par la définition du Conseil économique et social, c'est-à-dire dans une relation bilatérale. Le terme prestataire est en

²⁶ Un consultant ou un formateur à qui une entreprise fait appel sera plutôt appelé un prestataire qu'un sous-traitant. Idem dans la grande distribution pour l'animation d'un événement ou d'une promotion, la mise en place ou la gestion de rayons ou de marchandises.

effet préféré à celui de sous-traitant dans de nombreux secteurs d'activité, notamment pour les activités intellectuelles ou dématérialisées ou les activités relevant du secteur tertiaire²⁷.

.O. Le prestataire de services

L'expression prestataire de services peut être employée et comprise de deux façons différentes :

- au sens historique et franco français, le prestataire de services est celui qui exécute un travail pour un donneur d'ordre; cette appellation est habituellement utilisée pour les travaux ou les activités qui ne relèvent pas du secteur industriel ou de la production. Cette expression reste d'actualité et conserve tout son sens.

- au sens communautaire²⁸ ou transnational, le prestataire de services est l'entreprise qui vient en France effectuer une activité économique temporaire à la demande et pour le compte d'un donneur d'ordre. On peut, de ce fait, quasi assimiler prestataire de services et sous-traitant, même si les deux notions ne se recouvrent pas complètement. A contrario, une entreprise étrangère qui intervient pour son compte propre en France n'est pas un prestataire de services; elle est éventuellement cocontractante en amont d'une entreprise française²⁹.

Le prestataire de services est mentionné et visé dans le code du travail au titre de la lutte contre le dumping social, mais pas au titre de la lutte contre le travail illégal.

.P. L'utilisateur

L'appellation d'utilisateur est principalement usitée pour désigner l'entreprise qui bénéficie d'une prestation essentiellement constituée par la mise à disposition de personnel (salarié intérimaire, mannequin, salarié d'une association de services à la personne, salarié d'une association intermédiaire, salarié porté...).

L'utilisateur est un donneur d'ordre, un client et un cocontractant en amont.

Dans une relation commerciale relevant du travail temporaire, l'entreprise utilisatrice est donc donneur d'ordre et cocontractante en amont de l'entreprise de travail temporaire.

Dans le cadre d'une relation commerciale relevant de la fausse sous-traitance³⁰, l'utilisateur du salarié qui lui est prêté et du prétendu travailleur indépendant est un donneur d'ordre et un client, avant qu'il ne soit requalifié en salarié.

L'utilisateur n'est pas mentionné et visé en tant que tel dans le code du travail, au titre des dispositions relatives à la lutte contre le travail illégal et le dumping social. Par ailleurs, sa mise en cause relève également d'une démarche de requalification du juge qui va le considérer comme employeur.

²⁷ Dans le BTP, un pelliste est aussi appelé un prestataire.

²⁸ Articles 56 et 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

²⁹ Par exemple, si elle démonte des machines outils qu'elle a achetées à l'entreprise française.

³⁰ Voir le « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance » 1^{ère} édition Octobre 2015, du même auteur.

.Q. Celui qui fait de la publicité

Toute personne qui fait de la publicité pour le travail dissimulé commet une infraction spécifique, puisque le code du travail interdit expressément une telle publicité. Le directeur de publication a par ailleurs des obligations particulières fixées par le code du travail lorsqu'il publie une offre de service, de travail ou de vente.

La personne qui fait de la publicité permettant la commission d'une autre infraction relevant de la sphère du travail illégal peut voir sa responsabilité engagée au titre de la complicité.

.R. Le complice

La complicité, telle que définie par l'article 121-7 du code pénal, est une incrimination qui trouve à s'appliquer dans les affaires de travail illégal, constitué essentiellement de délits. En effet, est complice la personne qui, sciemment, par aide ou assistance, a facilité la préparation ou la consommation d'un crime ou d'un délit. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir a provoqué à une infraction ou a donné des instructions pour la commettre.

L'acte de complicité se retrouve fréquemment dans les affaires de travail illégal, mais cette infraction n'est pas systématiquement identifiée, mentionnée et relevée dans les procédures. La complicité en matière de travail illégal peut caractériser un très large spectre de comportements très hétérogènes, depuis le gestionnaire d'un centre commercial qui accepte sans vérification l'installation dans ses galeries d'exposants ou de vendeurs non inscrits au RCS, jusqu'au comptable qui accepte de transformer sur les bulletins de paie des heures de travail en primes.

La complicité existe de plein droit, sans qu'il soit nécessaire de la mentionner dans la législation du travail.

.S. L'intermédiaire

L'intermédiaire est celui qui met en relation deux ou plusieurs personnes qui commettent des infractions relevant du travail illégal et/ou qui en sont victimes.

L'intermédiaire est quiconque, une entreprise, une association, une personne physique ou « un particulier ». L'intermédiaire est mis en cause soit comme auteur, soit comme complice, selon les fraudes constatées. Dans les affaires transnationales, l'intermédiaire peut être établi à l'étranger. En règle générale, l'intermédiaire reçoit une contrepartie financière ou en tire un avantage économique.

.T. La société de domiciliation

La société de domiciliation, qui accueille le siège social d'une ou de plusieurs autres entreprises, a des obligations spécifiques de transparence à l'égard de ces entreprises qu'elle héberge, lorsqu'un contrôle est opéré dans ses locaux au titre de la lutte contre le travail dissimulé. Le non respect de cette transparence entraîne à ce titre sa responsabilité pénale personnelle et directe, ainsi que, le cas échéant, au titre de la complicité.

1^{ère} partie

LA MISE EN CAUSE DU DONNEUR D'ORDRE

LA MISE EN CAUSE DU DONNEUR D'ORDRE

Le donneur d'ordre est celui qui choisit de recourir à l'entreprise³¹ qui s'affranchit de la loi et qui contracte personnellement avec elle. Il est en contact direct avec cette entreprise dont il est cocontractant et client, qui lui rend compte et qui lui facture.

Le donneur d'ordre est quiconque, une autre entreprise, une personne morale de droit privé ou de droit public, une association ou un particulier. Le donneur d'ordre est établi en France ou à l'étranger.

Le maître d'ouvrage est nécessairement un donneur d'ordre ; il cumule les deux qualités. Le sous-traitant, lorsqu'il sous-traite lui-même, devient à son tour donneur d'ordre.

La législation permet de mettre en cause le donneur d'ordre dans trois grandes catégories de situations :

- dans une affaire de travail illégal,
- dans une affaire de dumping social,
- lorsqu'il recourt à une entreprise étrangère, hors situation de travail illégal et de dumping social.

Chacune de ces mises en cause est juridiquement autonome et obéit à des conditions spécifiques de mise en œuvre.

Parmi les différents protagonistes susceptibles d'être mis en cause au regard de la loi ou de la jurisprudence, le donneur d'ordre est celui qui est le plus souvent impliqué, car il est le plus proche de l'entreprise défaillante, et donc le plus visible.

Cette proximité explique l'état du droit et la jurisprudence à son égard, qui l'interpellent et le ciblent au premier chef.

Pour cette raison, les développements qui suivent intéressant le donneur d'ordre seront les plus longs et les plus détaillés.

Nota

La mise en cause d'un donneur d'ordre établi à l'étranger est possible en droit, dès lors qu'il commet sur le territoire français l'acte répréhensible qui lui est reproché. La loi française est d'application territoriale ; un donneur d'ordre établi à l'étranger ne saurait être tenu de respecter la loi française, notamment à l'égard de ses obligations de vigilance si celles-ci sont préalables au détachement du ou des salariés en France de son sous-traitant.

³¹ Dans le présent document, le terme « entreprise » ou « opérateur économique » vise, par commodité, toute personne physique ou morale (travailleur indépendant, entreprise commerciale, association ...) qui fournit un travail à un tiers ou un service contre rémunération.

Ainsi, un donneur d'ordre établi à l'étranger qui pratique de la fausse sous-traitance en France est susceptible d'être mis en cause pour marchandage, prêt illicite de main d'œuvre et travail dissimulé.

A l'inverse, une agence de voyages établie à l'étranger, qui confie le transport terrestre de ses clients à un autocariste lui-même établi à l'étranger (exemple, une agence de voyages chinoise qui confie le transport terrestre de ses clients en France à un autocariste anglais), n'est pas tenue de vérifier que cette entreprise anglaise a établi, avant son intervention en France, une ou plusieurs attestations de détachement ; par suite, elle n'est pas tenue d'établir une ou plusieurs attestations de détachement de substitution. A contrario, l'autocariste anglais, qui n'est pas donneur d'ordre, mais qui preste en France, est tenu d'établir la ou les attestations de détachement.

.I. La mise en cause du donneur d'ordre dans une affaire de travail illégal

La mise en cause du donneur d'ordre est possible pour les quatre infractions majeures relevant du champ du travail illégal : le travail dissimulé, l'emploi d'un salarié étranger employé sans titre de travail (et de séjour), le marchandage et le prêt illicite de main-d'œuvre³².

.A. Au titre du travail dissimulé³³

Pour mémoire, le travail dissimulé, interdit par la loi, correspond à sept situations (incriminations) différentes :

- le fait pour un opérateur économique de n'avoir pas requis son inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, lorsqu'elle est obligatoire,
- le fait pour un opérateur économique de continuer à exercer son activité professionnelle après sa radiation du registre du commerce et des sociétés ou du répertoire des métiers,
- le fait pour un opérateur économique de n'avoir pas procédé à ses déclarations fiscales ou sociales, initiales ou périodiques,
- le fait pour un employeur de ne pas avoir procédé à la DPAE d'un salarié,
- le fait pour un employeur de ne pas avoir remis le bulletin de paie au salarié,
- le fait pour un employeur de mentionner sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui accompli par le salarié dans le mois auquel il se rapporte³⁴,

³² Comme indiqué supra page 14, seules sont traitées dans cet ouvrage la mise en cause du donneur d'ordre pour recours à du travail dissimulé et la mise en cause pour recours à une entreprise qui emploie un salarié étranger sans titre de travail ; les autres mises en cause relèvent de la fausse sous-traitance (voir à ce sujet le « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance » Octobre 2015, du même auteur).

³³ Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle du travail dissimulé » 1^{ère} édition Juin 2017, du même auteur.

³⁴ Sauf dérogation résultant d'une convention ou d'un accord d'aménagement du temps de travail.

.- le fait pour un employeur de n'avoir pas procédé à ses déclarations fiscales ou sociales, initiales ou périodiques, en raison de l'emploi d'un salarié.

Ces comportements doivent être intentionnels.

.A.1. La mise en cause pénale

Le 3° de l'article L.8221-1 du code du travail interdit le recours intentionnel à du travail dissimulé, qui est un délit passible du tribunal correctionnel. Le donneur d'ordre qui recourt de façon intentionnelle à une entreprise qui pratique du travail dissimulé commet ce délit. Il s'expose aux mêmes sanctions que l'entreprise à qui il fait appel et qui enfreint la loi en qualité d'auteur du travail dissimulé.

.A.1.1. Le recours à une entreprise établie en France

Les sept interdictions et incriminations posées par le code du travail s'appliquent, sans réserve, à un opérateur économique ou un employeur établi en France ; un donneur d'ordre ne peut donc recourir à une entreprise française qui viole l'une ou l'autre de ces interdictions.

.A.1.1.1. Dans une position de principe, la Cour de cassation rappelle que la rédaction du 3° de l'article L.8221-1 du code du travail oblige le donneur d'ordre à justifier de toutes les diligences et vérifications qu'il a effectuées spontanément auprès de son cocontractant pour s'assurer que celui-ci ne pratique pas du travail dissimulé, sous l'une ou l'autre de ses formes.

Cette position de principe de la Cour de cassation résulte d'une décision de la chambre criminelle du 4 novembre 1997³⁵. La formulation de cet arrêt de principe a été reprise ultérieurement dans d'autres décisions de la Cour de cassation.

La Cour de cassation laisse le soin au juge du fond de rechercher, dans l'affaire qui lui est soumise, quelles sont les diligences et vérifications particulières effectuées par le donneur d'ordre à l'égard de son sous-traitant et d'apprécier si ces diligences et vérifications sont, en fonction des caractéristiques de chaque affaire, pertinentes, appropriées et suffisantes.

Les diligences et les vérifications opérées par le donneur d'ordre détermineront le caractère intentionnel ou non du recours par le donneur d'ordre à l'entreprise qui pratique du travail dissimulé.

La Cour de cassation ne fixe aucune limite aux diligences et aux vérifications que doit accomplir le donneur d'ordre.

Un donneur d'ordre ne peut donc échapper à sa responsabilité en déclarant qu'il n'avait pas à procéder à des vérifications ou en faisant état de vérifications minimalistes, incomplètes ou superficielles.

³⁵ Cass. crim. n° 96-86211 du 4 novembre 1997 VAR EXPANSION; confirmation not. par Cass. crim. n° 05-80170 du 27 septembre 2005 JK BATIMENT.

Ces diligences et, qui par nature peuvent être diverses et variées en fonction de la situation de travail dissimulé rencontrée, sont constatées et appréciées dans un premier temps par les services de contrôle ou de recouvrement, puis par le juge lorsqu'il reçoit leurs procédures³⁶.

.A.1.1.2. La Cour de cassation a complété son analyse, en précisant, au fil des affaires qui lui ont été soumises, notamment que constituent du recours intentionnel à du travail dissimulé :

.- le fait de rémunérer le sous-traitant à un niveau qui ne lui permet pas de s'acquitter de ses obligations fiscales et sociales³⁷,

.- le fait que ce sous-traitant dispose de faibles moyens³⁸,

.- le fait de constater que le nombre de salariés officiels du sous-traitant ne suffit pas à réaliser la commande³⁹,

.- le fait de ne pas lui avoir demandé tous les documents prévus dans le cadre de la solidarité financière⁴⁰,

.- le fait de ne pas avoir vérifié l'existence et la sincérité des documents susceptibles d'établir que l'entreprise cocontractante avait effectué les déclarations sociales et fiscales lui incombant et ne s'adonnait pas au travail dissimulé, soit par dissimulation d'activité soit par dissimulation d'emploi salarié⁴¹.

Bien plus, la Cour de cassation considère que les vérifications effectuées par le donneur d'ordre au titre de la solidarité financière ne suffisent pas à l'exonérer de sa responsabilité pénale, dès lors que des éléments objectifs laissent à penser que le risque de travail dissimulé est a priori avéré⁴².

Nota

Quelques exemples de situations dans lesquelles les vérifications effectuées au titre de la solidarité financière sont insuffisantes :

.- un donneur d'ordre contracte avec une entreprise qui n'a pas de salarié ou qui emploie des salariés en nombre insuffisant,

.- un donneur d'ordre qui contracte avec une entreprise qui facture à des prix anormalement bas (cas typique du recours à des entreprises de gardiennage et de surveillance),

.- un donneur d'ordre qui contracte avec une entreprise qui a son siège dans une entreprise

³⁶ Cass. crim. n° 03-87752 du 22 juin 2004 FOLYMODE.

³⁷ Cass. crim n° 95-82009 du 11 mars 1997 SCA LA MOUTONADE.

³⁸ Cass. crim. n° 00-83920 du 13 février 2001 SCI HAD.

³⁹ Cass. crim. n° 00-83820 du 19 décembre 2000 FRAMOD.

⁴⁰ Cass. crim n° 95-84204 du 21 janvier 1997 FRAIC'HEURE.

⁴¹ Cass. crim. n° 14-85828 du 1^{er} décembre 2015 ASM.

⁴² Cass. crim. n° 01-80013 du 4 septembre 2001 EOLE.

de domiciliation, sans autre adresse mentionnée sur l'extrait K bis,

.- un donneur d'ordre qui contracte avec une entreprise pour réaliser un travail qui ne correspond pas à son objet social,

.- un donneur d'ordre qui contracte avec une entreprise dont les locaux ne présentent aucun signe extérieur d'activité professionnelle (pas de plaque, pas de panneau),

.- un donneur d'ordre qui contracte de façon répétée avec une entreprise dont les papiers d'affaires comportent de façon durable la mention « RCS en cours » ou « RM en cours »,

. un donneur d'ordre qui contracte avec une entreprise qui recherche de la clientèle par annonces ou par publicité dans les boîtes à lettres.

Le donneur d'ordre, qui est un professionnel, doit donc démontrer qu'il a été particulièrement scrupuleux et sérieux dans le choix de son cocontractant.

.A.1.1.3. Compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation, les procédures visant le donneur d'ordre pour recours à du travail dissimulé doivent comporter tous les éléments factuels de la relation commerciale au regard desquels se prononcera le juge.

Elles doivent mentionner a minima :

.- les circonstances de leur mise en relation commerciale,

.- la date de création de l'entreprise du cocontractant,

.- si d'autres recherches de cocontractants ont été entreprises, et donc si d'autres devis ou propositions de prix ont été faites (et à quels niveaux ?),

.- l'existence ou non d'un lien de parenté,

.- si le donneur d'ordre a procédé, en tout ou partie, aux vérifications prévues au titre de la solidarité financière,

.- la nature des autres vérifications auxquelles il a procédé,

.- la nature des vérifications qu'il a omis d'effectuer,

.- si les travaux demandés par le donneur d'ordre correspondent à l'objet social du cocontractant,

.- la nature et le contenu des pièces contractuelles du marché : devis, contrat, facture, autre document,

.- si le prix payé paraît compatible avec l'importance du marché,

- si le contractant disposait des ressources humaines et techniques suffisantes⁴³,
- si la relation commerciale était ponctuelle ou habituelle.

Nota

Le montant attractif de la facture payée par le donneur d'ordre, c'est-à-dire le niveau du prix anormalement bas du marché, est souvent un élément caractéristique du travail dissimulé. Cependant, le prix anormalement bas n'est pas nécessairement évident à établir.

L'une des solutions pour le démontrer est de solliciter l'expertise d'une organisation professionnelle qui a toute qualité pour le faire. La collaboration d'une organisation professionnelle pour procéder à cette expertise sera d'autant plus aisée à obtenir qu'elle aura signé une convention de partenariat de lutte contre le travail illégal.

Même en l'absence de convention de partenariat, l'organisation professionnelle aura le souci de défendre les intérêts de sa profession face à une situation de concurrence déloyale et de dumping social.

L'expérience montre que l'expertise financière et commerciale d'une organisation professionnelle est trop rarement sollicitée pour apprécier la pertinence du niveau du prix payé par le donneur d'ordre, alors qu'elle peut être d'une grande efficacité devant le juge pénal.

.A.1.1.4. Et le recours à une entreprise qui dissimule un salarié sous un faux statut ?

Le donneur d'ordre peut-il être mis en cause parce qu'il recourt à une entreprise qui dissimule ses salariés sous un statut de prétendu travailleur indépendant, de prétendu stagiaire, de prétendu bénévole ou de prétendu détaché ?

En théorie, cette mise en cause est tout à fait possible dès lors qu'il a connaissance de cette situation ou qu'il n'a pas procédé auprès de son cocontractant à des vérifications rendues nécessaires par la particularité de la situation.

Quelques exemples :

- un diffuseur de spectacles achète à un producteur un spectacle clé en main qui nécessite la présence sur scène de 30 artistes. Or, le diffuseur ne reçoit des informations ou des documents que pour l'emploi salarié de 10 artistes ; les autres artistes sont présentés -à tort- comme des travailleurs indépendants.

⁴³ Un sous-traitant sans effectif salarié ou qui se déclare domicilié dans une société de domiciliation basée à 400 km, avec un RCS ou un RM « en cours » appelle nécessairement l'attention d'un donneur d'ordre vigilant.

- une entreprise, pour le lancement d'un nouveau produit ou d'une nouvelle marque, organise une réception avec 400 invités. Elle fait appel à un traiteur qui assure la prestation avec 3 salariés et 14 prétendus stagiaires, requalifiables en salariés.

. un hypermarché sous-traite le nettoyage de ses locaux à une entreprise qui lui fournit des justificatifs pour l'emploi de 3 salariés ; les 5 autres personnes, qui sont nécessaires pour honorer le marché, sont présentées comme des amis de la famille du gérant de l'entreprise de nettoyage.

- une entreprise recourt à des salariés intérimaires détachés d'une ETT établie à l'étranger, après avoir employé dans un premier temps ces mêmes intérimaires en qualité de salariés d'une ETT établie en France.

.A.1.2. Le recours à une entreprise établie hors de France⁴⁴

Seules certaines des 7 interdictions et incriminations posées par le code du travail en matière de travail dissimulé, et mentionnées *supra* au paragraphe **.A.**, s'appliquent juridiquement, sauf fraude à la loi⁴⁵, à un opérateur économique ou un employeur établi hors de France ; un donneur d'ordre est donc moins « exposé » au risque pénal au regard du travail dissimulé lorsqu'il recourt à une entreprise établie à l'étranger⁴⁶.

.A.1.2.1 Quelles sont les incriminations pour travail dissimulé applicables à une entreprise étrangère ?

La nature de ces incriminations dépend des modalités d'intervention de l'entreprise étrangère sur le territoire français.

.a) Dans le cadre de la prestation de services internationale, une entreprise étrangère peut être mise en cause pour :

- travail dissimulé par dissimulation d'activité économique par défaut de déclaration sociale (par exemple, un travailleur indépendant qui n'est pas couvert par un certificat de détachement et qui ne se déclare pas au RSI),

- travail dissimulé par dissimulation d'activité économique par défaut de déclaration fiscale (par exemple une société ou un travailleur indépendant établi dans un Etat tiers⁴⁷ et qui n'a pas désigné de représentant fiscal),

- travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié par défaut de remise d'un bulletin de paie ou d'un document équivalent,

- travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié par dissimulation d'heures de travail,

⁴⁴ Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » 4^{ème} édition Juin 2019, du même auteur.

⁴⁵ Fraude à l'établissement, fraude au détachement du salarié.

⁴⁶ Par entreprise étrangère, on entend soit une entreprise qui emploie des salariés (société ou travailleur indépendant), soit un travailleur indépendant qui intervient seul, sans salarié.

⁴⁷ Etat hors UE, hors EEE et hors Suisse.

Nota

La loi Travail a comblé un vide juridique datant de 9 ans⁴⁸ 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^e 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.

- travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié par défaut de déclaration sociale ou fiscale (par exemple, une société qui détache un salarié sans certificat de détachement et sans déclaration au CNFE de l'Urssaf de Strasbourg, de l'Urssaf des Alpes Maritimes pour les entreprises monégasques, de l'Urssaf du Gard pour les salariés détachés dans le secteur de la tauromachie ou de la MSA d'Alsace,

- publicité en faveur du travail dissimulé.

L'entreprise étrangère qui effectue une PSI ne peut pas être juridiquement mise en cause pour :

- travail dissimulé pour défaut d'immatriculation au RCS ou au RM (en France),

- travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié par défaut de DPAE (sauf si elle embauche en France⁴⁹).

.b) Dans le cadre d'une prestation pour compte propre, une entreprise étrangère peut être mise en cause pour :

- travail dissimulé par dissimulation d'activité économique par défaut de déclaration sociale (par exemple, un travailleur indépendant qui n'est pas couvert par un certificat de détachement et qui ne se déclare pas au RSI),

- travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié par défaut de remise d'un bulletin de paie ou d'un document équivalent,

- travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié par dissimulation d'heures de travail,

⁴⁸ Par amendement parlementaire. Cf le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » Septembre 2015 1^{ère} édition. Propositions pour améliorer le dispositif juridique p.174, du même auteur.

⁴⁹ Aucun texte communautaire ou national n'interdit à une entreprise qui effectue une PSI d'embaucher un salarié en France (voir le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » Juin 2019 4^{ème} édition p.98-99, du même auteur). Mais dans ce cas, le salarié ne relève pas du statut juridique du détachement.

- travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié par défaut de déclaration sociale (par exemple, une société qui détache un salarié sans certificat de détachement et sans déclaration au CNFE de l'Urssaf de Strasbourg, de l'Urssaf des Alpes Maritimes pour les entreprises monégasques, de l'Urssaf du Gard pour les salariés détachés dans le secteur de la tauromachie ou de la MSA d'Alsace).

L'entreprise étrangère qui effectue une prestation pour son propre compte ne peut pas être juridiquement mise en cause pour :

- travail dissimulé pour défaut d'immatriculation au RCS ou au RM (en France),
- travail dissimulé pour défaut de déclaration fiscale, car elle ne facture pas,
- travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié par défaut de DPAE (sauf si elle embauche en France⁵⁰).

.c) Dans le cadre d'une mobilité internationale intragroupe, une entreprise étrangère peut être mise en cause pour⁵¹ :

- travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié par défaut de remise d'un bulletin de paie ou d'un document équivalent,
- travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié par dissimulation d'heures de travail,
- travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié par défaut de déclaration sociale (par exemple, une société qui détache un salarié sans certificat de détachement et sans déclaration au CNFE de l'Urssaf de Strasbourg, de l'Urssaf des Alpes Maritimes pour les entreprises monégasques, de l'Urssaf du Gard pour les salariés détachés dans le secteur de la tauromachie ou de la MSA d'Alsace).

L'entreprise étrangère qui détache un salarié dans le cadre d'une vraie mobilité internationale intragroupe ne peut pas être juridiquement mise en cause pour :

- travail dissimulé pour défaut d'immatriculation au RCS ou au RM (en France),
- travail dissimulé pour défaut de déclaration fiscale, car elle ne facture pas en principe à l'entreprise d'accueil l'opération de mobilité de son salarié,
- travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié par défaut de DPAE.

.A.1.2.2. La mise en cause du donneur d'ordre pour recours à une entreprise étrangère qui pratique du travail dissimulé

La mise en cause du donneur d'ordre obéit à la jurisprudence de principe de la chambre criminelle de la Cour de cassation relative au recours à une entreprise française. Il doit en clair justifier qu'il s'est assuré par tous moyens que son cocontractant établi hors de France s'acquitte de ses obligations fiscales et de ses obligations sociales, tant en raison de son

⁵⁰ Idem.

⁵¹ A condition que le salarié détaché reste sous la subordination juridique de l'entreprise d'envoi, ce qui est assez rare. Pour les fraudes à la mobilité internationale intragroupe du salarié, voir le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » Juin 2019 4ème édition p.93 et p.220, du même auteur.

activité économique en France qu'en raison du détachement du salarié sur le territoire français. Il doit accomplir des actes positifs de vigilance et de curiosité professionnelle.

Compte tenu de cette jurisprudence, il doit prouver qu'il a au minimum procédé aux vérifications prévues par les articles D.8222-6 et suivants du code du travail, au titre de la solidarité financière.

Ainsi, il vérifie que le travailleur indépendant établi hors de France dispose d'un numéro de TVA intracommunautaire ou a désigné un représentant fiscal, s'il est établi dans un Etat tiers; il vérifie que le ou les salariés détachés disposent d'une protection sociale conforme (via la déclaration au CNFE à l'Urssaf de Strasbourg, à l'Urssaf des Alpes Maritimes pour les entreprises monégasques, à l'Urssaf du Gard pour les salariés détachés dans le secteur de la tauromachie ou à la MSA d'Alsace ou, à défaut, par la présentation du certificat nominatif de détachement).

Mais au-delà de ces vérifications minimales (mais indispensables), il s'assure, par exemple, que l'entreprise étrangère dispose des moyens techniques et humains pour exécuter le marché, ou que le nombre de certificats de détachement qui lui sont remis correspond à un nombre de salariés compatible avec la nature et l'ampleur du marché ; il peut également demander les contrats de travail des salariés détachés pour vérifier leur date et leur lieu d'embauche.

Le fait que le donneur d'ordre ait choisi de contracter avec une entreprise étrangère ne l'exonère pas, pour ce motif, de procéder à des vérifications sérieuses et crédibles auprès de celle-ci, tout comme doit le faire un donneur d'ordre qui contracte avec une entreprise établie en France.

.A.1.2.3 Quid de la mise en cause du donneur d'ordre si l'entreprise étrangère fraude à la loi ?

L'entreprise étrangère qui exerce son activité économique sur le territoire français pour le compte d'un donneur d'ordre peut commettre deux fraudes⁵² à la loi : la fraude à l'établissement et la fraude au détachement du salarié.

La fraude à l'établissement consiste pour une entreprise étrangère qui exerce une activité économique sur le territoire à s'abstenir de créer un établissement, alors qu'elle aurait dû requérir son immatriculation au RCS ou au RM ou qu'elle aurait dû procéder à des déclarations fiscales et sociales en qualité d'établissement, soit parce qu'elle déploie en France une activité stable et continue, soit parce qu'elle n'a pas d'activité significative dans l'Etat où elle est domiciliée. Ce défaut d'immatriculation ou de déclaration fiscale ou sociale caractérise le délit de travail dissimulé.

Comment le donneur d'ordre peut-il avoir connaissance de cette fraude à la loi et voir sa responsabilité pénale engagée ?

⁵² Ne sont pas évoquées les fraudes liées à la fausse sous-traitance; sur ce sujet, voir le « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance » 1^{ère} édition Octobre 2015, du même auteur.

Quelques illustrations :

.- lorsque le donneur d'ordre recourt à plusieurs reprises et de façon continue ou quasi continue à la même entreprise sur une période déterminée significative : une entreprise française fait appel pendant plusieurs mois à la même ETT qui lui fournit de façon répétée des salariés intérimaires (chaque mise à disposition correspond en effet à un contrat commercial et donc à une prestation de services).

.- lorsque l'entreprise étrangère a fait état auprès du donneur d'ordre de l'existence de nombreux clients français antérieurs ou concomitants pour justifier ses références commerciales et emporter la conviction du donneur d'ordre.

.- lorsque le donneur d'ordre s'est fait démarcher par l'entreprise étrangère.

.- lorsque le donneur d'ordre a connu l'entreprise étrangère lors d'un salon ou d'une exposition en France.

.- lorsque le donneur d'ordre a un interlocuteur et un point de contact de l'entreprise étrangère en France (appel téléphonique, envoi de courriers et de documents en relation avec le marché, domiciliation bancaire etc).

.- lorsque le donneur d'ordre a connu l'entreprise étrangère en faisant des recherches sur internet où elle dispose d'un site de démarchage en langue française (cas fréquent pour les ETT établies à l'étranger).

.- lorsque les dirigeants de l'entreprise étrangère sont de nationalité française et/ou exerçaient auparavant la même activité en France.

.- lorsqu'un lien de parenté existe entre le donneur d'ordre et le ou les dirigeants de l'entreprise étrangère.

Les conditions particulières, propres à chaque affaire, de mise en relation (comment se sont-ils connus ?) du donneur d'ordre et de l'entreprise étrangère sont indiscutablement de nature à apprécier la bonne foi du donneur d'ordre.

La fraude au détachement du salarié consiste pour une entreprise étrangère à faire travailler en France ce salarié sous ce statut, alors que ce salarié ne peut pas relever de ce statut. L'intérêt de cette fraude est de ne pas verser les cotisations sociales en France.

Comment le donneur d'ordre peut-il avoir connaissance de cette fraude à la loi et voir sa responsabilité pénale engagée ?

Quelques illustrations.

.- un donneur d'ordre recourt à une ETT qui lui fournit des salariés intérimaires français qui n'ont jamais travaillé dans l'Etat de domiciliation de l'ETT.

.- un donneur d'ordre recourt à une ETT qui lui fournit des salariés intérimaires qui travaillaient auparavant dans son entreprise, mais par le biais d'une ETT française.

- un donneur d'ordre recourt à une entreprise étrangère qui vient de se créer, donc sans aucune référence commerciale, et qui détache des salariés qu'elle vient d'embaucher pour les détacher en France.

- le donneur d'ordre recourt à une entreprise étrangère qui recrute en France des salariés qu'elle soumet au régime du détachement.

- dans un groupe international, le donneur d'ordre établi en France fait appel à une filiale étrangère qui exécute le marché avec des salariés intérimaires d'une seconde filiale et qui sont présentés comme étant en mobilité intragroupe dans la première filiale.

Enfin, et de façon plus générale,

- le donneur d'ordre, privé ou public, recourt intentionnellement, par personne interposée, à un sous-traitant, établi en France ou à l'étranger, qui pratique du travail dissimulé lorsqu'il a été informé, en application de l'article L.8222-5 du code du travail, de l'existence d'une situation de travail dissimulé dans la chaîne de sous-traitance et que cette situation n'a pas cessé lors du second contrôle de l'agent habilité (*voir infra p.39*);

- le donneur d'ordre public recourt intentionnellement à un cocontractant, établi en France ou à l'étranger, qui pratique du travail dissimulé, lorsqu'il a été informé par un agent de contrôle habilité, en application de l'article L.8222-6 du code du travail, de l'existence de cette situation et que cette situation n'a pas cessé lors du second contrôle de l'agent habilité, et ceci nonobstant les délais de 2 mois et de 6 mois prévus par l'article L.8222-6 du code du travail qui n'ont qu'un effet de nature civile au titre de la mise en œuvre de la solidarité financière (*voir infra p.42*).

Nota

La mise en cause du donneur d'ordre qui recourt à une entreprise étrangère qui pratique sur le territoire français de la dissimulation d'activité (fraude à l'établissement) et/ou de la dissimulation d'emploi salarié est nécessairement conditionnée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), reprise par la Cour de cassation, relative à la force contraignante du certificat de détachement.

Cette jurisprudence interdit au juge français d'écarter d'initiative et d'office un certificat de détachement, et donc de constater du travail dissimulé par défaut de déclaration sociale, ce qui est la caractéristique quasi systématique de la fraude à l'établissement et de la dissimulation d'emploi salarié.

Cette jurisprudence a, par voie de conséquence directe, un impact sur la mise en cause du donneur d'ordre qui recourt à une entreprise étrangère qui utilise ces fraudes à la loi.

On se reportera utilement au « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » 4^{ème} édition Juin 2019, qui consacre plusieurs développements aux conséquences de cette jurisprudence.

.A.1.3. Et le particulier donneur d'ordre?

Le particulier qui recourt à une entreprise pour réaliser un travail (par exemple, pour un déménagement) a la qualité de donneur d'ordre à l'égard de cette entreprise.

L'obligation de vigilance dont tout donneur d'ordre doit faire preuve dans le choix de son cocontractant pèse également sur le particulier. Le code du travail ne l'exonère pas d'une responsabilité pénale.

La jurisprudence se montre certes moins exigeante à son égard qu'elle ne l'est à l'égard d'un donneur professionnel, en principe plus avisé. Pour autant, les circonstances d'une affaire peuvent conduire le juge à retenir sa responsabilité⁵³. Cette responsabilité sera notamment reconnue si le particulier exerce dans la vie civile un métier ou une profession impliquant une sensibilité ou une connaissance particulière de la loi⁵⁴. Ou si les circonstances de la mise en relation du particulier avec l'entreprise interpellent légitimement les agents de contrôle ou le juge (mise en relation par annonce publiée dans un journal gratuit, pas de devis, prix attractif, facture sommaire, paiement en liquide).

.A.2. La mise en cause financière⁵⁵

La mise en cause financière du donneur d'ordre dans le cadre d'une affaire de travail dissimulé résulte de la mise en œuvre de la solidarité financière telle qu'elle a été redéfinie⁵⁶ par la loi du 31 décembre 1991⁵⁷ et codifiée aux articles L.8222-1 et suivants du code du travail⁵⁸.

La finalité de la solidarité financière est de faire payer par le donneur d'ordre les dettes fiscales et sociales de son cocontractant qui pratique du travail dissimulé, que le cocontractant soit établi en France ou à l'étranger.

.A.2.1. Les créanciers bénéficiaires de la solidarité financière

Cinq catégories de créanciers sont visées par le code du travail:

- les services fiscaux et le Trésor public,
- les douanes (au titre des droits indirects⁵⁹),
- les organismes de recouvrement des cotisations et contributions sociales,
- les personnes qui ont versé des aides publiques,

⁵³ Voir not. Cass. crim. n° 10-80252 du 9 novembre 2010 VLADO.

⁵⁴ Par exemple, si le particulier exerce la profession de chef d'entreprise, de comptable, d'avocat, de notaire, d'agent immobilier etc.

⁵⁵ *Voir également infra p.175 à 180* Annexes 111-1. à 111-5. et *p.188* Annexe 121-3.

⁵⁶ Le législateur a souhaité rendre plus opérationnel le dispositif créé par la loi n° 72-648 du 11 juillet 1972 définissant et sanctionnant le travail clandestin.

⁵⁷ Loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991 renforçant la lutte contre le travail clandestin et la lutte contre l'organisation de l'entrée et du séjour irréguliers d'étrangers en France.

⁵⁸ Voir également la circulaire interministérielle DILTI du 31 décembre 2005 relative à la solidarité financière des donneurs d'ordre en matière de travail dissimulé.

⁵⁹ Billetterie spectacles, taxes sur les alcools, TIPP...

- le salarié victime du travail dissimulé.

Nota

Les caisses de congés payés, et essentiellement celles du BTP et des spectacles vivants et enregistrés, ne sont pas mentionnées dans le code du travail comme étant créanciers du donneur d'ordre dans le cadre de la solidarité financière.

Cette lacune de la loi est inexplicable, compte tenu des sommes importantes que représentent les cotisations dues aux caisses de congés payés, notamment par les entreprises étrangères qui s'acquittent rarement de ces versements ; dans le BTP s'ajoute en outre les cotisations dues au titre de la caisse des intempéries. Le manque à gagner pour ces organismes depuis 1991 est considérable et va donc perdurer⁶⁰.

.A.2.2. Les conditions d'application de la solidarité financière

Trois mécanismes sont prévus par le code du travail.

.1). Le donneur d'ordre, lorsqu'il est condamné pour recours à du travail dissimulé, relève de plein droit de la solidarité financière, quel que soit le montant du marché entre le donneur d'ordre et son cocontractant.

.2). En l'absence d'une condamnation pénale, le code du travail prévoit deux autres mécanismes distincts :

.2.1). Le mécanisme « historique⁶¹ » des articles L.8222-1 et suivants du code du travail qui prévoit plusieurs conditions cumulatives pour mettre en œuvre la solidarité financière⁶²:

- le marché passé entre le donneur d'ordre et son cocontractant doit être d'un montant égal ou supérieur à 5 000 euros hors taxes. Le cocontractant réalise un travail qu'il facture au donneur d'ordre⁶³.

- le cocontractant du donneur d'ordre doit pratiquer du travail dissimulé, quelle que soit la forme du travail dissimulé ; le sous-traitant est une entreprise établie en France ou une entreprise établie à l'étranger.

⁶⁰ Le montant de la cotisation congés payés et intempéries dans le BTP représente environ 21,42% de la masse salariale; le montant de la cotisation congés payés est de 14,70 % de la masse salariale dans le secteur des spectacles vivants et enregistrés.

⁶¹ Historique, car premier mécanisme créé par la loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991 renforçant la lutte contre le travail clandestin et la lutte contre l'organisation de l'entrée et du séjour irréguliers d'étrangers en France.

⁶² Voir également circulaire interministérielle DILTI du 31 décembre 2005, lettre collective 2007-303 du 8 janvier 2008 de l'ACOSS et note d'information du 20 avril 2015 de l'ACOSS.

⁶³ Cette précision n'est pas anodine lorsqu'il s'agit de l'intervention d'une entreprise étrangère sur le territoire français dans le cas d'une prestation pour son propre compte.

- la situation de travail dissimulé est nécessairement constatée préalablement par un procès-verbal relevé par un des agents de contrôle habilités, mentionnés à l'article L.8271-1-2 du code du travail.

Nota

L'obligation d'établir préalablement un procès-verbal n'était pas inscrite à l'origine dans la loi du 31 décembre 1991. Elle a été ajoutée par la loi du 13 août 2004⁶⁴. Cet ajout a complètement dénaturé l'esprit originel de la solidarité financière telle que conçue par le législateur de 1991 et en a réduit très sensiblement sa portée, et donc son intérêt et son efficacité. En effet, ce mécanisme purement civil était initialement totalement autonome et déconnecté du pénal ; il était à la libre disposition des créanciers et à leur seule main.

En exigeant qu'un contrôle préalable des agents habilités soit diligenté, puis qu'un procès-verbal soit établi, le législateur a procédé un mélange des genres et a privé les créanciers, et notamment les salariés, de toute action d'initiative contre le donneur d'ordre, d'autant qu'ils ne savent pas qu'un tel contrôle a eu lieu et qu'ils n'en connaissent pas les résultats. Cette restriction, juridiquement injustifiée, apportée aux droits des créanciers n'a jamais été expliquée alors qu'elle affaiblit le dispositif juridique de lutte contre le travail dissimulé.

- le donneur d'ordre ne doit pas avoir procédé auprès de son cocontractant à des vérifications documentaires initiales et périodiques précises, qui sont détaillées par le code du travail⁶⁵. Ces vérifications se traduisent concrètement par la remise au donneur d'ordre par le cocontractant de documents spécifiques, que le donneur d'ordre sera ou pas en mesure de présenter pour justifier ses diligences et sa vigilance.

- les vérifications doivent être complètes ; le donneur d'ordre doit avoir en sa possession tous les documents mentionnés par le code travail. Un document manquant, c'est-à-dire une vérification partielle, ou un document de substitution autre que celui mentionné dans le code du travail, entraîne l'application de la solidarité financière⁶⁶.

- ces vérifications sont initiales et périodiques. Elles sont effectuées lors de la conclusion du marché, c'est-à-dire avant le début du travail du sous-traitant ; puis elles sont renouvelées tous les six mois, jusqu'à la fin du marché.

- les documents remis en application du code du travail ne valent que présomption du respect par le donneur d'ordre des vérifications permettant de s'exonérer de la solidarité

⁶⁴ Article 71 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie.

⁶⁵ Voir *infra* p.175 à 180 Annexes 111-1. à 111-5.

⁶⁶ Cass. Ass. Plén. n° 14-10182 du 6 novembre 2015 CARDARELLI qui confirme que le certificat de détachement est un des documents que le donneur d'ordre doit se faire remettre, lorsque le cocontractant est une entreprise étrangère qui détache un salarié en France (décision conforme à l'article D.8222-7 1° b) du code du travail).

financière. Le donneur d'ordre reste soumis à la solidarité financière dès lors que l'un ou l'autre de ces documents présente des discordances ou est frauduleux ou n'est pas sincère⁶⁷.

Nota

Dans un arrêt du 4 avril 2019⁶⁸, la Cour de cassation indique que l'Urssaf n'est pas en droit de refuser de délivrer au sous-traitant l'attestation de compte à jour réclamée par son donneur d'ordre au titre de la solidarité financière, pour le seul motif que la décision de relaxe dont a bénéficié le sous-traitant dans une affaire de travail illégal a fait l'objet d'un appel et n'est pas encore définitive.

.2.2). Le mécanisme spécifique aux marchés publics mentionné à l'article L.8222-6 du code du travail⁶⁹ qui prévoit les conditions suivantes :

- le seuil de 5 000 euros pour le montant du marché n'est pas applicable.
- le donneur d'ordre, uniquement lorsqu'il est une personne morale de droit public, reçoit un courrier de la part d'un agent de contrôle habilité en matière de travail illégal l'informant que son cocontractant pratique du travail dissimulé. L'envoi d'un tel courrier par un agent de contrôle habilité implique que celui-ci ait procédé à un premier contrôle dans les locaux ou sur les lieux où intervient le cocontractant.
- à réception du courrier lui signalant la situation de travail dissimulé, le donneur d'ordre public écrit aussitôt à son cocontractant, pour lui enjoindre de faire cesser sans délai la situation.
- le cocontractant dispose d'un délai de deux mois pour répondre au donneur d'ordre et justifier qu'il a mis fin à cette situation.
- le donneur d'ordre informe l'auteur du signalement des suites données par son cocontractant à son injonction.
- à défaut de ne pas avoir adressé l'injonction à son cocontractant, ou à défaut de ne pas avoir informé l'auteur du signalement, ou en cas de poursuite du contrat au-delà d'un délai de six mois alors que la situation de travail dissimulé n'a pas cessé, le donneur d'ordre public relève de plein droit de la solidarité financière.

Le créancier (s'il le souhaite), qui relève de l'article L.8222-1 ou de l'article L.8222-6 du code du travail, s'adresse alors directement et exclusivement au donneur d'ordre. Il n'est pas tenu de mettre en cause préalablement le cocontractant et de constater son insolvabilité ou sa disparition. Cette facilité présente un avantage considérable lorsque le cocontractant est

⁶⁷ Cass. civ. 2 n° 12-21554 du 11 juillet 2013 LEGIO SECURITE ; Cass. civ. 2 n° 15-10168 du 11 février 2016 LEGIO SECURITE.

⁶⁸ Cass. civ. 2 n° 18-14143 du 4 avril 2019 XPO TRANSPORT.

⁶⁹ Issu de l'article 83 de la loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la sécurité sociale pour 2014.

insolvable ou est une entreprise étrangère venue en France effectuer une prestation de services internationale. La présence éphémère sur le territoire français d'une entreprise étrangère n'est pas un handicap ou un obstacle pour le créancier puisqu'il s'adresse au donneur d'ordre qui est en France.

.A.2.3. La mise en œuvre de la solidarité financière⁷⁰

.A.2.3.1. Pour tenter d'échapper à la solidarité financière de l'article L.8222-1 du code du travail, le donneur d'ordre peut faire état d'un marché d'un montant inférieur à 5 000 euros, en produisant plusieurs factures, chacune d'un montant inférieur à ce seuil. Il est possible pour les créanciers et pour le juge de considérer qu'il s'agit d'un marché unique, à exécution successive⁷¹. La relation commerciale entre le donneur d'ordre et son cocontractant est alors appréciée dans sa globalité.

La mise en œuvre de la solidarité financière contre le donneur d'ordre se fait à la seule diligence du créancier. Si le créancier ne se retourne pas spontanément contre le donneur d'ordre, celui-ci ne sera pas tenu de payer les dettes fiscales et sociales de son cocontractant.

Comme indiqué *supra*, cette libre initiative du créancier est en réalité considérablement entravée depuis 2004 par la nécessité de l'existence préalable d'un procès-verbal d'un agent de contrôle habilité, notamment lorsque le créancier potentiel est un salarié qui ignore tout de l'existence du contrôle, de ses suites et de l'existence du procès-verbal, auquel de surcroît il n'a pas accès⁷².

La mise en œuvre de l'autre solidarité financière réservée au donneur d'ordre public, au titre de l'article L.8222-6 du code du travail, restera sans doute illusoire tant les délais donnés par la loi pour mettre fin à la situation de travail dissimulé sont exagérément longs et de surcroît peu compatibles avec l'exécution des marchés de courte durée. Par contre, les dispositions de l'article L.8222-6 du code du travail peuvent être utilisées très efficacement à des fins pénales, puisque le donneur d'ordre est informé officiellement et formellement de l'illégalité de la situation de son cocontractant à qui il continuerait de recourir (*voir supra p.38*).

A défaut de versement amiable par le donneur d'ordre des sommes qui lui sont réclamées par le créancier selon les règles de procédure qui lui sont propres, celui-ci saisit la juridiction compétente en fonction de la nature des sommes dues⁷³. La prescription est celle de droit commun, sauf pour les organismes de sécurité sociale qui est portée de 3 à 5 ans puisqu'il s'agit d'une affaire de travail dissimulé⁷⁴.

⁷⁰ Cass. civ.2 n° 08-16641 du 17 septembre 2009 GBD AMENAGEMENT la procédure de recouvrement au titre de la solidarité financière est exorbitante du droit commun.

⁷¹ Cass. civ.2 n° 10-19389 du 13 octobre 2011 ROXANE NORD; cass. civ.2 n° 01-13196 du 4 novembre 2003 NMPP.

⁷² De fait, depuis 2004, la condition du procès-verbal préalable prive les salariés dissimulés d'un recours contre le donneur d'ordre de leur employeur.

⁷³ Tribunal d'instance, tribunal de grande instance, tribunal des affaires de sécurité sociale, conseil de prud'hommes.

⁷⁴ Article L.244-3 alinéa 1^{er} du code de la sécurité sociale (article 70 de la loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004).

L'article L.8223-4 du code du travail permet aux organisations syndicales de saisir d'initiative le conseil de prudhommes pour faire valoir les droits du salarié victime du travail dissimulé, dès lors que le salarié, dument informé par l'organisation syndicale, ne s'y est pas opposé. Cette facilité procédurale s'applique à la solidarité financière.

Les sommes réclamées au donneur d'ordre sont déterminées à due proportion de la valeur des travaux réalisés, des services fournis, du bien vendu et de la rémunération en vigueur dans la profession⁷⁵.

La procédure de notification au donneur d'ordre du recouvrement des cotisations sociales doit être exempte d'anomalie et être conforme aux textes qui régissent sa mise en œuvre ; ainsi, encourt l'annulation la lettre d'observations adressée au donneur d'ordre qui ne mentionne ni les montants à payer, ni les années concernées⁷⁶.

Nota

Le donneur d'ordre ne peut s'exonérer de la solidarité financière lorsqu'il se fait remettre des documents non sincères ou discordants entre eux ou au regard de la situation de son cocontractant⁷⁷.

Une décision de relaxe du donneur d'ordre (dirigeant et personne morale) n'interdit pas la mise en œuvre de la solidarité financière à son égard⁷⁸.

.A.2.3.2. L'effectivité de la solidarité financière suppose que les agents de contrôle aient systématiquement le réflexe de demander au donneur d'ordre les documents qu'il a dû se faire remettre par son cocontractant.

Elle exige ensuite une très bonne circulation de l'information et des documents entre les agents de contrôle habilités qui constatent et qui verbalisent ou qui font le signalement au donneur d'ordre public et les organismes de recouvrement fiscaux, douaniers et sociaux créanciers de la solidarité financière; en la matière, le rôle du CODAF est essentiel pour faciliter cette transmission exhaustive de l'information et des documents et donner son plein effet à une mesure à caractère financier dissuasif.

Les articles L.8271-4, L.8271-5 alinéa 2 et L.8271-8-1 du code du travail lèvent le secret professionnel et permettent la transmission de ces informations et de ces documents en toute sécurité juridique.

⁷⁵ Cass. civ.2 n° 13-15784 du 13 février 2014 ATH RENATO BENE.

⁷⁶ Cass. civ. 2 n° 17-21114 du 24 janvier 2019 EARL VINCENT.

⁷⁷ Cass. civ.2 n° 12-21554 du 11 juillet 2013 LEGIO SECURITE ; cass. civ. 2 n° 15-10168 du 11 février 2016 LEGIO SECURITE.

⁷⁸ Cass. civ.2 n° 06-21961 du 17 janvier 2008 MORY-TEAM.

Nota

La loi du 12 mai 2009⁷⁹ a créé et a ajouté une solidarité financière intragroupe.

L'article L.243-7-3 du code de la sécurité sociale dispose que si l'employeur appartient à un ensemble de personnes entre lesquelles un lien de dépendance ou de contrôle existe, au sens des articles L.233-1 et L.233-3 du code de commerce, en cas de constatation d'une infraction de travail dissimulé par procès-verbal établi à son encontre, la société mère ou la société holding de cet ensemble sont tenues subsidiairement et solidairement au paiement des contributions et cotisations sociales ainsi que des majorations et pénalités dues à la suite de ce constat.

Cette solidarité financière obéit à des conditions radicalement différentes de celles prévues par le code du travail, même si la finalité reste la même ; cette solidarité financière est en effet de plein droit. Elle offre aux organismes de recouvrement des cotisations et des contributions sociales un outil complémentaire qui peut être mobilisé plus facilement, sans préjudice des dispositions inscrites dans le code du travail (et sous réserve de ne pas obtenir deux fois le paiement des sommes dues).

.A.2.4. Et le particulier donneur d'ordre?

Le particulier qui fait appel à une entreprise pour réaliser un travail (par exemple, pour un déménagement) a la qualité de donneur d'ordre à l'égard de cette entreprise. A ce titre, il est visé par la solidarité financière et il doit donc s'assurer que son cocontractant ne pratique pas du travail dissimulé, en procédant auprès de celui-ci aux vérifications préalables prévues par le code du travail, dès lors que le travail est d'un montant égal ou supérieur à 5 000 euros hors taxes.

Les vérifications qu'il doit accomplir sont cependant allégées par rapport à un professionnel. En règle générale, l'obtention d'un devis en bonne et due forme (délivré par l'entreprise de déménagement) l'exonère de la solidarité financière⁸⁰. Ces vérifications sont renouvelées tous les six mois.

Ces vérifications allégées ne valent que si le particulier a contracté pour son usage personnel, celui de son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité, concubin, de ses ascendants ou descendants. Autrement dit, si le particulier achète un immeuble, le fait rénover et le revend ou le met en location, il est assimilé à un professionnel ; il doit alors procéder aux mêmes vérifications que celui-ci.

⁷⁹ Article 75 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

⁸⁰ Voir *infra* p.175 à 180 Annexes 111-1. à 111-5.

Nota

La solidarité financière du donneur d'ordre en matière de travail dissimulé a été déclarée conforme à la Constitution par deux décisions :

.- l'arrêt n° 12-40009 du 28 février 2013 de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation qui a refusé de transmettre six QPC au Conseil Constitutionnel, considérant que la solidarité financière ne contrevient pas à un ou des principes posés par la Constitution,

.- la décision QPC n° 2015-479 du 31 juillet 2015 du Conseil Constitutionnel qui a déclaré la solidarité financière conforme à la Constitution, sous réserve d'un recours du donneur d'ordre contre son cocontractant. Ce recours, envisagé dès l'origine par les concepteurs de la solidarité financière en 1991, avait déjà été admis et reconnu par la Cour de cassation⁸¹.

.A.3. Les pénalités civiles

Les pénalités civiles sont prévues par le code de la sécurité sociale.

Contrairement à une lecture un peu rapide des textes, ces sanctions civiles ne s'appliquent pas uniquement à l'auteur du travail dissimulé, elles concernent également le donneur d'ordre, en qualité d'employeur de ses propres salariés.

En application de l'alinéa 1^{er} de l'article L.133-4-2 du code de la sécurité sociale, qui vise sans restriction les trois interdictions posées par l'article L.8221-1 du code du travail, le bénéficiaire de toute mesure d'exonération ou de réduction totale ou partielle de cotisations ou de contributions sociales sont refusées notamment à celui qui recourt à du travail dissimulé, quelle que soit sa forme. Ce refus n'est pas conditionné par l'existence préalable d'un procès-verbal ou d'une condamnation pénale, ni à l'égard du cocontractant, ni à l'égard du donneur d'ordre.

En application de l'article L.133-4-5 du code de la sécurité sociale, lorsque le donneur d'ordre recourt à du travail dissimulé, quelle que soit sa forme, l'organisme de recouvrement procède à l'annulation des réductions ou exonérations des cotisations ou contributions dont le donneur d'ordre a bénéficié au titre des rémunérations versées à ses salariés.

Le donneur d'ordre encourt la même sanction, dans les mêmes conditions, lorsqu'il n'a pas donné suite au signalement de l'un des agents de contrôle habilités de faire cesser sa relation contractuelle avec celui qui pratique du travail dissimulé.

L'annulation n'entraîne pas le remboursement de la totalité du montant des réductions ou des exonérations. Elle se limite à chacun des mois au cours desquels le donneur d'ordre a recouru à une entreprise qui pratique du travail dissimulé ou n'a pas fait cesser ses relations contractuelles, après le signalement de l'agent de contrôle habilité.

⁸¹ Cass. soc. n° 04-10667 du 23 novembre 2005 URBAN.

Le montant de l'annulation n'excède pas 15 000 € pour un donneur d'ordre personne physique et 75 000 € pour un donneur d'ordre personne morale.

Nota

La conformité à la Constitution de l'article L.133-4-5 du code de la sécurité sociale a fait l'objet de la QPC 20019-796 transmise par le Conseil d'Etat le 15 mai 2019 au Conseil constitutionnel.

Dans sa décision QPC n° 2019-796 du 5 juillet 2019, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme l'article L.133-4-5 du code de la sécurité sociale.

La loi du 22 décembre 2018⁸² a modifié le régime juridique de l'annulation des réductions ou exonérations, en permettant à l'organisme de recouvrement de tempérer son application. La loi autorise désormais à prononcer une annulation partielle, et non plus totale, lorsque la dissimulation d'activité ou de salarié représente une proportion limitée de l'activité de l'employeur ou du travailleur indépendant ou lorsque la dissimulation d'activité ou de salarié résulte uniquement d'une requalification consécutive à une situation de faux travail indépendant visée au II de l'article L.8221-6 du code du travail.

Dans ce cas, la proportion des réductions ou des exonérations annulées est égale au rapport entre le double des rémunérations éludées et le montant des rémunérations, soumises à cotisations de sécurité sociale, versées à l'ensemble du personnel par l'employeur, sur la période concernée, dans la limite de 100 %.

Un décret en Conseil d'Etat va déterminer dans quelles conditions la dissimulation peut être considérée comme limitée, sans que la proportion de l'activité dissimulée puisse excéder 10 % de l'activité.

L'annulation des réductions ou des exonérations nécessite l'établissement par un agent de contrôle habilité d'un procès-verbal pour travail dissimulé à l'égard du seul cocontractant, auteur du travail dissimulé.

⁸² Article 23 de la loi n° 2018-1203 du 22 décembre 2018 de financement de la sécurité sociale pour 2019 ; article L.133-4-2 du code de la sécurité sociale.

Nota

La bonne application de ces sanctions civiles, qui sont à la main des organismes de recouvrement, nécessite de leur transmettre les procès-verbaux relevant l'infraction de travail dissimulé.

Cette transmission est prévue et sécurisée par l'article L.8271-5 alinéa 2 du code du travail.

La transmission des procès-verbaux faite sur le fondement de l'article L.8271-8-1 du code du travail pour faire appliquer ces sanctions civiles présente une grande fragilité juridique. En effet, l'article L.8271-8-1 du code du travail ne vise que la perspective du recouvrement des cotisations et des contributions sociales qui sont dues aux organismes de protection sociale, ce qui n'est pas l'objet des articles L.133-4-2 et L.133-4-5 du code de la sécurité sociale.

.A.4. Les sanctions administratives

Les sanctions administratives sont les mesures contraignantes prises par l'autorité administrative compétente désignée par le code du travail, à la suite d'un constat de travail dissimulé⁸³.

Le donneur d'ordre qui recourt à une entreprise qui pratique du travail dissimulé est passible des quatre sanctions suivantes.

.A.4.1. Le refus des aides publiques en matière d'emploi, de formation professionnelle et de culture (article L.8272-1 du code du travail)

Il s'agit de la première sanction administrative inscrite dans le code du travail dès 1997. Le périmètre de cette mesure a été élargi depuis son insertion dans le code du travail⁸⁴. Il s'agit d'une faculté de refus, qui n'intervient donc pas de plein droit, à la disposition de l'autorité administrative compétente.

Les aides publiques susceptibles de faire l'objet d'un refus sont mentionnées à l'article D.8272-1 du code du travail :

- ⇒ le contrat d'apprentissage,
- ⇒ le contrat unique d'insertion,
- ⇒ le contrat de professionnalisation,
- ⇒ la prime à la création d'emploi dans les départements d'outre-mer et à Saint-Pierre-et-Miquelon,
- ⇒ les aides des collectivités territoriales et de leurs groupements prévues aux articles L. 1511-1 à L. 1511-5 du code général des collectivités locales,

⁸³ A ne pas confondre avec les peines complémentaires prononcées par le juge.

⁸⁴ Voir également la circulaire interministérielle du 28 novembre 2012 relative aux sanctions administratives suite à un procès-verbal relevant une infraction de travail illégal (disponible sur <https://herveguichaoua.fr/>).

⇒ les aides et subventions de soutien à la création, à la production et à la diffusion du spectacle vivant et enregistré,

⇒ l'allocation d'activité partielle prévue à l'article L.5122-1 du code du travail⁸⁵.

Compte tenu de la rédaction très large de l'alinéa 1^{er} de l'article L.8272-1 du code du travail, le refus de versement d'une aide publique concerne de nombreuses personnes impliquées dans une affaire de travail illégal, dont le donneur d'ordre.

L'autorité administrative compétente pour prendre la décision de refus est l'autorité gestionnaire de l'aide publique dont le refus est envisagé (Pôle Emploi, collectivité territoriale...).

La décision de l'autorité administrative est prise en tenant compte de la gravité des faits constatés, de la nature de l'aide sollicitée et de l'avantage qu'elle procure au donneur d'ordre (les conditions sont cumulatives) et en tenant compte de sa situation économique, sociale et financière. Les critères relatifs à la situation économique, sociale et financière du donneur d'ordre ont été ajoutés à la loi par décret, ce qui fragilise ces critères.

L'aide peut être refusée pendant une durée de cinq ans.

La décision de refus prise par l'autorité administrative se fonde sur l'existence préalable d'un procès-verbal relevé contre le donneur d'ordre pour recours à une entreprise qui pratique du travail dissimulé; ce procès-verbal doit avoir été relevé dans les douze mois qui précèdent la demande d'aide formulée par le donneur d'ordre.

L'autorité administrative est informée par le préfet de l'existence de la verbalisation dont le donneur d'ordre a fait l'objet. Le préfet est en effet destinataire de toute la verbalisation relative au travail illégal, en application de l'article L.8271-1-3 du code du travail. Le CODAF est le lieu privilégié où sont précisées les modalités d'information de l'autorité administrative compétente de l'existence d'une verbalisation à l'encontre d'une entreprise dénommée; à défaut, cette sanction, dont la légitimité n'est pas discutée, risque de rester lettre morte.

Le préfet est informé de la décision de refus de versement de l'aide par l'autorité administrative décisionnaire.

.A.4.2. Le remboursement des aides publiques versées en matière d'emploi, de formation professionnelle et de culture (article L.8272-1 du code du travail)

Le donneur d'ordre qui a bénéficié d'une ou des aides mentionnées au paragraphe **.A.4.1.** peut être tenu de rembourser l'aide ou les aides dont il a bénéficiées.

La demande de remboursement, total ou partiel, est effectuée par l'autorité administrative qui l'a ou qui les a versées. Le remboursement se fonde sur l'existence préalable d'un procès-verbal relevé contre le donneur d'ordre pour recours à une entreprise qui pratique du travail dissimulé; l'aide ou les aides dont le remboursement est demandé doivent avoir été versées dans les douze mois précédant l'établissement du procès-verbal.

⁸⁵ Ajoutée par le 3^o de l'article 4 du décret du 4 juin 2019.

L'autorité administrative est informée par le préfet de l'existence de la verbalisation dont le donneur d'ordre a fait l'objet. Le préfet est en effet destinataire de toute la verbalisation relative au travail illégal, en application de l'article L.8271-1-3 du code du travail.

La demande de remboursement de l'aide ou des aides est prononcée au regard de la gravité des faits constatés, de la nature de l'aide sollicitée et de l'avantage qu'elle procure au donneur d'ordre (les conditions sont cumulatives) et en tenant compte de sa situation économique, sociale et financière. Les critères relatifs à la situation économique, sociale et financière du donneur d'ordre ont été ajoutés à la loi par décret, ce qui fragilise ces critères.

En application de l'article L.8272-5 du code du travail, le donneur d'ordre qui ne procède pas au remboursement de l'aide qui lui est notifié est passible d'un emprisonnement de deux mois et d'une amende de 3 750 euros. Cette infraction est relevée par les agents de l'inspection du travail, les gendarmes et les policiers.

.A.4.3. La fermeture temporaire de l'établissement ou l'arrêt temporaire de l'activité par le préfet (article L.8272-2 du code du travail)

Le donneur d'ordre qui recourt à une entreprise qui pratique du travail dissimulé peut faire l'objet d'une mesure préfectorale (arrêté préfectoral) de fermeture pour une durée n'excédant pas trois mois. Il s'agit d'une décision discrétionnaire du préfet.

La décision de fermeture est prise par le préfet, si la proportion de salariés concernés le justifie, eu égard à la répétition ou à la gravité des faits constatés (les conditions sont alternatives), ainsi qu'au regard de la situation économique, sociale et financière du donneur d'ordre. Les critères relatifs à la situation économique, sociale et financière du donneur d'ordre ont été ajoutés à la loi par décret, ce qui fragilise la légalité de ces critères supplémentaires.

La fermeture vise l'établissement qui a servi à commettre l'infraction, lorsque l'entreprise du donneur d'ordre possède plusieurs établissements. La mesure de fermeture administrative peut s'accompagner de la saisie à titre conservatoire du matériel professionnel du donneur d'ordre ; dans ce cas, l'arrêté préfectoral précise notamment qui procède à cette saisie conservatoire.

Pour les chantiers du bâtiment ou de travaux publics, la fermeture préfectorale prend la forme d'un arrêt de l'activité du donneur d'ordre, après avis du maître d'ouvrage ou, à défaut, du *responsable du chantier*⁸⁶. Cette situation se rencontre lorsque le donneur d'ordre est lui-même une entreprise du BTP qui intervient sur le chantier en recourant à un sous-traitant qui pratique du travail dissimulé.

Sur les autres lieux de travail temporaire (ex un chantier de nettoyage de locaux ou la distribution de prospectus) autre que le siège ou un établissement de l'entreprise gérée par le donneur d'ordre, la décision préfectorale prend la forme d'un arrêt de l'activité de l'entreprise sur le site dans lequel a été commis l'infraction ou le manquement.

⁸⁶ Le « *responsable du chantier* » est une expression familière non juridique, qui vise quelle personne dans le cas présent ?

La loi Travail du 8 août 2016, puis la loi Avenir professionnel du 5 septembre 2018⁸⁷, complétée par le décret du 4 juin 2019⁸⁸, ont élargi le périmètre de fermeture lorsque l'activité est exercée sur un chantier du bâtiment et de travaux publics, ou sur un lieu extérieur au siège ou à un établissement de l'entreprise, ce qui permet notamment de suspendre l'activité d'une entreprise étrangère.

En effet, lorsque l'activité est achevée ou interrompue sur le lieu qui a fait l'objet du contrôle, le préfet peut désormais prononcer l'arrêt de l'activité sur un autre site.

Nota

Bien que la loi ne le précise pas, l'arrêt d'activité sur un autre chantier que celui sur lequel a été constatée l'infraction de travail dissimulé n'est possible que pour le même département, compte tenu de la compétence territoriale du préfet.

Sauf à considérer que le constat d'un agent de contrôle dans un département déterminé puisse être transmis au préfet d'un autre département où se trouve un chantier en cours d'exécution concernant le même donneur d'ordre ; dans ce cas, le second préfet est tenu de reprendre la procédure contradictoire, avant notification de sa décision.

La décision préfectorale se fonde, soit sur un procès-verbal constatant l'infraction de recours à du travail dissimulé, soit sur un rapport spécifique établi à cette fin par un agent de contrôle habilité.

La décision préfectorale est levée de plein droit en cas de classement sans suite, d'ordonnance de non lieu ou de relaxe prononcée par le juge. Cette précision est assez symbolique dès lors que la décision préfectorale intervient en principe bien plus rapidement que celle de l'autorité judiciaire⁸⁹. La décision du préfet n'a de sens que si elle quasi concomitante à la constatation de l'infraction commise par le donneur d'ordre.

La décision de fermeture ou d'arrêt d'activité n'entraîne ni rupture, ni suspension du contrat de travail, ni aucun préjudice pécuniaire à l'encontre des salariés de l'établissement.

En application de l'article L.8272-5 du code du travail, le donneur d'ordre qui n'exécute pas la décision de fermeture de son établissement ou d'arrêt de son activité est passible d'un emprisonnement de deux mois et d'une amende de 3 750 euros. Cette infraction est relevée par les agents de l'inspection du travail, les gendarmes et les policiers.

⁸⁷ Article 110 de la loi Travail ; article 98 de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel. Alinéas 4 et 5 de l'article L.8272-2 du code du travail.

⁸⁸ Article 4 4° du décret n° 2019-555 du 4 juin 2019, pris en application de la loi du 5 septembre 2019.

⁸⁹ Sauf procédure de comparution immédiate.

.A.4.4. L'exclusion temporaire des contrats administratifs par le préfet (article L.8272-4 du code du travail)⁹⁰

Le donneur d'ordre qui recourt à une entreprise qui pratique du travail dissimulé peut faire l'objet d'une mesure préfectorale d'exclusion des contrats administratifs pour une durée n'excédant pas six mois. Il s'agit d'une décision discrétionnaire du préfet.

La décision d'exclusion est prise par le préfet, si la proportion de salariés concernés le justifie, eu égard à la répétition ou à la gravité des faits constatés (les conditions sont alternatives), ainsi qu'au regard de la situation économique, sociale et financière du donneur d'ordre. Les critères relatifs à la situation économique, sociale et financière du donneur d'ordre ont été ajoutés à la loi par décret, ce qui fragilise ces critères.

La décision préfectorale se fonde, soit sur un procès-verbal constatant l'infraction de recours à du travail dissimulé, soit sur un rapport spécifique établi à cette fin par un agent de contrôle habilité.

La décision préfectorale est levée de plein droit en cas de classement sans suite, d'ordonnance de non lieu ou de relaxe prononcée par le juge. Cette précision est assez symbolique dès lors que la décision préfectorale intervient en principe bien plus rapidement que celle de l'autorité judiciaire⁹¹. La décision du préfet n'a de sens que si elle quasi concomitante à la constatation de l'infraction commise par le donneur d'ordre.

En application de l'article L.8272-5 du code du travail, le donneur d'ordre qui n'exécute pas la décision d'exclusion des contrats administratifs est passible d'un emprisonnement de deux mois et d'une amende de 3 750 euros. Cette infraction est relevée par les agents de l'inspection du travail, les gendarmes et les policiers.

.B. Au titre du recours à une entreprise qui emploie un salarié étranger sans titre de travail⁹²

La mise en cause du donneur d'ordre vise tout emploi de salarié étranger sans titre de travail sur le territoire français, que ce salarié soit en emploi direct par une entreprise française ou détaché par une entreprise étrangère.

La mise en cause du donneur d'ordre se fait sensiblement dans les mêmes conditions que sa mise en cause au titre du travail dissimulé. Mais s'agissant d'une autre infraction à la loi, le donneur d'ordre s'expose à une double mise en cause, à la fois pour emploi d'un salarié étranger sans titre de travail et pour travail dissimulé, dès lors que ces deux infractions sont constatées dans la même affaire.

⁹⁰ Les contrats administratifs sont principalement les marchés publics, les délégations de service public et les contrats de partenariat public-privé. Voir également circulaire interministérielle du 28 novembre 2012 précitée, note de bas de page 84 p.48.

⁹¹ Sauf procédure de comparution immédiate.

⁹² Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi illégal d'un salarié étranger sans titre travail » 1^{ère} édition Octobre 2017.

.B.1. La mise en cause pénale

.B.1.1. La mise en cause du donneur d'ordre se fait sur le fondement de l'alinéa 1^{er} de l'article L.8251-1 et de l'article L.8251-2 du code du travail.

L'alinéa 1^{er} de l'article L.8251-1 du code du travail interdit l'emploi direct ou par personne interposée d'un salarié étranger démuné de titre de travail. L'article L.8251-2 du code du travail interdit le recours direct ou par personne interposée à l'employeur d'un salarié étranger démuné de titre de travail.

Bien que l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail soit fréquent dans le monde du travail et la verbalisation consistante⁹³, il n'existe pas, contrairement au travail dissimulé et sauf en présence d'une situation de fausse sous-traitance, suffisamment de jurisprudence permettant de préciser les contours et les éléments constitutifs de la responsabilité pénale d'un donneur d'ordre qui recourt à une entreprise qui emploie un salarié étranger sans titre de travail⁹⁴.

En effet, la nationalité d'un salarié ne se présume pas, ni pour l'employeur, ni, a fortiori, pour le donneur d'ordre à l'égard d'un salarié qui n'est pas le sien. Dès lors, une double question se pose : comment établir que le donneur d'ordre sait que son cocontractant emploie un ou plusieurs salariés de nationalité étrangère et comment établir que le donneur d'ordre sait que l'un ou l'autre de ces salariés ne possède pas d'autorisation de travail ?

Par transposition de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de recours à du travail dissimulé, il est sans doute possible de considérer que le donneur d'ordre qui n'a pas réclamé et obtenu de son cocontractant la liste nominative des salariés mentionnée à l'article D.8254-2 du code du travail⁹⁵ peut être considéré comme ayant commis l'infraction de recours à une entreprise qui emploie un ou plusieurs salariés étrangers sans titre de travail.

Mais quid lorsque le donneur d'ordre s'est fait remettre cette liste nominative ou n'était pas tenu de l'obtenir⁹⁶ ?

Seules les circonstances particulières de chaque affaire permettront de mettre en évidence la responsabilité pénale du donneur d'ordre :

- .- la liste nominative des salariés remise au donneur d'ordre mentionne un nombre de salarié inférieur à celui réellement nécessaire pour exécuter le contrat commercial,
- .- le contrat commercial concerne un secteur d'activité sensible à l'emploi de la main-d'œuvre étrangère sans titre de travail (confection, gardiennage, distribution de prospectus...),

⁹³ 1416 infractions constatées en 2017 (derniers chiffres connus).

⁹⁴ Ce qui ne doit pas conduire à s'abstenir de caractériser et d'établir la responsabilité pénale du donneur d'ordre.

⁹⁵ La remise de la liste nominative est prévue par les textes relatifs à la solidarité financière du donneur d'ordre qui recourt à une entreprise qui emploie de la main-d'œuvre étrangère.

⁹⁶ La remise de la liste nominative n'est pas obligatoire pour les contrats commerciaux d'un montant inférieur à 5 000 euros.

.- le donneur d'ordre s'est-il acquitté de ses autres vérifications au titre de la solidarité financière au titre du travail dissimulé ?

.- un lien de parenté est avéré entre le donneur d'ordre et le cocontractant...

.B.1.2. Le particulier donneur d'ordre, lorsqu'il recourt à une entreprise qui emploie un salarié étranger sans titre de travail, est susceptible d'être mis cause à ce titre, tout comme un donneur d'ordre professionnel. Le code du travail ne l'exonère pas a priori de cette responsabilité.

Cependant le (très) peu d'affaires de cette nature traité par les tribunaux ne permet pas de préciser ou d'illustrer les conditions de cette mise en cause qui semble donc rester exceptionnelle, eu égard à la modicité du contentieux. Pour autant, des circonstances factuelles spécifiques ou le fait que le particulier ait recouru sans aucun formalisme à une entreprise (pas de devis, paiement en liquide, pas de liste nominative des salariés étrangers fournie (*voir supra .B.1.1.*) et bénéficierait d'un prix attractif seraient de nature à entraîner sa responsabilité pénale.

.B.2. La mise en cause financière⁹⁷

La mise en cause financière du donneur d'ordre dans le cadre d'une affaire d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail résulte de la mise en œuvre de la solidarité financière créée par la loi du 11 mars 1997⁹⁸ et codifiée aux articles L.8254-1 et suivants du code du travail⁹⁹. Cette solidarité financière est distincte et autonome par rapport à celle relative au travail dissimulé et s'ajoute à celle-ci.

Le principe de cette seconde solidarité financière reste le même : faire payer par le donneur d'ordre un certain nombre de dettes de son cocontractant qui emploie un salarié étranger démuné de titre de travail, que le cocontractant soit établi en France ou à l'étranger.

.B.2.1. Les sommes et les créanciers de la solidarité financière

La solidarité financière pour recours à une entreprise qui emploie un salarié étranger sans titre de travail s'applique aux sommes et aux créanciers suivants :

.- les salaires, accessoires et indemnités versées au titre de la relation de travail dus au salarié,

.- les frais d'envoi des rémunérations impayées dus au salarié, dans le pays où il se trouve,

.- la contribution spéciale¹⁰⁰ due à l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII),

.- la contribution forfaitaire de rapatriement¹⁰¹ due à l'OFII. Le recouvrement de cette contribution auprès du donneur d'ordre n'est cependant pas possible, faute de décret d'application spécifique de l'article L.8254-2 du code du travail.

⁹⁷ *Voir infra p.181 à 184* Annexes 112-1. à 112-3.

⁹⁸ Loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal.

⁹⁹ Voir également la circulaire interministérielle DPM n° 2005-544 du 9 décembre 2005 relative au recouvrement de la contribution spéciale pour emploi d'étranger sans titre de travail.

¹⁰⁰ Article L.8353-1 du code du travail.

Le salarié étranger démuné de titre de travail est très souvent un salarié dissimulé par l'employeur qui le fait travailler. Il a donc le choix entre deux solidarités financières pour s'adresser au donneur d'ordre de son employeur, d'autant qu'elles visent les mêmes sommes.

Même si la mise en œuvre de l'un ou l'autre de ces deux mécanismes reste complexe, et donc aléatoire pour le salarié, l'utilisation de la solidarité financière dans le cadre d'une situation d'emploi de salarié étranger sans titre de travail est plus facile à mobiliser par l'intéressé ou une organisation syndicale ; elle n'est pas en effet conditionnée par l'existence préalable d'un procès-verbal établi par un agent de contrôle habilité¹⁰².

.B.2.2. Les conditions d'application de la solidarité financière

Deux mécanismes sont prévus par le code du travail.

.1). Le donneur d'ordre, lorsqu'il est condamné pour recours à une entreprise qui emploie un salarié étranger sans titre de travail, relève de plein droit de la solidarité financière, quel que soit le montant du marché entre le donneur d'ordre et son cocontractant.

.2). En l'absence d'une condamnation pénale, plusieurs conditions cumulatives sont requises par le code du travail pour mettre en œuvre la solidarité financière du donneur d'ordre :

.- le marché passé entre le donneur d'ordre et son cocontractant doit être d'un montant égal ou supérieur à 5 000 euros hors taxes. Le cocontractant réalise un travail qu'il facture au donneur d'ordre¹⁰³.

.- la situation d'emploi de salarié étranger sans titre de travail est constatée préalablement par un procès-verbal¹⁰⁴ relevé par un des agents de contrôle habilités, mentionnés à l'article L.8271-17 du code du travail, sauf si la solidarité financière est mise en œuvre par le salarié étranger. Le salarié peut agir en effet en l'absence de procès-verbal.

.- le donneur d'ordre ne doit pas s'être fait remettre par son cocontractant la liste nominative, mentionnée à l'article D.8254-2 du code du travail, des salariés étrangers qu'il emploie. La liste comporte toutes les mentions prévues par cet article. Lorsque le cocontractant est une entreprise de travail temporaire, la liste nominative est remplacée par le contrat de mise à disposition conclu avec le donneur d'ordre (l'entreprise utilisatrice), si ce contrat comporte les mêmes mentions que la liste nominative.

.- le donneur d'ordre se fait remettre la liste nominative lors de la conclusion du marché, c'est-à-dire avant le début du travail du sous-traitant, puis tous les six mois, jusqu'à la fin de l'exécution du marché.

¹⁰¹ Article L.626-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

¹⁰² Contrairement à la mise en œuvre de la solidarité financière dans une affaire de travail dissimulé.

¹⁰³ Cette précision n'est pas anodine lorsqu'il s'agit de l'intervention d'une entreprise étrangère sur le territoire français dans le cas d'une prestation pour son propre compte qui ne facture pas.

¹⁰⁴ Il suffit que le procès-verbal vise l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail. Il n'est pas nécessaire qu'il relève l'infraction de recours contre le donneur d'ordre; mais l'identité et les coordonnées du donneur d'ordre sont à mentionner.

.- la liste nominative remise en application du code du travail ne vaut que présomption du respect par le donneur d'ordre de la vérification permettant de s'exonérer de la solidarité financière. Le donneur d'ordre reste soumis à la solidarité financière dès lors que la liste nominative qui lui est remise présente des discordances ou est frauduleuse ou n'est pas sincère¹⁰⁵.

.- le créancier, c'est-à-dire le salarié ou l'OFII, s'adresse directement et exclusivement au donneur d'ordre. Il n'est pas tenu de mettre en cause préalablement le cocontractant du donneur d'ordre et de constater son insolvabilité ou sa disparition. Cette facilité présente un avantage considérable lorsque le cocontractant, employeur du salarié étranger sans titre de travail, est insolvable ou est une entreprise étrangère venue en France effectuer une prestation de services internationale. La présence éphémère sur le territoire français d'une entreprise étrangère n'est pas un handicap ou un obstacle pour le créancier puisqu'il s'adresse au donneur d'ordre qui est en France.

.B.2.3. La mise en œuvre de la solidarité financière

.B.2.3.1. Pour tenter d'échapper à la solidarité financière, le donneur d'ordre peut faire état d'un marché d'un montant inférieur à 5 000 euros, en produisant plusieurs factures, chacune d'un montant inférieur à ce seuil. Il est possible pour les créanciers et pour le juge de considérer qu'il s'agit d'un marché unique, à exécution successive¹⁰⁶. La relation commerciale entre le donneur d'ordre et son cocontractant est alors appréciée dans sa globalité.

La mise en œuvre de la solidarité financière contre le donneur d'ordre se fait à la seule diligence des deux créanciers que sont le salarié et l'OFII. Si le créancier ne se retourne pas spontanément contre le donneur d'ordre, celui-ci ne sera pas tenu de payer les dettes de son cocontractant.

A défaut de versement amiable par le donneur d'ordre des sommes qui lui sont réclamées par le salarié, celui-ci saisit le conseil de prud'hommes dans le délai de prescription de droit commun. Les articles L.8223-4 et L.8255-1 du code du travail permettent aux organisations syndicales de saisir d'initiative le conseil de prudhommes pour faire valoir les droits du salarié étranger employé sans titre de travail, dès lors que le salarié, dûment informé par l'organisation syndicale, ne s'y est pas opposé. Cette facilité procédurale s'applique à la solidarité financière.

L'OFII se trouve dans une situation plus confortable. S'il considère que les conditions de la mise en œuvre de la solidarité financière sont réunies, il émet un état exécutoire qu'il notifie au donneur d'ordre lui demandant de payer la contribution spéciale. Il appartient au donneur d'ordre, soit de régler le montant de la contribution spéciale, soit de saisir le tribunal administratif, le cas échéant après avoir adressé un recours gracieux à l'OFII.

¹⁰⁵ Cf. par analogie, Cass. civ.2 n° 12-21554 du 11 juillet 2013 LEGIO SECURITE ; cass. civ. 2 n° 15-10168 du 11 février 2016 LEGIO SECURITE.

¹⁰⁶ Cf. par analogie, Cass. civ.2 n° 10-19389 du 13 octobre 2011 ROXANE NORD; cass. civ.2 n° 01-13196 du 4 novembre 2003 NMPP.

Les sommes réclamées au donneur d'ordre sont déterminées à due proportion de la valeur des travaux réalisés, des services fournis, du bien vendu et de la rémunération en vigueur dans la profession¹⁰⁷.

.B.2.3.2. L'effectivité de la solidarité financière en matière d'emploi de salarié étranger sans titre de travail exige une très bonne circulation de l'information et des documents entre les agents de contrôle habilités, qui constatent le recours par un donneur d'ordre à cet employeur défaillant, et les créanciers que sont l'OFII et le salarié étranger, ainsi que les organismes de recouvrement fiscaux et sociaux.

Compte tenu du montant élevé de la contribution spéciale¹⁰⁸ et de son caractère dissuasif, il est essentiel que toutes les procédures de constat d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, associées à la présence d'un donneur d'ordre qui n'a pas procédé à la vérification prévue par le code du travail, soient transmises à l'OFII, lorsqu'elles donnent lieu à une verbalisation de l'employeur pour l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail¹⁰⁹.

Cette transmission doit préciser à l'OFII que le débiteur de la contribution spéciale est le donneur d'ordre.

L'OFII n'a directement connaissance d'aucun contrôle sur le terrain, ni de la verbalisation qui en résulte. L'OFII n'est pas membre du CODAF. L'OFII ne peut donc pas intervenir d'initiative auprès du donneur d'ordre pour lui réclamer le paiement de la contribution spéciale, puisque le recouvrement de cette contribution se fait à partir d'un procès-verbal constatant l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail. Tant que l'OFII n'a pas reçu ce procès-verbal de la part de l'agent verbalisateur, en application de l'article L.8271-17 alinéa 2 du code du travail, il n'est pas en mesure de mettre en cause le donneur d'ordre.

L'action de l'OFII est totalement tributaire des remontées des procédures qui lui sont adressées. L'OFII ne dispose pas d'agent enquêteur ; la mise en recouvrement de la contribution spéciale auprès du donneur d'ordre par l'OFII s'appuie exclusivement sur les constats, les mentions et les annexes du procès-verbal. Le procès-verbal doit donc mentionner très précisément si le donneur d'ordre s'est fait remettre la liste nominative et, dans l'affirmative, joindre une copie si la liste est incomplète, discordante ou frauduleuse.

L'OFII est bénéficiaire, en premier lieu, de la solidarité financière pour le paiement de la contribution spéciale qui lui est due. Mais l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail est souvent associé à du travail dissimulé, ce qui intéresse les services de recouvrement fiscaux et sociaux créanciers de la solidarité financière à ce titre. En la matière, le rôle du CODAF est essentiel pour faciliter la transmission exhaustive de l'information et des documents et donner son plein effet aux deux solidarités financières générées par une situation d'emploi de salarié étranger sans titre de travail et dissimulé.

L'article L.8271-17 (emploi d'un salarié étranger sans titre de travail) et les articles L.8271-4, L.8271-5 alinéa 2 et L.8271-8-1 (travail dissimulé) du code du travail lèvent le secret

¹⁰⁷ Cass. civ.2 n° 13-15784 du 13 février 2014 ATH RENATO BENE.

¹⁰⁸ 18 100 euros par salarié étranger sans titre de travail au 1^{er} janvier 2019 (montant qui peut être majoré ou minoré dans des conditions encadrées par le code du travail).

¹⁰⁹ Voir également la circulaire interministérielle DPM n° 2005-544 du 9 décembre 2005 relative au recouvrement de la contribution spéciale pour emploi d'étranger sans titre de travail.

professionnel et permettent la transmission de ces informations et de ces documents en toute sécurité juridique.

.B.2.4. Et le particulier donneur d'ordre?

Le particulier qui fait appel à une entreprise pour réaliser un travail (par exemple, pour un déménagement) a la qualité de donneur d'ordre à l'égard de cette entreprise. A ce titre, il est visé par la solidarité financière et il doit donc s'assurer que son cocontractant n'emploie pas un salarié étranger démuné de titre de travail, en lui demandant de lui remettre la liste nominative prévue par le code du travail, dès lors que le travail est d'un montant égal ou supérieur à 5 000 euros hors taxes.

Mais contrairement à un donneur d'ordre professionnel, la liste nominative est remise une seule fois au particulier, au moment de la conclusion du contrat; cette remise n'est pas renouvelée tous les six mois.

Cette remise allégée de la liste nominative ne vaut que si le particulier a contracté pour son usage personnel, celui de son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité, concubin, de ses ascendants ou descendants. Autrement dit, si le particulier achète un immeuble, le fait rénover et le revend ou le met en location, il est assimilé à un professionnel ; il doit alors se faire remettre la liste nominative tous les six mois pour les entreprises qui procèdent à la rénovation de l'immeuble¹¹⁰.

Nota

Une jurisprudence bien établie du Conseil d'Etat, en référence à la rédaction de l'article L.8253-1 du code du travail¹¹¹, précise qu'un classement sans suite ou une relaxe de l'employeur d'un salarié étranger sans titre de travail n'interdit pas la mise en recouvrement de la contribution spéciale auprès de celui-ci par l'OFII.

A fortiori, ce classement sans suite ou cette relaxe de l'employeur n'interdit pas la mise en recouvrement de la contribution spéciale auprès du donneur d'ordre.

.B.3. Les pénalités civiles

Les pénalités civiles sont prévues par le code de la sécurité sociale. Dans la mesure où un salarié étranger démuné de titre de travail est très souvent un salarié dissimulé, le donneur d'ordre verbalisé pour recours à une entreprise qui emploie un salarié démuné de titre de travail fait l'objet de refus d'exonération et d'abattement sur les cotisations sociales ou d'annulation des exonérations et des abattements accordées (**voir supra .A.3.**).

Mais à la condition que le procès-verbal relève également l'infraction de recours à travail dissimulé. Sinon, la seule verbalisation au titre de l'emploi d'un salarié étranger sans titre de

¹¹⁰ Voir *infra* p.181 à 184 Annexes 112-1. à 112-3.

¹¹¹ « Sans préjudice des poursuites judiciaires... » précise l'article L.8253-1 du code du travail.

travail ne permet pas d'appliquer les pénalités civiles prévues par le code de la sécurité sociale.

.B.4. Les sanctions administratives

Les quatre sanctions administratives prévues par le code du travail (refus des aides publiques, remboursement des aides publiques, fermeture administrative de l'établissement et exclusion des contrats administratifs *voir supra .A.4.*) pour des faits de travail illégal s'appliquent-elles au donneur d'ordre qui recourt à une entreprise qui emploie un ou des salariés étrangers démunis de titre de travail ?

Le doute est permis, bien que le comportement du donneur d'ordre relève indiscutablement du travail illégal, au sens usuel de cette expression.

En effet, chacun des articles du code du travail qui permet d'appliquer l'une ou l'autre de ces quatre sanctions administratives vise expressément la commission des infractions mentionnées aux 1° à 4° de l'article L.8211-1. Or ces dispositions du code du travail ne visent que « l'emploi d'étranger sans titre de travail ». Le donneur d'ordre n'emploie pas le salarié étranger sans titre de travail ; il recourt à l'entreprise qui l'emploie, ce qui est différent.

Il s'agit très certainement d'une malfaçon rédactionnelle, mais non sans conséquence juridique, qui demanderait à être rectifiée.

Pour éviter les écueils d'un contentieux sur le champ matériel d'application de ces sanctions, mieux vaut verbaliser le donneur d'ordre sur la base de l'article L.8251-1 du code du travail qui interdit l'emploi direct ou par personne interposée d'un salarié étranger démunis de titre de travail ou verbaliser également, si c'est le cas, le donneur d'ordre pour recours à une entreprise qui pratique de la dissimulation d'emploi salarié (de l'étranger sans titre de travail).

Liste noire et « name and shame¹¹² » des entreprises condamnées pour des faits de travail illégal

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 illégal¹¹³, 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.

¹¹² En français, « Nommer et couvrir de honte ».

¹¹³ 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, pour une entreprise étrangère, 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. Il ne s'agit pas non plus d'une interdiction pour un donneur d'ordre de recourir à une entreprise inscrite sur cette liste noire. La publicité sur le site du ministère du travail est d'affichage et symbolique.

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.

Ce dispositif a connu un succès très relatif, puisque seules 4 décisions de diffusion de condamnation pour travail illégal ont été prononcées entre 2014 et 2016. On est donc bien loin d'une liste noire exhaustive annoncée par le ministre du travail de l'époque et lors des débats parlementaires.

⇒ 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, établie en France ou hors de France, 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, établie en France ou hors de France, 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.

.II. La mise en cause du donneur d'ordre au titre du dumping social

La possibilité de mettre en cause le donneur d'ordre dans une affaire de dumping social est récente. Elle a été introduite dans le code du travail par la loi Savary du 10 juillet 2014 Elle a fait l'objet de précision et de complément par la loi Macron du 6 août 2015 et la loi Travail du 8 août 2016.

La mise en cause du donneur d'ordre dans une affaire de dumping social porte sur des pratiques et des comportements de son cocontractant contraires à la législation du travail, mais qui sont matériellement différents des faits constitutifs du travail illégal. Cette mise en cause s'ajoute et se cumule, le cas échéant, avec celle relative au travail illégal.

La mise en cause du donneur d'ordre concerne non seulement l'ensemble de ses cocontractants, qu'ils soient établis en France ou à l'étranger lorsqu'ils détachent des salariés sur le territoire français, mais également toutes les autres entreprises qui interviennent dans la chaîne de sous-traitance¹¹⁴.

La mise en œuvre de quatre de ces mesures relatives à la lutte contre le dumping social est conditionnée par une démarche préalable d'un agent de contrôle habilité en matière de travail illégal, qui doit alerter le donneur d'ordre.

Cependant, chacune de ces dispositions, hélas mal libellées, suscite des difficultés de compréhension et souffre d'empilement rédactionnel, ce qui obère sensiblement leur efficacité ; par exemple, il existe désormais trois textes différents, résultant de l'addition de la loi Savary et de la loi Macron, susceptibles de s'appliquer au donneur d'ordre lorsque son cocontractant ne respecte pas le SMIC ou les minima conventionnels étendus, ou qui ne verse pas la totalité du salaire, ce qui rend peu lisible ce nouveau dispositif et difficile à expliciter. Le juge pourra s'interroger.

Nota

Les dispositions du code du travail visent indifféremment le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage, qui sont pourtant des personnes juridiquement différentes (voir infra p.18).

L'agent de contrôle habilité peut donc s'adresser de façon discrétionnaire à l'un ou à l'autre, en fonction des circonstances du contrôle.

Telle que la loi est rédigée, rien ne s'oppose cependant à ce que l'agent de contrôle s'adresse simultanément au donneur d'ordre et au maître d'ouvrage. La double mise en cause concomitante des intéressés garantit a priori une meilleure application de la législation sociale dont le respect n'est pas assuré par une des entreprises intervenant dans la chaîne de sous-traitance.

¹¹⁴ Dans une décision n° 389745 du 8 juillet 2016, le Conseil d'Etat a considéré que le décret n° 2015-364 du 30 mars 2015, pris en application de la loi Savary pour préciser les modalités de mise en cause du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage, aurait dû prévoir, compte tenu de la nature des nouvelles obligations mises à la charge des intéressés, une période transitoire d'un mois et repousser son entrée en vigueur au terme de ce délai, soit le 1^{er} mai 2015.

Les obligations et la mise en cause du donneur d'ordre au titre du dumping social concernent les situations suivantes.

.A. L'hébergement collectif indigne des salariés (article L.4231-1 du code du travail)¹¹⁵

.A.1. Lorsque le donneur d'ordre est informé par un agent de contrôle habilité en matière de travail illégal¹¹⁶ que des salariés de son cocontractant ou de toute autre entreprise intervenant dans la chaîne de sous-traitance (entreprise établie en France ou non) 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 son cocontractant ou à cette entreprise de faire cesser la situation. Son cocontractant ou cette autre entreprise dispose d'un délai de 24 heures pour réagir et mettre un terme à cet hébergement.

A défaut de régularisation de la situation d'hébergement dans ce délai, le donneur d'ordre 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 forestier¹¹⁷.

.A.2. 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 indécents¹¹⁸.

La loi n'exige pas que l'hébergement soit assuré par le cocontractant du donneur d'ordre lui-même ou par une entreprise intervenant dans la chaîne de sous-traitance ; l'hébergement peut être assuré par un « marchand de sommeil » ou par toute autre personne. Mais ils sont cependant destinataires de l'injonction du donneur d'ordre.

La loi fait peser sur 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 travail¹¹⁹ qui reste à la charge de l'hébergeur.

.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 donneur d'ordre¹²⁰ 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),

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ Voir l'article L.8271-1-2 du code du travail.

¹¹⁷ Article 111 de la loi Travail.

¹¹⁸ Cass. crim. n° 14-80041 du 22 juin 2016 ABL.

¹¹⁹ Apport de la loi Macron (*voir infra p.228* alinéa 2 de l'article 1^{er} de la loi du 27 juin 1973).

¹²⁰ Quelle légitimité pour l'Urssaf ou les services fiscaux ou Pôle Emploi de contrôler l'hébergement de salariés?

- 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 social¹²¹.

- quelle infraction et quelle sanction pénale s'appliquent si le donneur d'ordre ne prend pas en charge l'hébergement collectif ; la loi Savary est muette. On peut arguer (?) que le donneur d'ordre devient responsable pénalement, par substitution, et commet l'infraction à l'article 225-14 du code pénal. Il aurait été plus explicite de le mentionner dans la loi.

- quel agent habilité peut relever cette infraction contre le donneur d'ordre par procès-verbal ? Ou faut-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 Macron¹²² qui permet de faire cesser un hébergement indigne, mais uniquement lorsqu'il est 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.

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 (délai fixé par l'article R1263-11-1 du code du travail, créé par le décret n° 2015-1579 du 3 décembre 2015) à l'entreprise étrangère pour faire cesser l'hébergement indigne, alors que l'article L.4231-1 impose au donneur d'ordre d'obtenir de l'entreprise étrangère la cessation immédiate de cet hébergement, ce qui est logique.

Pourquoi cette différence ?

.B. Le non respect du salaire minimal légal ou conventionnel ou les rappels de salaire (article L.1262-4-3 ou article L.3245-2 ou article L.8281-1 du code du travail)

Trois dispositions du code du travail sont en concurrence et sont susceptibles de s'appliquer au donneur d'ordre. L'article L.1262-4-3 du code du travail, issu de la loi Macron, ne concerne que l'entreprise étrangère ; l'article L.3245-2 du code du travail, issu de la loi

¹²¹ Seul le droit d'entrée conditionnel de l'inspection du travail est confirmé par une disposition surabondante de la loi Macron (article L.8113-2-1 du code du travail); les autres agents de contrôle peuvent-ils entrer si l'occupant est consentant ? (en principe oui).

¹²² Voir le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » Juin 2019 4^{ème} édition. p.155 et suivantes, du même auteur.

Savary, ne concerne que l'entreprise française, ce qui ressort de son décret d'application¹²³ ; l'article L.8281-1 du code du travail, issu également de la loi Savary, s'applique aux entreprises, sans autre précision, ce qui inclut a priori l'entreprise étrangère.

.B.1 Quelle(s) disposition(s) du code du travail s'applique(nt) lorsque l'entreprise défaillante est établie à l'étranger ?

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'article L.8281-1 du code du travail, qui est codifié dans une autre partie du code du travail, est également opposable au donneur d'ordre et à la libre disposition des agents de contrôle habilités.

Peut-on en effet concevoir que le donneur d'ordre relève de deux textes et de 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 ou le paiement de rappels de salaire, lorsque son cocontractant est une entreprise étrangère ?

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 par le cocontractant établi à l'étranger. 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 trois options (alternatives ou cumulatives ?) à la disposition de l'agent de contrôle habilité ?

.B.2.1. L'option spécifique à l'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 étendu, ou n'a pas perçu la totalité de son salaire¹²⁴ de la part d'une entreprise étrangère ; il informe par écrit le donneur d'ordre de faire cesser sans délai la situation¹²⁵, quel que soit le rang de l'entreprise étrangère dans la chaîne de sous-traitance, et ceci dans un délai de sept jours¹²⁶.

¹²³ Article 2 du décret n° 2016-27 du 19 janvier 2016. Article R.1263-15 du code du travail.

¹²⁴ Non paiement des heures supplémentaires ou heures supplémentaires non majorées.

¹²⁵ Quel sens juridique est attaché à cette formulation ? Faire cesser la situation à l'avenir ? Faire des rappels de salaire pour le passé ?

¹²⁶ 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.

Si la régularisation¹²⁷ n'est pas effectuée dans ce délai de sept jours après injonction du donneur d'ordre adressée à l'entreprise étrangère (*article R.1263-16 du code du travail, créé par le décret n°2016-27 du 19 janvier 2016*), le donneur d'ordre est tenu de dénoncer « le contrat de prestation de services »¹²⁸ Le délai dans lequel s'effectue la dénonciation n'est pas précisé par le code du travail, ce qui rend cette dénonciation discrétionnaire et peu contraignante, en laissant toute latitude au donneur d'ordre.

A défaut de régularisation et de dénonciation du contrat de prestation de services (sans être lié par un délai), le donneur d'ordre est tenu solidairement au paiement des minima de salaires, des rappels de salaire, des indemnités dus au salarié détaché qui en est victime, ainsi qu'au paiement des cotisations dues aux organismes de protection sociale. Autrement dit, le salarié détaché peut s'adresser au donneur d'ordre (sous réserve de le connaître) de son employeur pour obtenir la régularisation de sa rémunération, ainsi que les organismes de protection sociale créanciers.

.B.2.1.2. Le libellé de l'article L.1262-4-3 du code du travail appelle les remarques suivantes, tant sa rédaction suscite des interrogations :

- « faire cesser la situation », c'est-à-dire cesser de payer le salarié en dessous du minimum légal ou conventionnel ne signifie pas procéder nécessairement à des rappels de salaire,
- « régulariser la situation » ne vaut que pour l'avenir et n'emporte pas non plus obligation d'effectuer des rappels de salaire,
- dans la mesure où la finalité de la solidarité financière est de faire payer des dettes, et donc un passif, on peut déduire que les expressions « faire cesser la situation » et « régularisation » impliquent cependant que l'entreprise étrangère est tenue de faire des rappels de salaire. Reste à savoir si le juge prud'homal suivra¹²⁹.
- 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 de son droit dépend du comportement de tiers dont il n'a pas, de surcroît, connaissance,
- la résiliation vise « le contrat de prestation de services ». Faut-il comprendre que 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^{ème} rang. Ou s'agit-il du contrat qu'il a personnellement signé avec l'entreprise étrangère?
- la dénonciation du contrat de prestation de services n'est soumise à aucun délai, ce qui vide de son sens cette mesure,
- le donneur d'ordre 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

¹²⁷ Quel sens juridique est attaché à cette formulation ? Faire des rappels de salaire pour le passé ? ou uniquement respecter les minima à l'avenir ?

¹²⁸ Ecrit ainsi dans la loi.

¹²⁹ Pourquoi ne pas avoir rédigé un texte plus explicite?

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.

- comment le salarié victime du dumping social est informé de la mise en œuvre de cette disposition du code du travail et des suites qui lui sont réservées ; pourra-t-il, par ailleurs, obtenir une copie des courriers échangés entre l'agent habilité et le donneur d'ordre, qui sont le fondement et la justification juridiques de son action ? Ces documents sont en principe couverts par le secret professionnel. Comment saura-t-il officiellement que le marché n'a pas été résilié ? Le code du travail prévoit uniquement que l'agent de contrôle habilité l'informe qu'il peut saisir le conseil de prud'hommes¹³⁰.

- le risque pour un donneur d'ordre 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 détaché victime du dumping social n'a plus de recours contre le donneur d'ordre si le marché est résilié ; il se retrouve alors dans la situation antérieure à la loi Macron. L'effet de la loi est nul pour lui.

.B.2.2. L'option spécifique à l'entreprise établie en France de l'article L.3245-2 du code du travail (loi Savary)

.B.2.2.1. Lorsque le donneur d'ordre est informé par un agent de contrôle habilité qu'un salarié d'une entreprise établie en France, cocontractante ou non, quel que soit le rang de sous-traitance, perçoit un salaire inférieur au SMIC ou au minima conventionnel (y compris non étendu), ou n'a pas perçu la totalité de son salaire, il enjoint aussitôt par écrit à cette entreprise de faire cesser sans délai la situation.

L'entreprise cocontractante ou sous-traitante dispose d'un délai de sept jours pour répondre au donneur d'ordre (*article R. 3245-1 du code du travail, créé par le décret n° 2015-364 du 30 mars 2015*).

Le donneur d'ordre informe lui-même l'agent habilité des suites données par l'entreprise dès réception de sa réponse ou, au plus tard, au terme du délai de sept jours¹³¹.

Si le donneur d'ordre n'écrit pas à l'entreprise cocontractante ou à l'entreprise sous-traitante pour lui demander de régulariser le paiement des salaires ou s'il n'informe pas l'agent de contrôle des suites données par cette entreprise, il est tenu solidairement au paiement des salaires et des indemnités dues au salarié de l'entreprise défaillante, ainsi qu'au paiement des cotisations et contributions sociales.

Autrement dit, le salarié et les organismes de recouvrement peuvent s'adresser au donneur d'ordre pour obtenir la régularisation de la rémunération et le versement des cotisations et des contributions sociales.

¹³⁰ Cf. l'article R.1263-18 du code du travail.

¹³¹ Contrairement au mécanisme de l'article L.1262-4-3 du code du travail, la régularisation doit être immédiate ; c'est l'information transmise au donneur d'ordre et à l'agent de contrôle habilité qui est effectuée dans les sept jours.

.B.2.2.2. La portée de cette disposition du code du travail est très limitée en matière de lutte contre le dumping social tant sa rédaction suscite des interrogations :

- « faire cesser la situation », c'est-à-dire cesser de payer le salarié en dessous du minimum légal ou conventionnel ne signifie pas procéder nécessairement à des rappels de salaire,
- « régulariser la situation » ne vaut que pour l'avenir et n'emporte pas non plus obligation d'effectuer des rappels de salaire,
- dans la mesure où la finalité de la solidarité financière est de faire payer des dettes, et donc un passif, on peut déduire que les expressions « faire cesser la situation » et « régularisation » impliquent cependant que l'entreprise est tenue de faire des rappels de salaire. Reste à savoir si le juge prud'homal suivra.
- le donneur d'ordre n'est pas tenu d'obtenir de la part de l'entreprise défaillante les rappels de salaires et le paiement des cotisations et contributions sociales : 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 marché¹³², il peut donc continuer à recourir, directement ou indirectement, en toute connaissance de cause à une entreprise qui ne respecte pas le SMIC ou le salaire conventionnel et qui pratique du dumping social,
- il ne s'expose à aucune sanction pénale, s'il n'écrit pas à l'entreprise ou s'il continue à recourir, directement ou indirectement, en toute connaissance de cause à une entreprise qui ne respecte pas le SMIC ou le salaire conventionnel et qui pratique du dumping social. Sa responsabilité est purement civile. La loi Savary fait donc reposer sur le salarié, c'est-à-dire la victime, la lutte contre le dumping social en cas de non respect des minima de rémunération ou de défaut de paiement de sa rémunération.
- pour saisir utilement le conseil de prud'hommes, le salarié pourra-t-il, par exemple, obtenir une copie des courriers échangés entre l'agent habilité et le donneur d'ordre qui sont le fondement et la justification juridiques de son action?¹³³ Ces documents sont en principe couverts par le secret professionnel.
- le risque pour un donneur d'ordre de se faire assigner devant le conseil de prud'hommes par un salarié d'une entreprise cocontractante ou sous-traitante est très réduit, voire négligeable,
- par *a contrario*, on comprend que le risque disparaît dès lors que le donneur d'ordre a satisfait à son obligation de moyen; le salarié victime du dumping social se retrouve dans la situation antérieure à la loi Savary. L'effet de la loi est nul pour lui.

.B.3.3. L'option *toute entreprise* de l'article L.8281-1 du code du travail relatif au non respect du noyau dur de la législation du travail (loi Savary)

Cette troisième option à la disposition des agents de contrôle habilités pour obtenir la régularisation de la rémunération du salarié est incluse dans la rédaction de l'article L.8281-1

¹³² Alors que cette résiliation est prévue lorsque l'entreprise est une entreprise étrangère (quelle cohérence ?).

¹³³ L'article R.3245-3 du code du travail n'apporte pas cette précision ; l'agent de contrôle habilité informe uniquement le salarié qu'il peut saisir le conseil de prud'hommes.

du code du travail relatif au respect du noyau dur de la législation du travail, dont elle ne constitue qu'un sous ensemble (*voir infra .C.*).

Nota

L'existence de ces trois procédures, qui visent a priori le même résultat, mais selon des modalités différentes, risque de créer un bel imbroglio 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 de certaines entreprises, établies en France ou à l'étranger.

.C. Au titre du non respect du noyau dur de la législation du travail (article L.8281-1 du code du travail)

Cette disposition de la loi Savary a manifestement été conçue pour « moraliser » 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 également application lors du recours à une entreprise étrangère.

Cette disposition du code du travail instaure un mécanisme comparable à ceux prévus par les articles L.1262-4-3 et L.3245-2 du code du travail pour le non respect du SMIC ou des minima conventionnels et les rappels de salaires, avec cependant quelques différences notables.

.C.1. Lorsque le donneur d'ordre est informé par un agent de contrôle habilité qu'une entreprise, établie en France ou à l'étranger, intervenant dans la chaîne de sous-traitance commet une infraction relative à une des dispositions relevant du noyau dur de la législation du travail, il enjoint par écrit, dans les vingt quatre heures, à cette entreprise de faire cesser la situation (*article R.8281-1 du code du travail, créé par le décret n° 2015-364 du 30 mars 2015*).

L'entreprise dispose d'un délai de quinze jours pour répondre au donneur d'ordre (*article R.8281-2 du code du travail, créé par le décret n° 2015-364 du 30 mars 2015*).

Le donneur d'ordre informe lui-même l'agent habilité des suites données par l'entreprise défaillante dès réception de sa réponse ou, au plus tard, au terme du délai de quinze jours.

Si le donneur d'ordre n'écrit pas à l'entreprise défaillante pour lui demander de faire cesser la situation ou s'il n'informe pas l'agent habilité, au plus tard dans les deux jours suivant l'expiration du délai de quinze jours, des suites données par cette entreprise (*article R.8281-3 du code du travail, créé par le décret n° 2015-364 du 30 mars 2015*), il est passible de l'amende prévue par les contraventions de 5^{ème} classe (*article R.8282-1 du code du travail, créé par le décret n° 2015-364 du 30 mars 2015*).

Est visé par ce mécanisme, le non respect des dispositions du code du travail ou des stipulations des conventions collectives (y compris non 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**

.C.2. La portée utile de cette disposition du code du travail est particulièrement limitée pour le salarié parce que :

- elle n'offre au salarié aucun recours contre le donneur d'ordre. Il doit s'en remettre à la bonne volonté de son employeur.
- le salarié ne dispose d'aucune information sur la mise en œuvre de cette procédure par l'agent de contrôle habilité ; il n'en connaît ni l'engagement, ni les résultats. Il en ignore même l'existence¹³⁴. Les documents entre les mains de l'agent de contrôle habilité et à l'origine de la mise en œuvre de l'article L.8281-1 du code du travail sont couverts par le secret professionnel.
- le donneur d'ordre n'est pas tenu d'obtenir de la part de l'entreprise le respect du noyau dur de la législation du travail 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 marché¹³⁵, il peut donc continuer à recourir en toute connaissance à une entreprise qui ne respecte pas le noyau dur de la législation 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 qui ne respecte pas le noyau dur de la législation du travail et pratique du dumping social,
- il s'expose à une (petite) contravention de 5^e classe s'il ne respecte pas son obligation de moyen et le formalisme prévu par l'article L.8281-1 du code du travail.

¹³⁴ La loi Savary et le décret n° 2015-364 du 30 mars 2015 sont muets le droit à l'information du salarié.

¹³⁵ Alors que cette résiliation est prévue lorsque l'entreprise est une entreprise étrangère (quelle cohérence ?).

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 dans la lutte contre le dumping social du fait d'entreprises sous-traitantes, françaises ou étrangères :

- tous les agents habilités en matière de travail illégal ont-ils réellement compétence pour intervenir auprès du donneur d'ordre¹³⁶ 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 infraction¹³⁷. Dans l'affirmative, sur quelle base juridique, si l'agent de contrôle n'est pas un agent de l'inspection du travail ?

.D. Le recours à une entreprise de travail temporaire non établie en France (article L.1262-2-1 du code du travail)

.1) La loi Travail précise, en complétant l'article L.1262-2-1 du code du travail, que l'entreprise utilisatrice non établie en France (et qui a donc la qualité de donneur d'ordre) d'un salarié intérimaire, mis à sa disposition par une entreprise de travail temporaire établie elle-même hors de France, adresse à l'inspection du travail du lieu où débute la mission du salarié intérimaire une déclaration attestant que cette ETT étrangère a connaissance du détachement de son salarié sur le territoire français et a connaissance de la législation du travail française qui lui est applicable.

L'article R.1263-8-1 du code du travail, issu de l'article 4 du décret du 5 mai 2017, détaille le contenu et les modalités de cette déclaration, qui est préalable au détachement et effectuée hors l'application *SIPSI*. Il précise également que le destinataire de la déclaration est l'unité départementale de la Direccte ou de la Dieccte, contrairement à la loi qui mentionne l'inspection du travail.

L'envoi de cette attestation s'ajoute à la déclaration de détachement effectuée par l'ETT ; le défaut d'envoi de cette attestation à l'inspection du travail n'est assorti d'aucune sanction pénale ou administrative.

.2) A compter du 30 juillet 2020, et en application de l'ordonnance Travail du 20 février 2019, cette réglementation est ainsi modifiée :

¹³⁶ 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.

¹³⁷ Ce qui n'est pas le cas de la rédaction de l'article L.1264-4-3 et de l'article L.3245-2 du code du travail, autrement libellés.

⇒ 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 applicables à ce salarié détaché ; la liste des informations à communiquer est fixée par un arrêté 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 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 de 4 000 euros mentionnée aux articles L.1264-2 et L.1264-3 du code du travail, mais à condition que le salarié détaché perçoive un montant inférieur à cette rémunération.

.III. Les autres obligations et mises en cause possibles du donneur d'ordre

Le code du travail a étendu la mise en cause du donneur d'ordre au respect de six obligations de transparence dans le cadre de son recours à un cocontractant. Ces obligations de transparence ou déclaratives ne se rattachent pas directement à la définition du travail illégal ou du dumping social, même si elles sont en relation implicite avec la lutte contre ces fraudes.

Ces obligations visent plus particulièrement le recours à une entreprise étrangère ; une seule concerne, de façon plus générale, toutes les opérations de sous-traitance.

Depuis la loi Savary, plusieurs modifications législatives sont en effet intervenues pour faire peser sur le donneur d'ordre des obligations formelles spécifiques, lorsqu'il recourt à une entreprise établie à l'étranger. Par ailleurs, depuis 2011, la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance a été modifiée pour renforcer la visibilité et la transparence de ces opérations.

.A. La vérification du respect de la déclaration de détachement ou de l'attestation de détachement à effectuer par l'entreprise étrangère cocontractante (article L.1262-4-1 du code du travail)

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. Des règles spécifiques s'appliquent par ailleurs dans les secteurs des transports roulants et navigants, puisque la déclaration de détachement est remplacée par l'attestation de détachement.

.A.1. Selon la loi Savary. Avant le début du travail du salarié en qualité de détaché sur le territoire français, le donneur d'ordre s'assure que l'entreprise étrangère à qui il recourt

pour effectuer une prestation de services a procédé à la déclaration de détachement de chaque salarié, prévue par l'article L.1262-2-1-I. du code du travail¹³⁸.

Le particulier donneur d'ordre est dispensé de cette vérification lorsqu'il recourt à l'entreprise étrangère pour son usage personnel, celui de son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité, concubin, de ses ascendants ou descendants. Autrement dit, si le particulier achète un immeuble, le fait rénover et le revend ou le met en location, il est assimilé à un professionnel; il doit alors procéder à cette vérification.

La vérification du respect de la déclaration de détachement s'effectue par la remise préalable au donneur d'ordre de l'accusé de réception délivré par l'application SiPSI, utilisée par l'entreprise étrangère pour effectuer la déclaration de détachement.

En application des articles L.1264-1 et suivants du code du travail, le défaut de vérification de l'accomplissement de la déclaration de détachement par l'entreprise étrangère est passible d'une pénalité administrative d'un montant unitaire modulable de 4 000 euros et d'un montant cumulé maximal de 500 000 euros. Cette pénalité est éventuellement appliquée par le Direccte ou le Dieccte, sur rapport d'un agent de l'inspection du travail.

.A.2. La mise en œuvre et l'effectivité de cette vérification et de sa sanction sont sensiblement 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 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 dispose 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 d'obtenir l'annulation du recouvrement et d'échapper à la pénalité administrative.

- la loi précise que la pénalité 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.

.A.3. Selon la loi Macron¹³⁹. A défaut de s'être fait remettre par son cocontractant une copie de la déclaration de détachement, le donneur d'ordre adresse, dans les 48 heures suivant le

¹³⁸ Modèles fixés par arrêté du 22 avril 2016 du ministre chargé du travail (3 CERFA disponibles).

¹³⁹ Article 280 II 3° de la loi Macron. Article L.1262-4-1 modifié du code du travail.

début du détachement, une déclaration de substitution à l'inspection du travail du lieu où débute la prestation, selon des modalités qui lui donnent date certaine¹⁴⁰.

Le défaut d'envoi de cette déclaration de substitution à l'inspection du travail (et non pas à l'unité départementale) est passible de deux sanctions qui se cumulent:

- d'une part, la même pénalité administrative, d'un montant unitaire modulable de 4 000 euros et d'un montant cumulé maximal de 500 000 euros, que celle applicable à l'entreprise étrangère (article L.1264-2 du code du travail, issu de la loi Macron). 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 jusqu'à réception de la déclaration de substitution, et dans la limite d'une durée d'un mois (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 dans le cadre d'une PSI¹⁴¹.

.A.4. La loi Travail¹⁴², complétée par les décrets du 19 janvier 2016 et du 15 décembre 2016¹⁴³, prévoit que la déclaration de détachement de substitution est effectuée par le donneur d'ordre de façon dématérialisée, via l'application de télé déclaration SIPSI. En principe, la déclaration de substitution via SIPSI devait être possible à compter du 1^{er} octobre 2016 ; mais des contretemps techniques répétés ont conduit à reporter à plusieurs reprises cette fonctionnalité toujours pas opérationnelle pour le donneur d'ordre. La fonctionnalité devrait être opérationnelle à la mi juillet 2019.

Quelques remarques sur l'articulation entre la loi Savary et la loi 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.

⇒ la loi précise que la déclaration de détachement de substitution est adressée à l'inspection du travail; le décret dispose 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

¹⁴⁰ La déclaration de détachement de substitution comporte les mentions précisées par l'article R.1263-14 du code du travail ; modèle de déclaration fixé par arrêté ministériel du 8 novembre 2016 (CERFA n° 15592*01).

¹⁴¹ Donc, hors prestation pour compte propre et mobilité internationale intragroupe.

¹⁴² Article 105 de la loi Travail. Article L.1262-4-1 I alinéa 3 du code du travail.

¹⁴³ Décret n° 2016-27 du 19 janvier 2016 et décret n° 2016-1748 du 15 décembre 2016. Articles R.1263-12 et suivants du code du travail.

donneur d'ordre d'obtenir l'annulation du recouvrement et d'échapper à la pénalité administrative.

⇒ la loi précise que la pénalité administrative pour défaut d'envoi de la déclaration de détachement de substitution 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.

⇒ à défaut d'adresser cette déclaration de substitution à l'inspection du travail, le donneur d'ordre est-il passible des deux pénalités : l'une pour défaut de vérification, l'autre pour défaut d'envoi de la déclaration de substitution ?

.A.5. Dans les secteurs des transports roulants (route et rail) et navigants (voies fluviales), des dispositions particulières s'appliquent depuis le 1^{er} octobre 2016¹⁴⁴ ; ces dispositions visent non seulement les opérations de cabotage, mais également toutes les autres opérations de transport effectuées pour le compte d'un destinataire en France (en sont exclues, par exemple, les activités de simple transit sur le territoire français). A titre principal, ces dispositions spécifiques remplacent la déclaration de détachement par une attestation de détachement¹⁴⁵.

Dans un premier temps, le donneur d'ordre vérifie que l'entreprise étrangère de transport s'est acquittée de son obligation de transparence du détachement de son salarié, en ayant établi l'attestation de détachement qui est tenue dans le moyen de transport¹⁴⁶. L'article R.1331-6 du code des transports, tel qu'il résulte de la rédaction issue de l'article 3 du décret du 4 juin 2019, précise que cette vérification s'opère par la remise, avant le détachement du salarié, d'une copie de l'attestation de détachement.

A défaut d'avoir procédé à cette vérification et d'avoir constaté l'absence d'attestation de détachement, ce même article R.1331-6 du code des transports prévoit que :

.- le donneur d'ordre est tenu d'établir lui-même l'attestation de détachement dans les 48h. qui suivent le détachement, si le salarié est détaché dans son entreprise dans le cadre d'une mobilité internationale intragroupe ou dans le cadre d'une mise à disposition par une entreprise de travail temporaire. A compter du 1^{er} janvier 2017, l'attestation de détachement de substitution est transmise en principe par la procédure de télé déclaration SIPSI, mais qui n'est pas encore opérationnelle (à la mi juillet 2019 ?).

L'attestation de détachement de substitution est d'une durée de validité de six mois maximum et peut couvrir plusieurs détachements du même salarié.

Un exemplaire de l'attestation de détachement de substitution est remis au salarié détaché et est tenu à bord du véhicule.

¹⁴⁴ Décret n° 2016-418 du 7 avril 2016, complété par le décret n° 2016-1044 du 29 juillet 2016. Articles R.1331-1 et suivants du code des transports.

¹⁴⁵ Modèles fixés par arrêté du 29 juin 2016 du ministre chargé des transports et du ministre chargé du travail (3 CERFA disponibles). Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » p. 52 et suivantes et p.163 et suivantes 4^{ème} édition Juin 2019, du même auteur.

¹⁴⁶ Par exemple, dans la cabine du camion.

.- l'agent de contrôle (qui et dans quelles circonstances ?) informe le donneur d'ordre, si le détachement est effectué dans le cadre d'une prestation de services internationale et si le donneur d'ordre est seul destinataire en France de l'opération de transport, qu'il est tenu aux obligations mises à la charge du donneur d'ordre en application des articles L.3245-2, R.3245-1 à R.3245-4¹⁴⁷, L.4231-1, R.4231-1 à R.4231-4¹⁴⁸ et L.8281-1 et R.8281-1 à R.8281-4¹⁴⁹ du code du travail.

Il est à noter que dans les secteurs des transports roulants ou navigants, le décret du 7 avril 2016 n'avait pas prévu d'amende administrative à l'encontre du donneur d'ordre défaillant¹⁵⁰. L'article R.1331-11 du code des transports ne visait que l'entreprise étrangère.

Cette lacune a été comblée par la nouvelle rédaction de l'article R.1331-6 du code des transports, issue de l'article 3 du décret du 4 juin 2019, qui vise désormais le donneur d'ordre qui est passible de l'amende administrative.

Le contrôle respect des articles R.1331-6 et suivants du code des transports relatifs à l'attestation de détachement ne relève pas de la compétence des agents de l'inspection du travail ; à défaut d'habilitation législative expresse, les agents de l'inspection du travail n'ont pas compétence pour veiller à l'application du code des transports qui relève, pour ces dispositions, de la compétence des contrôleurs des transports terrestres des Dréal, de la gendarmerie et de la police.

Nota

L'article 89 de la loi Avenir professionnel du 5 septembre 2018¹⁵¹ a introduit dans le code du travail deux tempéraments à l'obligation de procéder à la déclaration de détachement, qui ont une incidence directe sur l'obligation du donneur d'ordre de vérifier le respect de cette formalité par l'entreprise étrangère à laquelle il recourt.

*.1) l'article 89 de la loi crée un article L.1262-6 dans le code du travail qui prévoit que l'entreprise étrangère, qui détache un ou plusieurs salariés pour des prestations et opérations de courte durée ou dans le cadre d'événements ponctuels et dont les salariés exercent l'une des activités mentionnées dans l'arrêté ministériel du 4 juin 2019 (**pour le détail et les conditions d'éligibilité voir infra en annexe p.222**), est dispensée d'effectuer la déclaration de détachement.*

L'arrêté du 4 juin 2019 liste quatre catégories d'activités exercées par des salariés, dispensées de la déclaration de détachement: 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.

¹⁴⁷ Vérification du respect du salaire minimum légal ou conventionnel.

¹⁴⁸ Vérification de l'hébergement.

¹⁴⁹ Vérification du noyau dur du code du travail.

¹⁵⁰ L'article L.8112-1 du code du travail ne donne pas compétence aux agents de l'inspection du travail pour contrôler le respect du décret du 7 avril 2016 codifié dans le code des transports.

¹⁵¹ Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel.

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.

Par suite, le donneur d'ordre, qui recourt à une entreprise étrangère qui relève du champ de l'arrêté du 4 juin 2019, n'a pas à vérifier le respect par celle-ci d'une obligation déclarative supprimée par la loi, ni, a fortiori, à effectuer une déclaration de détachement de substitution.

La suppression de la déclaration de détachement de l'article 89 ne s'applique pas aux entreprises de travail temporaire, ni aux agences de mannequins.

.2) l'article 89 de la loi crée un article L.1263-8 dans le code du travail aux termes duquel l'entreprise étrangère qui détache des salariés de façon récurrente sur le territoire français, peut solliciter l'autorité administrative compétente pour obtenir des aménagements aux modalités de la déclaration de détachement, dès lors que sont apportées des garanties sur le respect du noyau dur de la législation du travail. Les aménagements sont accordés pour une durée d'un an, susceptible d'être renouvelée.

Les aménagements administratifs consentis ne remettent pas en cause le principe de la déclaration de détachement, mais, par exemple, son caractère unitaire, nominatif, répétitif et systématique. Le donneur d'ordre, contrairement au tempérament précédent, reste tenu de vérifier le respect de l'accomplissement de la déclaration de détachement par l'entreprise étrangère puisque cette formalité n'est pas supprimée dans son principe.

Le décret d'application de cette disposition de la loi Avenir professionnel n'est pas publié à ce jour.

Cependant, le défaut de vérification par le donneur d'ordre du respect de la déclaration de détachement aménagée ne peut pas faire l'objet de l'amende administrative prévue par les articles L.1264-1 et suivants du code du travail, puisque l'article L.1264-2 du code du travail ne vise pas l'article L.1263-8 ce même code relatif à la déclaration de détachement aménagée.

Par ailleurs, le donneur d'ordre, qui souhaite vérifier que l'entreprise étrangère a procédé à la déclaration de détachement, devra désormais s'assurer que celle-ci ne bénéficie pas d'une dérogation administrative individuelle lui permettant de ne pas accomplir la déclaration de détachement de droit commun pour avoir la certitude que cette entreprise étrangère à laquelle il recourt respecte bien son obligation déclarative et le dispense d'effectuer une déclaration de substitution.

Ce qui, objectivement, ne simplifie pas les diligences du donneur d'ordre, d'autant que l'autorité administrative peut mettre fin, à tout moment, aux aménagements consentis, lorsque ceux-ci ne sont pas respectés ou que le noyau dur du code du travail n'est pas respecté.

.B. La vérification du respect de la désignation par l'entreprise étrangère cocontractante de son représentant en France (article L.1262-4-1 du code du travail)

.B.1. Avant le début du travail du salarié en qualité de détaché sur le territoire français, le donneur d'ordre 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, prévue par l'article L.1262-2-1-II. du code du travail.

Le particulier donneur d'ordre est dispensé de cette vérification lorsqu'il recourt à l'entreprise étrangère pour son usage personnel, celui de son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité, concubin, de ses ascendants ou descendants. Autrement dit, si le particulier achète un immeuble, le fait rénover et le revend ou le met en location, il est assimilé à un professionnel; il doit alors procéder à cette vérification.

En application du 3^o de l'article 1^{er} et du 2^o de l'article 3 du décret du 4 juin 2019, la désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère est intégrée dans la déclaration de détachement et dans l'attestation de détachement. Dès lors, la vérification du respect de la désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère s'effectue :

⇒ par la remise préalable au donneur d'ordre d'une copie de l'accusé de réception de la déclaration de détachement, émis par l'application SIPSI,

⇒ par la remise préalable au donneur d'ordre d'une copie de l'attestation de détachement, lorsque le salarié est détaché par une entreprise étrangère relevant du secteur du transport roulant ou navigant, soit en qualité de salarié intérimaire, soit dans le cadre d'une mobilité intragroupe.

Le défaut de vérification par le donneur d'ordre de la désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère, via l'accomplissement de la déclaration de détachement ou de l'établissement de l'attestation de détachement, est passible d'une pénalité administrative d'un montant unitaire modulable de 4 000 euros et d'un montant cumulé maximal de 500 000 euros. Cette pénalité est éventuellement appliquée par le Direccte ou le Dieccte, sur rapport d'un agent de l'inspection du travail.

Mais le contrôle respect des articles R.1331-1 et suivants du code des transports relatifs à l'attestation de détachement ne relève pas de la compétence des agents de l'inspection du travail ; à défaut d'habilitation législative expresse, les agents de l'inspection du travail n'ont pas compétence pour veiller à l'application du code des transports qui relève, pour ces dispositions, de la compétence des contrôleurs des transports terrestres des Dréal, de la gendarmerie et de la police.

.B.2. Outre l'absence de compétence de l'inspection du travail à l'égard de l'attestation de détachement qui intègre désormais la désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère, 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 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 ou de

l'attestation 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 loi¹⁵².

- la loi dispose que l'amende administrative est automatique et s'applique de plein droit; seul son montant est modulable. Or le décret rend cette pénalité 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.

Nota

L'article 89 de la loi Avenir professionnel du 5 septembre 2018¹⁵³ a introduit dans le code du travail deux tempéraments à l'obligation de désigner un représentant en France de l'entreprise étrangère, qui ont une incidence directe sur l'obligation du donneur d'ordre de vérifier le respect de cette formalité par l'entreprise étrangère à laquelle il recourt.

*.1) l'article 89 de la loi crée un article L.1262-6 dans le code du travail qui prévoit que l'entreprise étrangère, qui détache un ou plusieurs salariés pour des prestations et opérations de courte durée ou dans le cadre d'événements ponctuels et dont les salariés exercent l'une des activités mentionnées dans l'arrêté ministériel du 4 juin 2019 (**pour le détail et les conditions d'éligibilité, voir infra en annexe p.222**), est dispensée de désigner un représentant en France.*

L'arrêté du 4 juin 2019 liste quatre catégories d'activités exercées par des salariés, dispensées de la désignation du représentant en France: 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.

Par suite, le donneur d'ordre, qui recourt à cette entreprise étrangère qui relève de l'arrêté du 4 juin 2019, n'a pas à vérifier le respect par celle-ci d'une obligation déclarative supprimée par la loi.

La suppression de la désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère de l'article 89 ne vise pas les entreprises de travail temporaire, ni les agences de mannequins.

¹⁵² Notamment au regard du dévoiement de la mobilité internationale intragroupe (Voir le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » Juin 2019 4^e édition p.220, du même auteur.

¹⁵³ Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel.

.2) l'article 89 de la loi crée un article L.1263-8 dans le code du travail aux termes duquel l'entreprise étrangère qui détache des salariés de façon récurrente sur le territoire français, peut solliciter l'autorité administrative compétente pour obtenir des aménagements aux modalités de la désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère, dès lors que sont apportées des garanties sur le respect du noyau dur de la législation du travail. Les aménagements sont accordés pour une durée d'un an, susceptible d'être renouvelée.

Les aménagements administratifs consentis ne remettent pas en cause le principe de la désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère, mais, par exemple, son caractère unitaire, nominatif, répétitif et systématique. Le donneur d'ordre, contrairement au tempérament précédent, reste tenu de vérifier le respect de la désignation du représentant en France par l'entreprise étrangère puisque cette formalité n'est pas supprimée dans son principe.

Le décret d'application de cette disposition de la loi Avenir professionnel n'est pas publié à ce jour.

Cependant, le défaut de vérification par le donneur d'ordre du respect de la désignation aménagée du représentant en France ne peut pas faire l'objet de l'amende administrative prévue par les articles L.1264-1 et suivants du code du travail, puisque l'article L.1264-2 du code du travail ne vise pas l'article L.1263-8 ce même code relatif à la désignation aménagée du représentant en France.

Par ailleurs, le donneur d'ordre, qui souhaite vérifier que l'entreprise étrangère a procédé à la désignation du représentant en France, devra désormais s'assurer que celle-ci ne bénéficie pas d'une dérogation administrative individuelle lui permettant de ne pas procéder à la désignation de droit commun du représentant en France, pour avoir la certitude que cette entreprise étrangère à laquelle il recourt respecte bien son obligation déclarative.

Ce qui, objectivement, ne simplifie pas les diligences du donneur d'ordre, d'autant que l'autorité administrative peut mettre fin, à tout moment, aux aménagements consentis, lorsque ceux-ci ne sont pas respectés ou que le noyau dur du code du travail n'est pas respecté.

.C. L'annexe de la copie de la déclaration de détachement ou de l'attestation de détachement à joindre au registre unique du personnel (RUP) de l'entreprise qui accueille le salarié détaché (article L.1221-15-1 du code du travail)

Cette obligation, dont on perçoit mal l'utilité, souffre elle aussi de malfaçon rédactionnelle et de fragilité juridique qui obère sa mise en œuvre effective. L'article L.1221-15-1 du code du travail¹⁵⁴ mentionne que la copie de 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 pas¹⁵⁵. Par

¹⁵⁴ Issu de la loi Savary.

¹⁵⁵ Seul existe le RUP de l'établissement, conformément à l'article L.1221-13 du code du travail.

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 ETT, soit le salarié détaché en mobilité intragroupe. Les autres salariés détachés sur le territoire français ne sont nullement accueilli par une entreprise française, sauf à faire un abus de langage difficile à faire prospérer dans le cadre d'une procédure pénale.

Le donneur d'ordre qui recourt à une entreprise étrangère dans le cadre d'une opération de sous-traitance n'est donc pas soumis à cette formalité.

Pour tenter de « rattraper » cette rédaction maladroite, et contrairement à celle-ci, l'article D.1221-24-1 du code du travail¹⁵⁶ précise que cette formalité concerne la copie de la déclaration de détachement de tous les salariés détachés, quel que soit le motif du détachement, et qu'elle est tenue à la disposition d'une partie des agents habilités¹⁵⁷ au niveau de l'établissement (sans préciser lequel). Cet article du code du travail va bien au-delà de la loi, en ajoutant que ces copies sont également tenues sur chaque chantier ou tout autre lieu de travail distinct de l'établissement, hors présence 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 sur un chantier la copie de la déclaration de détachement de son entreprise étrangère intervenant dans le cadre d'une prestation de services internationale.

Dans le secteur du transport roulant et navigant, à défaut de stipulation expresse dans le code des transports, une copie de l'attestation de détachement qui accueille le salarié n'est pas annexée au registre unique du personnel.

Par ailleurs, si l'idée du législateur était d'assurer, à juste titre, la traçabilité des déclarations de détachement, et donc, a fortiori, la traçabilité des interventions des entreprises étrangères sur l'ensemble du territoire français pour mieux lutter contre la fraude à l'établissement, il aurait été bien plus judicieux de mettre en œuvre, plutôt que de l'enterrer, la base nationale des déclarations de détachement (base FRAMIDE) qui était prévue par l'arrêté du 3 mars 2009¹⁵⁸ et qui était attendue depuis cette date par les agents de contrôle habilités, notamment ceux qui ont participé à son élaboration.

Cette base nationale, dénommée SIPSI, a été créée par le décret du 29 juillet 2016¹⁵⁹, pour être opérationnelle au 1^{er} octobre 2016.

¹⁵⁶ Issu du décret du 30 mars 2015.

¹⁵⁷ Inspection du travail, sécurité sociale et OPJ.

¹⁵⁸ J.O. du 28 avril 2009 ; (voir le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » p.52 et suivantes. et p.163 et suivantes. Juin 2019 4ème édition, du même auteur).

¹⁵⁹ 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.

Nota

L'article 89 de la loi Avenir professionnel du 5 septembre 2018¹⁶⁰ a introduit dans le code du travail deux tempéraments à l'obligation de procéder à la déclaration de détachement, qui ont une incidence directe sur l'obligation de l'établissement d'accueil du salarié détaché de joindre une copie de la déclaration de détachement le concernant à son registre unique du personnel.

*.1) l'article 89 de la loi crée un article L.1262-6 dans le code du travail qui prévoit que l'entreprise étrangère, qui détache un ou plusieurs salariés pour des prestations et opérations de courte durée ou dans le cadre d'événements ponctuels et dont les salariés exercent l'une des activités mentionnées dans l'arrêté ministériel du 4 juin 2019 (**voir le détail et les conditions d'éligibilité infra en annexe p.222**), est dispensée d'effectuer la déclaration de détachement.*

Par suite, l'établissement qui accueille un salarié détaché par une entreprise étrangère dispensée d'effectuer la déclaration de détachement n'est pas tenue de joindre à son registre unique du personnel la copie d'un document relatif à une obligation déclarative supprimée.

La suppression de la déclaration de détachement de l'article 89 ne vise pas les entreprises de travail temporaire, ni les agences de mannequins, ce qui limite l'exonération d'annexer une copie de la déclaration de détachement au salarié détaché, accueilli dans le cadre d'une mobilité intragroupe. Sauf à considérer que l'entreprise accueillante peut être assimilée à toute entreprise qui sous-traite et qui a donc la qualité de donneur d'ordre.

.D. La vérification du paiement des amendes administratives dues, le cas échéant, par l'entreprise étrangère (article L.1262-4-1 III 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 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 et L.8115-1 du code du travail (**voir le détail des manquements infra p.210**).

La vérification du paiement des amendes éventuellement dues, s'effectue par la remise d'une attestation sur l'honneur par l'entreprise étrangère.

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,

¹⁶⁰ Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel.

puisque l'article L.1264-2 du code du travail, qui prévoit les sanctions spécifiques contre le donneur d'ordre 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 ; l'article L.1264-2 du code du travail, qui mentionne les actes répréhensibles, ne vise pas en effet le III de l'article L.1262-4-1 du code du travail

De surcroît, à supposer que le donneur d'ordre 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 défailante malgré ce défaut de paiement. Cette vérification de principe est donc purement formelle et peu engageante.

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

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 par le 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 du formulaire est présenté lors du contrôle.

Le défaut de présentation du certificat de détachement lors du contrôle, et à défaut de récépissé justificatif, lorsqu'il est obligatoire, est passible d'une pénalité civile due par le donneur d'ordre. Le montant de cette pénalité est de 3 377 euros (plafond mensuel de la sécurité sociale 2019) par salarié.

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 son arrêt Altun du 6 février 2018, vient de confirmer 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 Batival¹⁶¹).

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 l'arrêt Altun, écarter ce formulaire, pour demander le paiement des cotisations et des contributions sociales en France.

.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

¹⁶¹ 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 infra à la 4^{ème} partie *Jurisprudence* p.155.

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.

Quel est l'intérêt de la France d'aboutir à ce résultat et à ces dégâts collatéraux, compte tenu des arrêts A-Rosa et Altun 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, selon le statut du travailleur.

.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 plus de 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^{er} et 2^o 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^{er} 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 ne 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 intérêt¹⁶², 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 détachement¹⁶³, 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 1996¹⁶⁴, 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.

¹⁶² Si ce n'est pour le fraudeur.

¹⁶³ En application de la convention bilatérale de sécurité sociale franco japonaise.

¹⁶⁴ Plusieurs dizaines ; voir *infra* p.155 et suivantes la jurisprudence citée.

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.

.F. La déclaration d'accident du travail survenu à un salarié détaché de l'entreprise étrangère (article L.1262-4-4 du code du travail)

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 intragroupe¹⁶⁵. Cette déclaration restait à la charge de l'employeur du salarié détaché accidenté, lorsque celui-ci était détaché dans le cadre d'une 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 déclarative¹⁶⁶. 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

¹⁶⁵ 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.

¹⁶⁶ 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, susceptible de porter préjudice au salarié détaché victime.

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 1994¹⁶⁷ :

.- 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...).

.- 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 soit par l'entreprise étrangère ou son représentant, en prestation pour compte propre, soit par le donneur d'ordre 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 de donneur d'ordre 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 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 euros¹⁶⁸, prise en application des articles L.1264-1, L.1264-2 I 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 dans les autres cas de détachement (sous la double réserve de considérer en droit d'une part l'entreprise d'accueil qui reçoit un salarié en mobilité intragroupe comme un donneur d'ordre et d'autre part qu'elle bénéficie d'une prestation de services internationale à l'occasion de cette mobilité, ce qui est juridiquement erroné).

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 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^{ème} classe.

¹⁶⁷ La 2^{ème} édition du présent Mode d'emploi plaideait pour un retour au dispositif déclaratif du décret du 11 juillet 1994 ; voir également *infra* p.233 16 propositions pour améliorer le dispositif juridique.

¹⁶⁸ Porté à 8 000 euros en cas de réitération dans un délai de deux ans.

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^{ème} 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 :

.- 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 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.

.- 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.

.- 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 TASS¹⁶⁹ 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.

.G. La demande d'agrément de l'entreprise étrangère sous-traitante (article 3 de la loi du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance¹⁷⁰)

L'entreprise principale qui sous-traite prend la qualité de donneur d'ordre.

Lorsqu'elle sous-traite, y compris à une entreprise étrangère, le marché qu'elle a obtenu, elle est tenue de :

¹⁶⁹ Devenu la section sociale du tribunal de grande instance depuis le 1^{er} janvier 2019.

¹⁷⁰ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance ; voir *infra* p.223 en annexe.

- 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.

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 marchés publics pour les contrats d'un montant égal ou supérieur à 15 000 euros hors taxes et de la construction des maisons individuelles relevant de la loi du 19 décembre 1990, ce qui rend ambiguë la compréhension de cet article du code du travail.

.H. La carte d'identification professionnelle dans le secteur du BTP (article L.8291-1 du code du travail)

Créée par l'article 282 IV de la loi Macron¹⁷¹, 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 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.

L'entrée en vigueur de ce dispositif est effective depuis le 22 mars 2017. Dans certaines situations, elle implique l'intervention du donneur d'ordre.

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 et dans le cadre de la mobilité internationale intragroupe.

¹⁷¹ 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.

La carte est obtenue après déclaration du salarié, auprès de l'association Congés payés intempéries Union des Caisses de France (UCF-CIBTP)¹⁷², par son employeur, entreprise établie en France ou hors de France, ou par l'entreprise utilisatrice du salarié, qui a la qualité de donneur d'ordre, lorsque ce salarié est un intérimaire détaché par une entreprise de travail temporaire établie hors de France; la déclaration est effectuée 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 2016¹⁷³ 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 et SI-CIP¹⁷⁴, opérationnelle à compter du 1^{er} avril 2017, permet cette simplification en assurant des transferts de données.

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.

Le donneur d'ordre a la faculté de s'adresser à l'association UFC-CIBTP pour savoir si l'entreprise assujettie 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. Le donneur d'ordre peut aussi 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.

Enfin, le 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.

Le défaut de déclaration du salarié auprès de l'association UCF-CIBTP par l'entreprise assujettie ou par le donneur d'ordre utilisateur d'un salarié intérimaire détaché par une entreprise de travail temporaire établie hors de France pour obtenir la carte d'identification professionnelle est passible d'une amende administrative d'un montant de 2 000 euros¹⁷⁵ par salarié, dans la limite de 500 000 euros.

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.

¹⁷² 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 UFC-CIBTP (arrêt n° 398948 du 26 juin 2017).

¹⁷³ Décret n° 2016-1748 du 15 décembre 2016.

¹⁷⁴ 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.

¹⁷⁵ 4 000 euros en cas de récidive dans un délai d'un an à compter de la notification de la première amende.

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.

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 sur les chantiers.

2^{ème} partie

LA MISE EN CAUSE DU MAÎTRE D'OUVRAGE¹⁷⁶

¹⁷⁶ En sus de sa qualité et de ses obligations de donneur d'ordre qu'il possède nécessairement..

LA MISE EN CAUSE DU MAÎTRE D'OUVRAGE

Le maître d'ouvrage est celui qui est à l'origine du processus économique dans lequel interviennent une ou plusieurs entreprises pour concourir à sa réalisation ; il se trouve au sommet de la chaîne de sous-traitance. Il est celui pour le compte duquel l'ouvrage est réalisé. La plupart du temps, il assure également le financement de l'ouvrage.

Le maître d'ouvrage est un professionnel, une personne morale de droit privé ou de droit public ou un particulier. Il est très souvent établi en France ou parfois à l'étranger¹⁷⁷.

Lorsque le maître d'ouvrage contracte avec une entreprise, celle-ci n'a pas la qualité de sous-traitant au regard de la loi du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance ; l'entreprise avec laquelle contracte le maître d'ouvrage a la qualité d'entreprise principale. L'entreprise sous-traitante n'apparaîtra dans le processus économique initié par le maître d'ouvrage que si l'entreprise principale recourt à une autre entreprise pour réaliser le travail que lui a confié le maître d'ouvrage. Le maître d'ouvrage n'est donc pas cocontractant ou donneur d'ordre d'un sous-traitant.

Plusieurs dispositions du code du travail en matière de lutte contre le travail illégal et le dumping social vise à la fois le maître d'ouvrage et/ou le donneur d'ordre, puisque ce sont deux qualités distinctes.

Un maître d'ouvrage est nécessairement un donneur d'ordre, à l'égard de ou des entreprises principales avec qui il contracte. Mais à l'inverse, le donneur d'ordre n'est pas assimilable au maître d'ouvrage.

L'entreprise principale, qui n'est pas maître d'ouvrage, devient en effet à son tour donneur d'ordre, lorsqu'elle sous-traite ; l'entreprise sous-traitante devient également donneur d'ordre lorsqu'elle (re) sous-traite ; et ainsi de suite.

Le maître d'ouvrage peut donc voir sa responsabilité engagée à un double titre : soit en sa qualité spécifique et unique de maître d'ouvrage qui est visée comme telle par le code du travail, soit en sa qualité de donneur d'ordre à l'égard de ses propres cocontractants, c'est-à-dire à l'égard de l'entreprise principale ou des entreprises principales qu'il a choisi.

Lorsque sa qualité de donneur d'ordre est retenue, les règles juridiques décrites *supra* dans la 1^{ère} partie lui sont applicables.

Lorsque sa qualité de maître d'ouvrage est visée de façon spécifique, le cadre juridique qui suit s'applique en cette qualité particulière.

A l'identique du donneur d'ordre, la mise en cause du maître d'ouvrage est possible dans une affaire de travail illégal et dans une affaire de dumping social.

¹⁷⁷ Par exemple, dans l'hypothèse où une entreprise étrangère décide de construire des locaux en France, dans la perspective de s'y établir.

Lorsque le maître d'ouvrage confie ses prérogatives par un mandat écrit en bonne et due à un maître d'ouvrage délégué, il est substitué à celui-ci dans ses missions et sa responsabilité. Dans le cas contraire, sa responsabilité peut être retenue de façon exclusive ou co-retenue avec celle du maître d'ouvrage délégué (*voir supra p.18*).

En présence d'un vrai maître d'ouvrage délégué, une copie de tous les courriers qui lui sont adressés peut cependant être transmise très utilement au maître d'ouvrage.

.I. La mise en cause du maître d'ouvrage dans une affaire de travail illégal

La mise en cause du maître d'ouvrage est prévue pour les quatre infractions majeures relevant du champ du travail illégal : le travail dissimulé, l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, le marchandage et le prêt illicite de main-d'œuvre¹⁷⁸.

.A. Au titre du travail dissimulé

Plusieurs dispositions du code du travail permettent de mettre en cause la responsabilité du maître d'ouvrage, entraînant, comme pour le donneur d'ordre, l'application de sanctions ou de pénalités de nature pénale, financière, civile et administrative.

Ces sanctions relèvent des mêmes mécanismes juridiques que ceux applicables au donneur d'ordre, sauf en matière de solidarité financière qui suit un régime juridique particulier.

.A.1. La mise en cause pénale

.A.1.1. Le principe. Le 3° de l'article L.8221-1 du code du travail interdit le recours intentionnel et *par personne interposée* à une entreprise qui pratique du travail dissimulé. La responsabilité pénale du maître d'ouvrage relève de cette incrimination qui vise le recours indirect au travail dissimulé. La notion d'« *interposition de personnes* » pour mettre cause le maître d'ouvrage a été introduite à cet effet dans le code du travail par la loi du 31 décembre 1991¹⁷⁹.

Le donneur d'ordre, qui est le cocontractant de l'entreprise qui pratique du travail dissimulé, recourt quant à lui directement à celui qui pratique du travail dissimulé.

Le maître d'ouvrage, qui n'a pas de relation contractuelle avec cette entreprise, qui est un sous-traitant au sens de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, bénéficie cependant des prestations de cette entreprise qui apporte son concours à la réalisation de son ouvrage. Il est alors considéré comme recourant, par interposition de la personne du donneur d'ordre, voire d'autres sous-traitants, à cette même entreprise, même si elle est un tiers à son égard, au regard du droit des contrats.

¹⁷⁸ Comme indiqué supra page 14, seules sont traitées dans cet ouvrage la mise en cause du donneur d'ordre pour recours à du travail dissimulé et la mise en cause pour recours à une entreprise qui emploie un salarié étranger sans titre de travail ; les autres mises en cause relèvent de la fausse sous-traitance (voir à ce sujet le « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance » 1^{ère} édition Octobre 2015, du même auteur).

¹⁷⁹ Loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991 renforçant la lutte contre le travail clandestin et la lutte contre l'organisation de l'entrée et du séjour irréguliers d'étrangers en France.

.A.1.2. Quelques illustrations. Sans doute moins souvent retenue, du fait d'une plus grande difficulté à démontrer son caractère intentionnel, cette responsabilité pénale du maître d'ouvrage n'est pas cependant une simple mention formelle inscrite dans le code du travail¹⁸⁰. Des circonstances de fait précises sont de nature à emporter la condamnation du maître d'ouvrage, compte tenu des conditions dans lesquelles le sous-traitant défaillant est intervenu.

On peut évoquer les situations suivantes :

.- le maître d'ouvrage confie un travail à une entreprise principale qui ne dispose pas des salariés pour réaliser le travail, voire à une entreprise principale qui est une coquille vide ; l'entreprise principale sous-traite à une seconde entreprise qui pratique du travail dissimulé.

.- le maître d'ouvrage confie un travail de production à une entreprise principale qui se déclare domiciliée dans une société de domiciliation, sans autre adresse¹⁸¹.

.- le maître d'ouvrage agrée un sous-traitant qui ne dispose pas des salariés pour réaliser le travail et/ou qui déclare un objet social qui ne lui permet pas de réaliser ce travail.

.- le maître d'ouvrage constate sur un chantier la présence de véhicules d'entreprises qu'il n'a pas agréées.

.- le maître d'ouvrage, l'entreprise principale et le sous-traitant appartiennent au même groupe franco –français ou international.

.- des liens de parenté existent entre le maître d'ouvrage, l'entreprise principale et le sous-traitant.

D'autre part, et de façon plus générale, le maître d'ouvrage recourt intentionnellement, par personne interposée, à un sous-traitant qui pratique du travail dissimulé lorsqu'il a été informé par un agent de contrôle habilité, en application de l'article L.8222-5 du code du travail, de l'existence d'une situation de travail dissimulé dans la chaîne de sous-traitance et que cette situation n'avait pas cessé lors d'un second contrôle de l'agent habilité¹⁸².

.A.1.3. Le particulier maître d'ouvrage est susceptible d'être mis cause à ce titre, tout comme un maître d'ouvrage professionnel. Le code du travail ne l'exonère pas a priori de cette responsabilité.

Cependant le (très) peu d'affaires de cette nature traitée par les tribunaux ne permet pas de préciser ou d'illustrer les conditions de cette mise en cause qui semble donc rester exceptionnelle, eu égard à la modicité du contentieux. Pour autant, des circonstances factuelles spécifiques ou le fait que le particulier ait bénéficié des services d'un sous-traitant de l'entreprise à laquelle il a lui-même recouru sans aucun formalisme (pas de devis, paiement en liquide) et avec un prix attractif seraient de nature à entraîner sa responsabilité pénale.

¹⁸⁰ Cass. crim n° 01-85601 du 3 avril 2002 COGEDIM TRADITION.

¹⁸¹ *Voir infra p.151* La société de domiciliation.

¹⁸² *Voir infra p.100 et suivante.*

Il peut aussi être mis en cause s'il n'a pas fait cesser la situation de travail dissimulé pratiqué par un sous-traitant, après avoir été informé de cette situation par un agent de contrôle, en application de l'article L.8222-5 du code du travail.

.A.2. La mise en cause financière¹⁸³

La mise en cause financière du maître d'ouvrage dans le cadre d'une affaire de travail dissimulé résulte de la mise en œuvre de la solidarité financière créée par la loi du 31 décembre 1991¹⁸⁴ et codifiée aux articles L.8222-1 et suivants du code du travail¹⁸⁵ ; le maître d'ouvrage est visé de façon plus spécifique par l'article L.8222-5 du code du travail.¹⁸⁶

La finalité de la solidarité financière applicable au maître d'ouvrage est la même que celle visant le donneur d'ordre. Elle est de faire payer par le maître d'ouvrage les dettes fiscales et sociales d'une entreprise intervenant dans la chaîne de sous-traitance qui pratique du travail dissimulé, que cette entreprise soit établie en France ou à l'étranger.

Si la finalité reste la même, la solidarité financière du maître d'ouvrage couvre un champ bien plus large que celle du donneur d'ordre, car elle ne s'applique pas uniquement aux relations d'affaires avec son cocontractant, c'est-à-dire l'entreprise principale. La solidarité financière du maître d'ouvrage concerne en effet tous les sous-traitants de la chaîne de production, y compris ceux qu'il n'a pas agréés et qui interviennent de façon occulte.

Il en résulte que le maître d'ouvrage est soumis à une double solidarité financière : celle qui relève de sa qualité de maître d'ouvrage à l'égard de toute la chaîne de sous-traitance et celle qui relève de sa qualité de donneur d'ordre à l'égard de l'entreprise principale ou des entreprises principales avec qui il a contracté.

.A.2.1. Les créanciers bénéficiaires de la solidarité financière

Il s'agit des mêmes créanciers que ceux qui bénéficient de la solidarité financière du donneur d'ordre:

- .- les services fiscaux et le Trésor public,
- .- les douanes (pour les droits indirects¹⁸⁷),
- .- les organismes de recouvrement des cotisations et contributions sociales,
- .- les personnes qui ont versé des aides publiques,
- .- le salarié victime du travail dissimulé.

¹⁸³ Voir *infra* p.175 à 180 111-1. à 111-5. et p.185 à 187 Annexes 121-1.et 121-2.

¹⁸⁴ Loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991 renforçant la lutte contre le travail clandestin et la lutte contre l'organisation de l'entrée et du séjour irréguliers d'étrangers en France.

¹⁸⁵ Voir également la circulaire interministérielle DILTI du 31 décembre 2005 relative à la solidarité financière des donneurs d'ordre en matière de travail dissimulé.

¹⁸⁶ Voir également circulaire interministérielle DILTI du 31 décembre 2005 et lettre collective 2007-303 du 8 janvier 2008 de l'ACOSS.

¹⁸⁷ Billetterie spectacles, taxes sur les alcools, TIPP...

Nota

Les caisses de congés payés, et essentiellement celles du BTP et des spectacles vivants et enregistrés, ne sont pas mentionnées comme étant créanciers du maître d'ouvrage dans le cadre de la solidarité financière.

Cette lacune est inexplicable, compte tenu des sommes importantes que représentent les cotisations dues aux caisses de congés payés, notamment par les entreprises étrangères qui s'acquittent rarement de ces versements ; dans le BTP s'ajoute en outre les cotisations dues au titre de la caisse des intempéries. Le manque à gagner pour ces organismes depuis 1991 est considérable et va donc perdurer¹⁸⁸.

.A.2.2. Les conditions d'application de la solidarité financière

Deux mécanismes sont prévus par le code du travail.

.1). Le maître d'ouvrage, lorsqu'il est condamné pour recours par personne interposée à du travail dissimulé, relève de plein droit de la solidarité financière, quel que soit le montant du marché confié à l'entreprise principale, ou au sous-traitant qui pratique du travail dissimulé.

.2). En l'absence d'une condamnation pénale, le code du travail a prévu un mécanisme particulier mentionné à l'article L.8222-5, puisque le maître d'ouvrage n'a pas de relation contractuelle avec le sous-traitant défaillant:

- le mécanisme s'applique à tous les contrats, sans plancher financier, contrairement au donneur d'ordre. Le seuil minimal de 5 000 euros n'est pas opposable. Le sous-traitant doit cependant réaliser un travail qu'il facture à son donneur d'ordre¹⁸⁹.

- le sous-traitant pratique du travail dissimulé, quelle que soit la forme du travail dissimulé ; le sous-traitant est une entreprise établie en France ou une entreprise établie à l'étranger.

- l'existence préalable d'un procès-verbal pour travail dissimulé relevé contre le sous-traitant n'est pas requise et nécessaire.

- le maître d'ouvrage reçoit un courrier¹⁹⁰ de la part d'un agent de contrôle habilité, d'une organisation professionnelle, d'une organisation syndicale ou d'une institution représentative du personnel l'informant qu'un sous-traitant pratique du travail dissimulé. L'envoi d'un tel courrier par un agent de contrôle habilité implique que celui-ci ait procédé à un premier contrôle dans les locaux ou sur les lieux où intervient le sous-traitant défaillant.

¹⁸⁸ Le montant de la cotisation congés payés et intempéries dans le BTP représente environ 21,42% de la masse salariale; le montant de la cotisation congés payés est de 15,40 % de la masse salariale dans le secteur des spectacles vivants et enregistrés.

¹⁸⁹ Cette précision n'est pas anodine lorsqu'il s'agit de l'intervention d'une entreprise étrangère sur le territoire français dans le cas d'une prestation pour son propre compte.

¹⁹⁰ En LR/AR.

- à réception du courrier lui signalant la situation de travail dissimulé, le maître d'ouvrage écrit aussitôt, non pas au sous-traitant, mais à son propre cocontractant, c'est-à-dire à l'entreprise principale, pour lui demander de faire cesser sans délai la situation.

- à défaut de ne pas avoir adressé ce courrier et de n'avoir pas obtenu immédiatement que soit mis fin au travail dissimulé pratiqué par le sous-traitant impliqué, le maître d'ouvrage relève de plein droit de la solidarité financière. Il ne s'agit donc pas d'une simple obligation de moyen (envoi d'un courrier), mais d'une obligation de résultat de cessation immédiate de la situation de travail dissimulé pratiqué par le sous-traitant.

- le créancier (s'il le souhaite) s'adresse alors directement et exclusivement au maître d'ouvrage. Il n'est pas tenu de mettre en cause préalablement le sous-traitant défaillant et de constater son insolvabilité ou sa disparition. Cette facilité présente un avantage considérable lorsque le sous-traitant est insolvable ou est une entreprise étrangère venue en France effectuer une prestation de services internationale. La présence éphémère sur le territoire français d'une entreprise étrangère n'est pas un handicap ou un obstacle pour le créancier puisqu'il s'adresse au maître d'ouvrage qui est en France.

.A.2.3. La mise en œuvre de la solidarité financière

A.2.3.1. La mise en œuvre de la solidarité financière du maître d'ouvrage suppose une double initiative d'un agent de contrôle habilité¹⁹¹.

Dans un premier temps ; il lui adresse, à la suite d'un premier contrôle, un courrier de signalement d'une situation de travail dissimulé et lui demande d'y mettre fin, dans les conditions prévues par l'article L.8222-5 du code du travail.

Dans un second temps, l'agent habilité procède à un second contrôle et constate que la situation de travail dissimulé n'a pas cessé et perdure. Ce second contrôle intervient dans le délai pertinent choisi par l'agent de contrôle ; il peut donc s'effectuer très rapidement, puisque le code du travail exige la cessation immédiate du travail dissimulé.

La mise en œuvre de la solidarité financière contre le maître d'ouvrage se fait à la seule diligence du créancier. Si le créancier ne se retourne pas spontanément contre le maître d'ouvrage, celui-ci ne sera pas tenu de payer les dettes fiscales et sociales du sous-traitant auteur du travail dissimulé.

A défaut de versement amiable par le maître d'ouvrage des sommes qui lui sont réclamées par le créancier selon les règles de procédure qui lui sont propres, celui-ci saisit la juridiction compétente en fonction de la nature des sommes dues¹⁹². La prescription est celle de droit commun, sauf pour les organismes de sécurité sociale qui est portée de 3 à 5 ans puisqu'il s'agit d'une affaire de travail dissimulé¹⁹³.

¹⁹¹ L'initiative possible d'une organisation professionnelle ou syndicale ou des IRP est mentionnée dans la loi à titre symbolique.

¹⁹² Tribunal d'instance, tribunal de grande instance, tribunal des affaires de sécurité sociale, conseil de prud'hommes.

¹⁹³ Article L.244-3 alinéa 1^{er} du code de la sécurité sociale (article 70 de la loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004).

L'article L.8223-4 du code du travail permet aux organisations syndicales de saisir d'initiative le conseil de prudhommes pour faire valoir les droits du salarié victime du travail dissimulé dès lors que le salarié, dument informé par l'organisation syndicale, ne s'y est pas opposé. Cette facilité procédurale s'applique à la solidarité financière.

Les sommes réclamées au maître d'ouvrage sont déterminées à due proportion de la valeur des travaux réalisés, des services fournis, du bien vendu et de la rémunération en vigueur dans la profession¹⁹⁴.

Par analogie avec la position de la Cour de cassation à l'égard du donneur d'ordre¹⁹⁵, on peut considérer qu'une décision de relaxe du maître d'ouvrage (dirigeant et personne morale) n'interdit pas la mise en œuvre de la solidarité financière à son égard.

A.2.3.2. L'effectivité de la solidarité financière exige une très bonne circulation de l'information et des documents entre les agents de contrôle habilités qui constatent et qui écrivent au maître d'ouvrage et les organismes de recouvrement fiscaux, douaniers et sociaux créanciers de la solidarité financière; en la matière, le rôle du CODAF est essentiel pour faciliter cette transmission exhaustive de l'information et des documents et donner son plein effet à une mesure à caractère financier dissuasif.

Les articles L.8271-4, L.8271-5 alinéa 2 et L.8271-8-1 du code du travail lèvent le secret professionnel et permettent la transmission de ces informations et de ces documents en toute sécurité juridique.

.A.2.4. Et le particulier maître d'ouvrage?

Le particulier qui fait appel à une entreprise pour réaliser un travail (par exemple, des travaux du bâtiment) a la qualité de maître d'ouvrage (et de donneur d'ordre) à l'égard de cette entreprise. A ce titre, il est visé par la solidarité financière applicable au maître d'ouvrage, dès lors que cette entreprise a sous-traité, sauf s'il a fait appel à cette entreprise pour son usage personnel, celui de son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité, concubin, de ses ascendants ou descendants.

Autrement dit, si le particulier achète un immeuble, le fait rénover et le revend ou le met en location, il est assimilé à un professionnel. Dans ce cas, il peut être destinataire, en qualité de maître d'ouvrage, du courrier de l'agent de contrôle qui l'informe de la situation de travail dissimulé pratiquée par un sous-traitant et qui lui demande de faire cesser sans délai la situation, avec toutes les conséquences de droit¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Cass. civ.2 n° 13-15784 du 13 février 2014 ATH RENATO BENE.

¹⁹⁵ Cass. civ.2 n° 06-21961 du 17 janvier 2008 MORY-TEAM.

¹⁹⁶ Voir *infra* p.186 et 187 Annexes 121-1. et 121-2.

Nota

Le fait pour le maître d'ouvrage d'être informé, dans le cadre de l'article L.8222-5 du code du travail, par un agent de contrôle habilité qu'un sous-traitant pratique du travail dissimulé est de nature à entraîner sa responsabilité pénale pour recours, par personne interposée, à du travail dissimulé, dès lors que la situation de travail dissimulé n'a pas cessé dès réception de cette information¹⁹⁷.

.A.3. Les pénalités civiles

Les pénalités civiles sont prévues par le code de la sécurité sociale.

Contrairement à une lecture un peu rapide des textes, ces sanctions civiles ne s'appliquent pas uniquement à l'auteur du travail dissimulé ou au donneur d'ordre, elles concernent également le maître d'ouvrage, en qualité d'employeur.

En application de l'alinéa 1^{er} de l'article L.133-4-2 du code de la sécurité sociale, qui vise sans restriction les trois interdictions posées par l'article L.8221-1 du code du travail, le bénéfice de toute mesure d'exonération ou de réduction totale ou partielle de cotisations ou de contributions sociales sont refusées notamment à celui qui recourt, directement ou par personne interposée, à du travail dissimulé, quelle que soit sa forme. Ce refus n'est pas conditionné par l'existence préalable d'un procès-verbal ou d'une condamnation pénale, ni à l'égard de l'auteur du travail dissimulé, ni à l'égard du maître d'ouvrage.

En application de l'article L.133-4-5 du code de la sécurité sociale, lorsque le maître d'ouvrage recourt, par personne interposée, à du travail dissimulé, quelle que soit sa forme, l'organisme de recouvrement procède à l'annulation des réductions ou exonérations des cotisations ou contributions dont le maître d'ouvrage a bénéficié au titre des rémunérations versées à ses salariés.

Le maître d'ouvrage encourt la même sanction, dans les mêmes conditions, lorsqu'il n'a pas donné suite au signalement de l'un des agents de contrôle habilités de faire cesser sa relation contractuelle avec celui qui pratique du travail dissimulé.

L'annulation n'entraîne pas le remboursement de la totalité du montant des réductions ou des exonérations. Elle se limite à chacun des mois au cours desquels le maître d'ouvrage a recouru, par personne interposée, à une entreprise qui pratique du travail dissimulé ou n'a pas fait cesser ses relations contractuelles, après le signalement de l'agent de contrôle habilité.

Le montant de l'annulation n'excède pas 15 000 € pour un maître d'ouvrage personne physique et 75 000 € pour un maître d'ouvrage personne morale.

¹⁹⁷ Voir supra p.97.

Nota

La conformité à la Constitution de l'article L.133-4-5 du code de la sécurité sociale a fait l'objet de la QPC 20019-796 transmise par le Conseil d'Etat le 15 mai 2019 au Conseil constitutionnel.

Dans sa décision QPC n° 2019-796 du 5 juillet 2019, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme l'article L.133-4-5 du code de la sécurité sociale.

La loi du 22 décembre 2018¹⁹⁸ a modifié le régime juridique de l'annulation des réductions ou exonérations, en permettant à l'organisme de recouvrement de tempérer son application. La loi autorise désormais à prononcer une annulation partielle, et non plus totale, lorsque la dissimulation d'activité ou de salarié représente une proportion limitée de l'activité de l'employeur ou du travailleur indépendant ou lorsque la dissimulation d'activité ou de salarié résulte uniquement d'une requalification consécutive à une situation de faux travail indépendant visée au II de l'article L.8221-6 du code du travail.

Dans ce cas, la proportion des réductions ou des exonérations annulées est égale au rapport entre le double des rémunérations éludées et le montant des rémunérations, soumises à cotisations de sécurité sociale, versées à l'ensemble du personnel par l'employeur, sur la période concernée, dans la limite de 100 %.

Un décret en Conseil d'Etat va déterminer dans quelles conditions la dissimulation peut être considérée comme limitée, sans que la proportion de l'activité dissimulée puisse excéder 10 % de l'activité.

L'annulation des réductions ou des exonérations nécessite l'établissement par un agent de contrôle habilité d'un procès-verbal pour travail dissimulé à l'égard du seul auteur du travail dissimulé.

Nota

La bonne application de ces sanctions civiles, qui sont à la main des organismes de recouvrement, nécessite de leur transmettre les procès-verbaux relevant l'infraction de travail dissimulé.

Cette transmission est prévue et sécurisée par l'article L.8271-5 alinéa 2 du code du travail.

La transmission des procès-verbaux faite sur le fondement de l'article L.8271-8-1 du code du travail pour faire appliquer ces sanctions civiles présente une grande fragilité juridique. En effet, l'article L.8271-8-1 du code du travail ne vise que la perspective du recouvrement des cotisations et des contributions sociales qui sont dues aux organismes de protection sociale, ce qui n'est pas l'objet des articles L.133-4-2 et L.133-4-5 du code de la sécurité sociale.

¹⁹⁸ Article 23 de la loi n° 2018-1203 du 22 décembre 2018 de financement de la sécurité sociale pour 2019 ; article L.133-4-2 du code de la sécurité sociale.

.A.4. Les sanctions administratives

Les sanctions administratives sont les mesures contraignantes prises par l'autorité administrative compétente désignée par le code du travail, à la suite d'un constat de travail dissimulé¹⁹⁹.

Le maître d'ouvrage qui recourt, par personne interposée, à une entreprise qui pratique du travail dissimulé est passible des quatre sanctions suivantes.

.A.4.1. Le refus des aides publiques en matière d'emploi, de formation professionnelle et de culture (article L.8272-1 du code du travail)

Il s'agit de la première sanction administrative inscrite dans le code du travail dès 1997. Le périmètre de cette mesure a été élargi depuis son insertion dans le code du travail²⁰⁰. Il s'agit d'une faculté de refus, qui n'est donc pas de plein droit, à la disposition de l'autorité administrative compétente.

Les aides publiques susceptibles de faire l'objet d'un refus sont mentionnées à l'article D.8272-1 du code du travail :

- .- le contrat d'apprentissage,
- .- le contrat unique d'insertion,
- .- le contrat de professionnalisation,
- .- la prime à la création d'emploi dans les départements d'outre-mer et à Saint-Pierre-et-Miquelon,
- .- les aides des collectivités territoriales et de leurs groupements prévues aux articles L. 1511-1 à L. 1511-5 du code général des collectivités locales,
- .- les aides et subventions de soutien à la création, à la production et à la diffusion du spectacle vivant et enregistré,
- .- l'allocation d'activité partielle prévue à l'article L.5122-1 du code du travail²⁰¹.

Compte tenu de la rédaction très large de l'alinéa 1^{er} de l'article L.8272-1 du code du travail, le refus de versement d'une aide publique concerne de nombreuses personnes impliquées dans une affaire de travail illégal, dont le maître d'ouvrage.

L'autorité administrative compétente pour prendre la décision de refus est l'autorité gestionnaire de l'aide publique dont le refus est envisagé (Pôle Emploi, collectivité territoriale...).

¹⁹⁹ A ne pas confondre avec les peines complémentaires prononcées par le juge.

²⁰⁰ Voir également la circulaire interministérielle du 28 novembre 2012 relative aux sanctions administratives suite à un procès-verbal relevant une infraction de travail illégal.

²⁰¹ Ajoutée par le 7° de l'article 6 du décret du 4 juin 2019.

L'autorité administrative est informée par le préfet de l'existence de la verbalisation dont le maître d'ouvrage a fait l'objet. Le préfet est en effet destinataire de toute la verbalisation relative au travail illégal, en application de l'article L.8271-1-3 du code du travail.

La décision de l'autorité administrative est prise en tenant compte de la gravité des faits constatés, de la nature de l'aide sollicitée et de l'avantage qu'elle procure au maître d'ouvrage (les conditions sont cumulatives), et en tenant compte de sa situation économique, sociale et financière. Les critères relatifs à la situation économique, sociale et financière du maître d'ouvrage ont été ajoutés à la loi par décret, ce qui fragilise ces critères.

L'aide peut être refusée pendant une durée de cinq ans.

La décision de refus prise par l'autorité administrative se fonde sur l'existence préalable d'un procès-verbal relevé contre le maître d'ouvrage pour recours, par personne interposée, à une entreprise qui pratique du travail dissimulé; ce procès-verbal doit avoir été relevé dans les douze mois qui précèdent la demande d'aide formulée par le maître d'ouvrage.

Le préfet est informé de la décision de refus de versement de l'aide par l'autorité administrative décisionnaire.

.A.4.2. Le remboursement des aides publiques versées en matière d'emploi, de formation professionnelle et de culture (article L.8272-1 du code du travail)

Le maître d'ouvrage qui a bénéficié d'une ou des aides mentionnées au paragraphe .A.4.1. peut être tenu de rembourser l'aide ou les aides dont il a bénéficiées.

La demande de remboursement, total ou partiel, est effectuée par l'autorité administrative qui les a versées. Le remboursement se fonde sur l'existence préalable d'un procès-verbal relevé contre le maître d'ouvrage pour recours par personne interposée à une entreprise qui pratique du travail dissimulé; l'aide ou les aides dont le remboursement est demandé doivent avoir été versées dans les douze mois qui précèdent l'établissement du procès-verbal.

L'autorité administrative est informée par le préfet de l'existence de la verbalisation dont le maître d'ouvrage a fait l'objet. Le préfet est en effet destinataire de toute la verbalisation relative au travail illégal, en application de l'article L.8271-1-3 du code du travail.

La demande de remboursement de l'aide ou des aides est prononcée au regard de la gravité des faits constatés, de la nature de l'aide sollicitée et de l'avantage qu'elle procure au maître d'ouvrage (les conditions sont cumulatives) et en tenant compte de sa situation économique, sociale et financière. Les critères relatifs à la situation économique, sociale et financière du maître d'ouvrage ont été ajoutés à la loi par décret, ce qui fragilise ces critères.

En application de l'article L.8272-5 du code du travail, le maître d'ouvrage qui ne procède pas au remboursement de l'aide qui lui est notifié est passible d'un emprisonnement de deux mois et d'une amende de 3 750 euros. Cette infraction est relevée par les agents de l'inspection du travail, les gendarmes et les policiers.

.A.4.3. La fermeture temporaire de l'établissement ou l'arrêt temporaire de l'activité par le préfet²⁰² (article L.8272-2 du code du travail)

Le maître d'ouvrage qui recourt par personne interposée à une entreprise qui pratique du travail dissimulé peut faire l'objet d'une mesure préfectorale (arrêté préfectoral) de fermeture pour une durée n'excédant pas trois mois. Il s'agit d'une décision discrétionnaire du préfet.

La décision de fermeture est prise par le préfet, si la proportion de salariés concernés le justifie, eu égard à la répétition ou à la gravité des faits constatés (les conditions sont alternatives), ainsi qu'au regard de la situation économique, sociale et financière du maître d'ouvrage. Les critères relatifs à la situation économique, sociale et financière du maître d'ouvrage ont été ajoutés à la loi par décret, ce qui fragilise ces critères.

La fermeture vise l'établissement qui a servi à commettre l'infraction, lorsque l'entreprise du maître d'ouvrage possède plusieurs établissements. La mesure de fermeture administrative peut s'accompagner de la saisie à titre conservatoire du matériel professionnel du maître d'ouvrage; dans ce cas, l'arrêté préfectoral précise notamment qui procède à cette saisie conservatoire.

Sur les lieux de travail temporaire (ex un chantier de nettoyage de locaux ou la distribution de prospectus), la décision préfectorale reste une mesure de fermeture temporaire de l'établissement du maître d'ouvrage qui recourt, par personne interposée, à l'entreprise de nettoyage ou de distribution de prospectus.

Sur les autres lieux de travail temporaire (ex un chantier de nettoyage de locaux ou la distribution de prospectus) autre que le siège ou un établissement de l'entreprise gérée par le maître d'ouvrage, la décision préfectorale prend la forme d'un arrêt de l'activité de l'entreprise sur le site dans lequel a été commis l'infraction ou le manquement.

La loi Travail du 8 août 2016, puis la loi Avenir professionnel du 5 septembre 2018²⁰³, ont élargi le périmètre de fermeture lorsque l'activité est exercée sur un chantier du bâtiment et de travaux publics, ou sur un lieu extérieur au siège ou à un établissement de l'entreprise. En effet lorsque l'activité est achevée ou interrompue sur le lieu qui a fait l'objet du contrôle, le préfet peut prononcer l'arrêt de l'activité sur un autre site.

²⁰² La suspension temporaire d'activité non sédentaire d'un maître d'ouvrage n'est pas opérationnelle.

²⁰³ Article 110 de la loi Travail ; article 98 de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel. Alinéas 4 et 5 de l'article L.8272-2 du code du travail.

Nota

Bien que la loi ne le précise pas, l'arrêt d'activité sur un autre chantier que celui sur lequel a été constatée l'infraction de travail dissimulé n'est possible que pour le même département, compte tenu de la compétence territoriale du préfet.

Sauf à considérer que le constat d'un agent de contrôle dans un département déterminé puisse être transmis au préfet d'un autre département où se trouve un chantier en cours d'exécution concernant le même maître d'ouvrage ; dans ce cas, le second préfet est tenu de reprendre la procédure contradictoire, avant notification de sa décision.

La décision préfectorale se fonde, soit sur un procès-verbal constatant l'infraction de recours par personne interposée à du travail dissimulé, soit sur un rapport spécifique établi à cette fin par un agent de contrôle habilité.

La décision préfectorale est levée de plein droit en cas de classement sans suite, d'ordonnance de non lieu ou de relaxe prononcée par le juge. Cette précision est assez symbolique dès lors que la décision préfectorale intervient en principe bien plus rapidement que celle de l'autorité judiciaire²⁰⁴. La décision du préfet n'a de sens que si elle quasi concomitante à la constatation de l'infraction commise par le maître d'ouvrage.

La décision de fermeture ou d'arrêt d'activité n'entraîne ni rupture, ni suspension du contrat de travail, ni aucun préjudice pécuniaire à l'encontre des salariés de l'établissement.

En application de l'article L.8272-5 du code du travail, le maître d'ouvrage qui n'exécute pas la décision de fermeture de son établissement est passible d'un emprisonnement de deux mois et d'une amende de 3 750 euros. Cette infraction est relevée par les agents de l'inspection du travail, les gendarmes et les policiers.

.A.4.4. L'exclusion temporaire des contrats administratifs par le préfet (article L.8272-4 du code du travail)²⁰⁵

Le maître d'ouvrage qui recourt par personne interposée à une entreprise qui pratique du travail dissimulé peut faire l'objet d'une mesure préfectorale d'exclusion des contrats administratifs pour une durée n'excédant pas six mois. Il s'agit d'une décision discrétionnaire du préfet.

La décision d'exclusion est prise par le préfet, si la proportion de salariés concernés le justifie, eu égard à la répétition ou à la gravité des faits constatés (les conditions sont alternatives), ainsi qu'au regard de la situation économique, sociale et financière du maître d'ouvrage. Les critères relatifs à la situation économique, sociale et financière du donneur d'ordre ont été ajoutés à la loi par décret, ce qui fragilise ces critères.

²⁰⁴ Sauf procédure de comparution immédiate.

²⁰⁵ Les contrats administratifs sont principalement les marchés publics, les délégations de service public et les contrats de partenariat public-privé. Voir également circulaire interministérielle du 28 novembre 2012 précitée, note de bas de page 84 p.48.

La décision préfectorale se fonde, soit sur un procès-verbal constatant l'infraction de recours par personne interposée à du travail dissimulé, soit sur un rapport spécifique établi à cette fin par un agent de contrôle habilité.

La décision préfectorale est levée de plein droit en cas de classement sans suite, d'ordonnance de non lieu ou de relaxe prononcée par le juge. Cette précision est assez symbolique dès lors que la décision préfectorale intervient en principe bien plus rapidement que celle de l'autorité judiciaire²⁰⁶. La décision du préfet n'a de sens que si elle quasi concomitante à la constatation de l'infraction commise par le maître d'ouvrage.

En application de l'article L.8272-5 du code du travail, le maître d'ouvrage qui n'exécute pas la décision d'exclusion des contrats administratifs est passible d'un emprisonnement de deux mois et d'une amende de 3 750 euros. Cette infraction est relevée par les agents de l'inspection du travail, les gendarmes et les policiers.

.B. Au titre du recours, par personne interposée, à une entreprise sous-traitante qui emploie un salarié étranger sans titre de travail

La mise en cause du maître d'ouvrage au titre du recours à une entreprise sous-traitante qui emploie un salarié étranger sans titre de travail se fait sensiblement dans les mêmes conditions que celles du donneur d'ordre, que ce salarié soit en emploi direct par une entreprise française ou détaché par une entreprise étrangère.

Sa mise en cause à ce titre s'ajoute à celle de recours à du travail dissimulé, qui est une autre infraction, dès lors que ces deux infractions coexistent et sont constatées dans la même affaire.

.B.1. La mise en cause pénale

.B.1.1. La mise en cause du maître d'ouvrage se fait sur le fondement de l'alinéa 1^{er} de l'article L.8251-1 et de l'article L.8251-2 du code du travail.

L'alinéa 1^{er} de l'article L.8251-1 du code du travail interdit l'emploi direct *ou par personne interposée* d'un salarié étranger démuné de titre de travail. L'article L.8251-2 du code du travail interdit le recours direct *ou par personne interposée* à l'employeur d'un salarié étranger démuné de titre de travail.

Bien que l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail soit fréquent dans le monde du travail et la verbalisation consistante²⁰⁷, il n'existe pas, contrairement au travail dissimulé et sauf en présence d'une situation de fausse sous-traitance, suffisamment de jurisprudence permettant de préciser les contours et les éléments constitutifs de la responsabilité pénale d'un maître d'ouvrage qui recourt, par personne interposée, à une entreprise qui emploie un salarié étranger sans titre de travail.

En effet, la nationalité d'un salarié ne se présume pas, ni pour l'employeur, ni, a fortiori, pour le maître d'ouvrage à l'égard d'un salarié qui n'est pas le sien et qui, de surcroît, travaille pour le compte d'une entreprise sous-traitante avec laquelle il n'est pas en relation

²⁰⁶ Sauf procédure de comparution immédiate.

²⁰⁷ 1416 infractions constatées en 2017 (derniers chiffres connus).

d'affaires directe. Dès lors, une double question se pose : comment établir que le maître d'ouvrage sait qu'un sous-traitant emploie un ou plusieurs salariés de nationalité étrangère et comment établir que le maître d'ouvrage sait que l'un ou l'autre de ces salariés ne possède pas d'autorisation de travail ?

Seules les circonstances particulières de chaque affaire permettront de mettre en évidence la responsabilité pénale du maître d'ouvrage.

On peut évoquer les situations suivantes qui sont très proches de celles relatives au travail dissimulé :

.- le maître d'ouvrage confie un travail à une entreprise principale qui ne dispose pas des salariés pour réaliser le travail, voire à une entreprise principale qui est une coquille vide ; l'entreprise principale sous-traite à une seconde entreprise qui emploie de la main-d'œuvre étrangère sans titre de travail.

.- le maître d'ouvrage confie un travail de production à une entreprise principale qui se déclare domiciliée dans une société de domiciliation²⁰⁸.

.- le maître d'ouvrage agrée un sous-traitant qui ne dispose pas des salariés pour réaliser le travail et/ou qui déclare un objet social qui ne lui permet pas de réaliser ce travail.

.- le maître d'ouvrage constate sur un chantier la présence de véhicules d'entreprises qu'il n'a pas agréées et qui interviennent de façon occulte.

.- le maître d'ouvrage, l'entreprise principale et le sous-traitant appartiennent au même groupe franco-français ou international.

.- des liens de parenté existent entre le maître d'ouvrage, l'entreprise principale et le sous-traitant.

D'autre part, et de façon plus générale, le maître d'ouvrage recourt intentionnellement, par personne interposée, à un sous-traitant qui emploie de la main-d'œuvre étrangère sans titre de travail, lorsqu'il a été informé, en application de l'article L.8254-2-1 du code du travail, de l'existence d'une situation d'emploi de salarié étranger sans titre de travail dans la chaîne de sous-traitance et que cette situation n'avait pas cessé lors d'un second contrôle de l'agent habilité²⁰⁹.

.B.1.2. Le particulier maître d'ouvrage est susceptible d'être mis cause à ce titre, tout comme un maître d'ouvrage professionnel. Le code du travail ne l'exonère pas a priori de cette responsabilité.

Cependant le (très) peu d'affaires de cette nature traité par les tribunaux ne permet pas de préciser ou d'illustrer les conditions de cette mise en cause qui semble donc rester exceptionnelle, eu égard à la modicité du contentieux. Pour autant, des circonstances factuelles spécifiques ou le fait que le particulier ait bénéficié des services d'un sous-traitant de l'entreprise à laquelle il a recouru sans aucun formalisme à une entreprise (pas de devis,

²⁰⁸ Voir *infra* p.151 La société de domiciliation.

²⁰⁹ Voir *infra* p.111 et suivante.

paiement en liquide) et avec un prix attractif seraient de nature à entraîner sa responsabilité pénale.

Il peut aussi être mis en cause s'il n'a pas fait cesser la situation d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail par un sous-traitant, après avoir été informé de cette situation par un agent de contrôle, en application de l'article L.8254-2-1 du code du travail relatif à la solidarité financière (*voir ci après*).

.B.2. La mise en cause financière

La mise en cause financière du maître d'ouvrage dans le cadre d'une affaire d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail résulte de la mise en œuvre de la solidarité financière créée par la loi du 16 juin 2011²¹⁰ et codifiée aux articles L.8254-1 et suivants du code du travail²¹¹. Cette solidarité financière est autonome par rapport à celle relative au travail dissimulé et s'ajoute à celle-ci.

Le principe de cette seconde solidarité financière reste le même : faire payer par le maître d'ouvrage un certain nombre de dettes d'un sous-traitant qui emploie un salarié étranger démuné de titre de travail, que ce sous-traitant soit établi en France ou à l'étranger.

.B.2.1. Les sommes et les créanciers de la solidarité financière

La solidarité financière du maître d'ouvrage pour recours à un sous-traitant qui emploie un salarié étranger sans titre de travail s'applique aux sommes et aux créanciers suivants :

- .- les salaires, accessoires et indemnités versées au titre de la relation de travail dus au salarié,
- .- les frais d'envoi des rémunérations impayées dus au salarié, dans le pays où il se trouve,
- .- la contribution spéciale²¹² due à l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII),
- .- la contribution forfaitaire de rapatriement²¹³ due à l'OFII. Le recouvrement de cette contribution auprès du maître d'ouvrage n'est cependant pas possible, faute de décret d'application spécifique de l'article L.8254-2 du code du travail qui liste les sommes qui relèvent de la solidarité financière.

Le salarié étranger démuné de titre de travail est très souvent un salarié dissimulé par l'employeur qui le fait travailler. Il a donc le choix entre deux solidarités financières pour s'adresser au maître d'ouvrage, d'autant qu'elles visent les mêmes sommes.

Même si la mise en œuvre de l'un ou l'autre de ces deux mécanismes reste complexe, et donc aléatoire pour le salarié étranger, l'utilisation de la solidarité financière dans le cadre d'une situation d'emploi de salarié étranger sans titre de travail est plus facile à mobiliser ;

²¹⁰ Loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal.

²¹¹ Voir également la circulaire interministérielle DPM n° 2005-544 du 9 décembre 2005 relative au recouvrement de la contribution spéciale pour emploi d'étranger sans titre de travail.

²¹² Article L.8353-1 du code du travail.

²¹³ Article L.626-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

elle n'est pas en effet conditionnée et verrouillée par l'existence préalable d'un procès-verbal établi par un agent de contrôle habilité²¹⁴.

.B.2.2. Les conditions d'application de la solidarité financière

Deux mécanismes sont prévus par le code du travail.

.1). Le maître d'ouvrage, lorsqu'il est condamné pour recours par personne interposée à une entreprise qui emploie un salarié étranger sans titre de travail, relève de plein droit de la solidarité financière, quel que soit le montant du marché confié au sous-traitant qui emploie le salarié étranger sans titre de travail.

.2). En l'absence d'une condamnation pénale, le code du travail a prévu un mécanisme particulier, puisque le maître d'ouvrage n'a pas de relation contractuelle avec le sous-traitant défaillant. Ce mécanisme est identique à celui qui est prévu par le code du travail dans une affaire de travail dissimulé:

- le mécanisme s'applique à tous les contrats, sans plancher financier, contrairement au donneur d'ordre. Le seuil minimal de 5 000 euros est donc supprimé. Le sous-traitant doit cependant réaliser un travail qu'il facture à son donneur d'ordre²¹⁵.

- le sous-traitant emploie un ou plusieurs salariés étrangers sans titre de travail; le sous-traitant est une entreprise établie en France ou une entreprise établie à l'étranger.

- l'existence préalable d'un procès-verbal pour emploi d'un salarié étranger sans titre de travail relevé contre le sous-traitant n'est pas requise et nécessaire.

- le maître d'ouvrage reçoit un courrier²¹⁶ de la part d'un agent de contrôle habilité²¹⁷, d'une organisation professionnelle, d'une organisation syndicale ou d'une institution représentative du personnel l'informant qu'un sous-traitant emploie de la main-d'œuvre étrangère sans titre de travail. L'envoi d'un tel courrier par un agent de contrôle habilité implique que celui-ci ait procédé à un premier contrôle dans les locaux ou sur les lieux où intervient le sous-traitant impliqué.

- à réception du courrier lui signalant la situation d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, le maître d'ouvrage écrit aussitôt, non pas au sous-traitant, mais à son propre cocontractant, c'est-à-dire l'entreprise principale, pour lui demander de faire cesser sans délai la situation.

- à défaut de ne pas avoir adressé ce courrier et de n'avoir pas obtenu immédiatement que soit mis fin à l'emploi du salarié étranger sans titre de travail par le sous-traitant impliqué, le maître d'ouvrage relève de plein droit de la solidarité financière. Il ne s'agit donc pas d'une simple obligation de moyen (envoi d'un courrier), mais d'une obligation de résultat de

²¹⁴ Cf par analogie, la position de la Cour de cassation s'agissant de l'action de l'Urssaf : cass.civ. 2 n° 14-23851 du 26 novembre 2015.

²¹⁵ Cette précision n'est pas anodine lorsqu'il s'agit de l'intervention d'une entreprise étrangère sur le territoire français dans le cas d'une prestation pour son propre compte.

²¹⁶ En LR/AR.

²¹⁷ Les agents de contrôle habilités à constater l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail sont les agents de l'inspection du travail, des services de gendarmerie et de police et les agents de la douane.

cessation immédiate de la situation d'emploi de main-d'œuvre étrangère sans titre de travail par le sous-traitant.

.- le créancier (s'il le souhaite) s'adresse alors directement et exclusivement au maître d'ouvrage. Il n'est pas tenu de mettre en cause préalablement le sous-traitant défaillant et de constater son insolvabilité ou sa disparition. Cette facilité présente un avantage considérable lorsque le sous-traitant est insolvable ou est une entreprise étrangère venue en France effectuer une prestation de services internationale. La présence éphémère sur le territoire français d'une entreprise étrangère n'est pas un handicap ou un obstacle pour le créancier puisqu'il s'adresse au maître d'ouvrage qui est en France.

.B.2.3. La mise en œuvre de la solidarité financière

.B.2.3.1. La mise en œuvre de la solidarité financière du maître d'ouvrage suppose une double initiative d'un agent de contrôle habilité²¹⁸.

Dans un premier temps, il lui adresse, à la suite d'un premier contrôle, un courrier de signalement d'une situation d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail et lui demande d'y mettre fin, dans les conditions prévues par l'article L.8254-2-1 du code du travail.

Dans un second temps, l'agent habilité procède à un second contrôle et constate que la situation d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail n'a pas cessé et perdure. Ce second contrôle intervient dans le délai pertinent choisi par l'agent de contrôle ; il peut se faire très rapidement, puisque le code du travail exige la cessation immédiate de l'emploi du salarié étranger sans titre de travail.

La mise en œuvre de la solidarité financière contre le maître d'ouvrage se fait à la seule diligence du créancier (salarié étranger et OFII). Si le créancier ne se retourne pas spontanément contre le maître d'ouvrage, celui-ci ne sera pas tenu de payer les rémunérations et indemnités du salarié étranger employé sans titre de travail, ni la contribution spéciale à l'OFII aux lieu et place du sous-traitant.

A défaut de versement amiable par le maître d'ouvrage des sommes qui lui sont réclamées par le salarié et l'OFII, le salarié saisit le conseil de prud'hommes et le maître d'ouvrage saisit le tribunal administratif pour contester l'état exécutoire de mise en recouvrement de l'OFII. La prescription est de 3 ans pour le salarié²¹⁹ et de 4 ans pour l'OFII.

L'article L.8255-1 du code du travail permet aux organisations syndicales de saisir d'initiative le conseil de prudhommes pour faire valoir les droits du salarié étranger employé sans titre de travail, dès lors que le salarié, dument informé par l'organisation syndicale, ne s'y est pas opposé. Cette facilité procédurale s'applique à la solidarité financière.

²¹⁸ L'initiative possible d'une organisation professionnelle ou syndicale ou des IRP est mentionnée dans la loi à titre symbolique.

²¹⁹ La prescription est de 30 ans pour les sommes qui ne sont pas juridiquement des salaires, notamment pour l'indemnité forfaitaire équivalente à 3 ou 6 mois de salaire.

Les sommes réclamées au maître d'ouvrage sont déterminées à due proportion de la valeur des travaux réalisés, des services fournis, du bien vendu et de la rémunération en vigueur dans la profession²²⁰.

.B.2.3.2. L'effectivité de la solidarité financière en matière d'emploi de salarié étranger sans titre de travail exige une très bonne circulation de l'information et des documents entre les agents de contrôle habilités qui constatent et qui écrivent au maître d'ouvrage et les créanciers que sont l'OFII et le salarié étranger, ainsi que les organismes de recouvrement fiscaux et sociaux.

Compte tenu du montant élevé de la contribution spéciale²²¹ et de son caractère dissuasif, il est essentiel que toutes les procédures de signalement adressé au maître d'ouvrage lors d'un constat d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail soient transmises à l'OFII, lorsqu'elles sont associées à une verbalisation de l'employeur pour l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail²²².

Cette transmission doit préciser à l'OFII que le débiteur de la contribution spéciale est le maître d'ouvrage.

L'OFII n'a directement connaissance d'aucun contrôle sur le terrain, ni de la verbalisation qui en résulte. L'OFII n'est pas membre du CODAF. L'OFII ne peut donc pas intervenir d'initiative auprès du maître d'ouvrage pour lui réclamer le paiement de la contribution spéciale, puisque le recouvrement de cette contribution se fait à partir d'un signalement, resté vain, adressé au maître d'ouvrage par un agent de contrôle habilité.

L'action de l'OFII est totalement tributaire des remontées des procédures qui lui sont adressées par les agents verbalisateurs, en application de l'article L.8271-17 alinéa 2 du code du travail. Tant que l'OFII n'a pas reçu, via la procédure de l'agent verbalisateur, un dossier de l'agent de contrôle habilité relatif à ce signalement et à ses suites, l'Office est dans l'incapacité de mettre en cause le maître d'ouvrage puisqu'il ne connaît pas cette affaire.

Par ailleurs l'OFII ne dispose pas d'agent enquêteur, la mise en recouvrement de la contribution spéciale auprès du maître d'ouvrage s'appuie exclusivement sur les constats et les mentions du procès-verbal, ainsi que sur les pièces écrites relatives à la procédure de signalement.

L'OFII est bénéficiaire, en premier lieu, de la solidarité financière pour le paiement de la contribution spéciale qui lui est due. Mais l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail est souvent associé à du travail dissimulé, ce qui intéresse les services de recouvrement fiscaux et sociaux créanciers de la solidarité financière à ce titre. En la matière, le rôle du CODAF est essentiel pour faciliter la transmission exhaustive de l'information et des documents et donner son plein effet aux deux solidarités financières générées par une situation d'emploi de salarié étranger sans titre de travail et dissimulé.

²²⁰ Cass. civ.2 n° 13-15784 du 13 février 2014 ATH RENATO BENE.

²²¹ 18 100 euros par salarié étranger sans titre de travail au 1^{er} janvier 2019 (montant qui peut être majoré ou minoré dans des conditions encadrées par le code du travail).

²²² Voir également la circulaire interministérielle DPM n° 2005-544 du 9 décembre 2005 relative au recouvrement de la contribution spéciale pour emploi d'étranger sans titre de travail.

L'article L.8271-17 (emploi d'un salarié étranger sans titre de travail) et les articles L.8271-4, L.8271-5 alinéa 2 et L.8271-8-1 (travail dissimulé) du code du travail lèvent le secret professionnel et permettent la transmission de ces informations et de ces documents en toute sécurité juridique.

.B.2.4. Et le particulier maître d'ouvrage?

Le particulier qui fait appel à une entreprise pour réaliser un travail (par exemple, des travaux du bâtiment) a la qualité de maître d'ouvrage (et de donneur d'ordre) à l'égard de cette entreprise. A ce titre, il est visé par la solidarité financière applicable au maître d'ouvrage, dès lors que cette entreprise a sous-traité, même s'il a fait appel à cette entreprise pour son usage personnel, celui de son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité, concubin, de ses ascendants ou descendants²²³.

Dans ce cas, il peut être destinataire, en qualité de maître d'ouvrage, du courrier de l'agent de contrôle habilité qui l'informe de la situation d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail par un sous-traitant et qui lui demande de faire cesser sans délai la situation, avec toutes les conséquences de droit.

Nota

Une jurisprudence bien établie du Conseil d'Etat, en référence à la rédaction de l'article L.8253-1 du code du travail²²⁴, précise qu'un classement sans suite ou une relaxe de l'employeur d'un salarié étranger sans titre de travail n'interdit pas la mise en recouvrement de la contribution spéciale auprès de celui-ci par l'OFII.

A fortiori, ce classement sans suite ou cette relaxe de l'employeur n'interdit pas la mise en recouvrement de la contribution spéciale auprès du maître d'ouvrage.

.B.3. Les pénalités civiles

Les pénalités civiles sont prévues par le code de la sécurité sociale. Dans la mesure où un salarié étranger démuné de titre de travail est très souvent un salarié dissimulé, le maître d'ouvrage verbalisé pour recours, par personne interposée, à une entreprise qui emploie un salarié démuné de titre de travail fait l'objet de refus d'exonération et d'abattement sur les cotisations sociales ou d'annulation des exonérations et des abattements accordées (**voir supra .A.3.**).

Mais à la condition que le procès-verbal relève également l'infraction de recours à travail dissimulé. Sinon, la seule verbalisation au titre de l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail ne permet pas d'appliquer les pénalités civiles prévues par le code de la sécurité sociale.

²²³ Contrairement à ce que prévoit l'article 8222-5 du code du travail en présence d'une situation de travail dissimulé.

²²⁴ « Sans préjudice des poursuites judiciaires... » précise l'article L.8253-1 du code du travail.

.B.4. Les sanctions administratives

Les quatre sanctions administratives prévues par le code du travail (refus des aides publiques, remboursement des aides publiques, fermeture administrative de l'établissement et exclusion des contrats administratifs (*voir supra .A.4.*) pour des faits de travail illégal s'appliquent-elles au maître d'ouvrage qui recourt par personne interposée à une entreprise sous-traitante qui emploie un ou des salariés étrangers démunis de titre de travail ?

Le doute est permis, bien que le comportement du maître d'ouvrage relève indiscutablement du travail illégal, au sens usuel de cette expression.

En effet, chacun des articles du code du travail qui permet d'appliquer l'une ou l'autre de ces quatre sanctions administratives vise expressément la commission des infractions mentionnées aux 1° à 4° de l'article L.8211-1 du code du travail. Or ces dispositions du code du travail ne visent que « *l'emploi d'étranger sans titre de travail* ». Le maître d'ouvrage n'emploie pas le salarié étranger sans titre de travail ; il recourt, par personne interposée, à l'entreprise qui l'emploie, ce qui est différent.

Il s'agit très certainement d'une malfaçon rédactionnelle, non sans conséquence juridique, qui demanderait à être rectifiée.

Pour éviter les écueils d'un contentieux sur le champ matériel d'application de ces sanctions, mieux vaut verbaliser le maître d'ouvrage sur la base de l'article L.8251-1 du code du travail qui interdit l'emploi direct ou par personne interposée d'un salarié étranger démunis de titre de travail ou verbaliser également, si c'est le cas, le maître d'ouvrage pour recours à une entreprise qui pratique de la dissimulation d'emploi salarié (de l'étranger sans titre de travail).

Liste noire et « name and shame²²⁵ » des entreprises condamnées pour des faits de travail illégal

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 illégal²²⁶, 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

²²⁵ En français, « Nommer et couvrir de honte ».

²²⁶ Travail dissimulé, emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, marchandage et prêt illicite de main d'œuvre.

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, pour l'entreprise étrangère, 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. Il ne s'agit pas d'interdire à un donneur d'ordre de recourir à une entreprise inscrite sur la liste noire. La publicité sur le site du ministère du travail est d'affichage et symbolique.

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.

Ce dispositif a connu un succès très relatif, puisque seules 4 décisions de diffusion de condamnation pour travail illégal ont été prononcées entre 2014 et 2016. On est donc bien loin d'une liste noire exhaustive annoncée par le ministre du travail de l'époque et lors des débats parlementaires.

⇒ 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, établie en France ou hors de France, 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, établie en France ou hors de France, 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.

.II. Les obligations et la mise en cause du maître d’ouvrage au titre du dumping social

La possibilité de mettre en cause le maître d’ouvrage dans une affaire de dumping social est récente. Elle a été introduite dans le code du travail par la loi Savary du 10 juillet 2014. Elle a fait l’objet de précision et de complément par la loi Macron du 6 août 2015 et la loi Travail du 8 août 2016.

La mise en cause du maître d’ouvrage dans une affaire de dumping social porte sur des pratiques et des comportements d’une entreprise quelconque intervenant dans la chaîne de sous-traitance contraires à la législation du travail, mais qui sont matériellement différentes des faits constitutifs du travail illégal. L’entreprise sous-traitante est établie en France ou à l’étranger.

Cette mise en cause s’ajoute et se cumule, le cas échéant, avec celle relative au travail illégal. Elle s’ajoute également à celle qui relève de sa qualité de donneur d’ordre à l’égard de son ou de ses propres entreprises cocontractantes²²⁷.

La mise en œuvre de quatre de ces mesures, destinées à lutter contre le dumping social, par le maître d’ouvrage est conditionnée par une démarche préalable d’un agent de contrôle habilité en matière de travail illégal, qui doit alerter le maître d’ouvrage.

Cependant, chacune de ces trois dispositions, hélas mal libellées, suscite des difficultés de compréhension et souffre d’empilement rédactionnel, ce qui obère sensiblement leur efficacité ; par exemple, il existe désormais trois textes différents, résultant de l’addition de la loi Savary et de la loi Macron, susceptibles de s’appliquer au maître d’ouvrage lorsqu’une entreprise sous-traitante ne respecte pas le SMIC ou les minima conventionnels étendus, ou qui ne verse pas la totalité du salaire, ce qui rend peu lisible ce nouveau dispositif et difficile à expliciter. Le juge pourra s’interroger.

Nota

Les dispositions du code du travail visent indifféremment le maître d’ouvrage et le donneur d’ordre, qui sont pourtant des personnes juridiquement différentes (voir supra p.18).

L’agent de contrôle habilité peut donc s’adresser de façon discrétionnaire à l’un ou à l’autre, en fonction des circonstances du contrôle.

Telle que la loi est rédigée, rien ne s’oppose cependant à ce que l’agent de contrôle s’adresse simultanément au maître d’ouvrage et au donneur d’ordre. La double mise en cause concomitante des intéressés garantit a priori une meilleure application de la législation sociale dont le respect n’est pas assuré par une des entreprises intervenant dans la chaîne de sous-traitance.

²²⁷ Dans une décision n° 389745 du 8 juillet 2016, le Conseil d’Etat a considéré que le décret n° 2015-364 du 30 mars 2015, pris en application de la loi Savary pour préciser les modalités de mise en cause du donneur d’ordre ou du maître d’ouvrage, aurait dû prévoir, compte tenu de la nature des nouvelles obligations mises à la charge des intéressés, une période transitoire d’un mois et repousser son entrée en vigueur au terme de ce délai, soit le 1^{er} mai 2015.

Les obligations et la mise en cause du maître d'ouvrage dans une affaire de dumping social concernent les situations suivantes.

.A. L'hébergement collectif indigne des salariés (article L.4231-1 du code du travail)²²⁸

.A.1. Lorsque le maître d'ouvrage est informé par un agent de contrôle habilité en matière de travail illégal²²⁹ que des salariés de toute entreprise intervenant dans la chaîne de sous-traitance (entreprise établie en France ou non) 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 sous-traitante de faire cesser la situation. L'entreprise sous-traitante dispose d'un délai de 24 heures pour faire cesser la situation.

A défaut de régularisation de la situation d'hébergement dans ce délai, le maître d'ouvrage est tenu de prendre en charge cet hébergement.

.A.2. 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 indécent²³⁰.

La loi n'exige pas que l'hébergement soit assuré par l'entreprise sous-traitante elle-même ; l'hébergement peut être assuré par un « marchand de sommeil » ou par toute autre personne. Mais elle est cependant destinataire de l'injonction du maître d'ouvrage.

La loi fait peser sur le maître d'ouvrage 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 travail²³¹ qui reste à la charge de l'hébergeur.

.A.3. Les questions suivantes peuvent notamment se poser à l'occasion de la mise en œuvre de cette disposition :

- quelle infraction et quelle sanction pénale s'appliquent si le maître d'ouvrage ne prend pas en charge l'hébergement collectif ; la loi Savary est muette. On peut arguer (?) que le maître d'ouvrage devient responsable pénalement, par substitution ; il aurait été plus explicite de le mentionner formellement dans la loi.

- quel agent habilité peut relever cette infraction contre le maître d'ouvrage par procès-verbal ? Ou faut-il nécessairement passer par un signalement au procureur de la République sur la base de l'article 40 du code de procédure pénale ?

- tous les agents habilités en matière de travail illégal ont-ils réellement compétence pour intervenir auprès du maître d'ouvrage²³² ou est-ce une prérogative réservée uniquement aux

²²⁸ 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.

²²⁹ Voir l'article L.8271-1-2 du code du travail.

²³⁰ Cass. crim. n° 14-80041 du 22 juin 2016 ABL.

²³¹ Apport de la loi Macron (*voir infra p.228* alinéa 2 de l'article 1^{er} de la loi du 27 juin 1973).

²³² Quelle légitimité pour l'Urssaf ou les services fiscaux ou Pôle Emploi de contrôler l'hébergement de salariés?

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 social²³³.

Nota

Il existe une autre disposition récemment introduite dans le code du travail par la loi Macron²³⁴ qui permet de faire cesser un hébergement indigne, mais uniquement lorsqu'il est 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 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 (délai fixé par l'article R1263-11-1 du code du travail, créé par le décret n° 2015-1579 du 3 décembre 2015) à l'entreprise étrangère pour faire cesser l'hébergement indigne, alors que l'article L.4231-1 impose au maître d'ouvrage d'obtenir de l'entreprise étrangère la cessation immédiate de cet hébergement, ce qui est logique.

Pourquoi cette différence ?

.B. Le non respect du salaire minimal légal ou conventionnel ou les rappels de salaire (article L.1262-4-3 ou article L.3245-2 ou article L.8281-1 du code du travail)

Trois dispositions du code du travail sont en concurrence et sont susceptibles de s'appliquer au maître d'ouvrage. L'article L.1262-4-3 du code du travail, issu de la loi Macron, ne concerne que l'entreprise étrangère ; l'article L.3245-2 du code du travail, issu de la loi Savary, ne concerne que l'entreprise française, ce qui ressort de son décret d'application²³⁵ ; l'article L.8281-1 du code du travail, issu également de la loi Savary, s'applique aux entreprises, sans autre précision, ce qui inclut a priori l'entreprise étrangère.

²³³ Seul le droit d'entrée conditionnel de l'inspection du travail est confirmé par une disposition surabondante de la loi Macron (article L.8113-2-1 du code du travail); les autres agents de contrôle peuvent-ils entrer si l'occupant est consentant ? (en principe oui).

²³⁴ Voir le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » Juin 2019. 4^{ème} p.155 et suivantes, du même auteur.

²³⁵ Article 2 du décret n° 2016-27 du 19 janvier 2016. Article R.1263-15 du code du travail.

.B.1. Quelle(s) disposition(s) du code du travail s'applique(nt) lorsque l'entreprise défaillante est établie à l'étranger ?

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'article L.8281-1 du code du travail, qui est codifié dans une autre partie du code du travail, est également opposable au maître d'ouvrage et à la libre disposition des agents de contrôle habilités.

Peut-on en effet concevoir que le maître d'ouvrage relève de deux textes et de 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 ou le paiement de rappels de salaire, lorsque l'entreprise sous-traitante défaillante est établie à l'étranger ?

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 par l'entreprise sous-traitante établie à l'étranger. 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 trois options (alternatives ou cumulatives ?) à la disposition de l'agent de contrôle habilité ?

.B.2.1. L'option spécifique à l'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 salaire²³⁶ de la part d'une entreprise étrangère, il informe par écrit le maître d'ouvrage de faire cesser sans délai la situation²³⁷, quel que soit le rang de l'entreprise étrangère dans la chaîne de sous-traitance.

Si la régularisation²³⁸ n'est pas effectuée dans un délai de sept jours après injonction du maître d'ouvrage adressée à l'entreprise étrangère (*article R.1263-16 du code du travail, créé par le décret n° 2016-27 du 19 janvier 2016*), celui-ci est tenu de dénoncer « le contrat de prestation de services »²³⁹ Le délai dans lequel s'effectue la dénonciation n'est pas

²³⁶ Non paiement des heures supplémentaires ou heures supplémentaires non majorées.

²³⁷ Quel sens juridique est attaché à cette formulation ? Faire cesser la situation à l'avenir ? Faire des rappels de salaire pour le passé ?

²³⁸ Quel sens juridique est attaché à cette formulation ? Faire des rappels de salaire pour le passé ou uniquement respecter les minima à l'avenir ?

²³⁹ Ecrit ainsi dans la loi.

précisé pas le code du travail, ce qui la rend discrétionnaire et peu contraignante, en laissant toute latitude au maître d'ouvrage.

A défaut de régularisation et de dénonciation du contrat de prestation de services, le maître d'ouvrage est tenu solidairement au paiement des minima de salaires, des rappels de salaire et des indemnités dus au salarié détaché qui en est victime, ainsi que des cotisations sociales aux organismes de protection sociale (lorsqu'elles sont dues en France). Autrement dit, le salarié détaché peut s'adresser au maître d'ouvrage pour obtenir la régularisation de sa rémunération, ainsi que les organismes de protection sociale créanciers.

.B.2.1.2. La rédaction de l'article L.1262-4-3 du code du travail appelle les remarques suivantes, tant sa rédaction suscite des interrogations :

- « faire cesser la situation », c'est-à-dire cesser de payer le salarié en dessous du minimum légal ou conventionnel ne signifie pas procéder nécessairement à des rappels de salaire,
- « régulariser la situation » ne vaut que pour l'avenir et n'emporte pas non plus obligation d'effectuer des rappels de salaire,
- dans la mesure où la finalité de la solidarité financière est de faire payer des dettes, et donc un passif, on peut déduire que les expressions « faire cesser la situation » et « régularisation » impliquent cependant que l'entreprise étrangère est tenue de faire des rappels de salaire. Reste à savoir si le juge prud'homal suivra.
- 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 de son droit dépend du comportement de 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 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^{ème} rang. Ou s'agit-il du contrat qu'il a personnellement signé avec l'entreprise étrangère? Mais dans cette hypothèse, il n'agit plus en qualité de maître d'ouvrage, mais de donneur d'ordre.
- la dénonciation du contrat de prestation de services n'est soumise à aucun délai, ce qui vide de son sens cette mesure,
- 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.
- comment le salarié victime du dumping social est informé de la mise en œuvre de cette disposition du code du travail et des suites qui lui sont réservées ; pourra-t-il, par ailleurs, obtenir une copie des courriers échangés entre l'agent habilité et le maître d'ouvrage, qui sont le fondement et la justification juridiques de son action ? Comment saura-t-il

officiellement que le marché n'a pas été résilié ? Le code du travail prévoit uniquement que l'agent de contrôle habilité l'informe qu'il peut saisir le conseil de prud'hommes²⁴⁰.

- le risque pour 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 maître d'ouvrage si le marché est résilié ; il se retrouve alors dans la situation antérieure à la loi Macron. L'effet de la loi est nul pour lui.

.B.2.2. L'option spécifique à l'entreprise établie en France de l'article L.3245-2 du code du travail (loi Savary)

.B.2.2.1. Lorsque le maître d'ouvrage est informé par un agent de contrôle habilité qu'un salarié d'une entreprise sous-traitante établie en France, quel que soit le rang de sous-traitance, perçoit un salaire inférieur au SMIC ou au minima conventionnel (y compris non étendu), ou n'a pas perçu la totalité de son salaire, il enjoint aussitôt par écrit à cette entreprise de faire cesser sans délai la situation.

L'entreprise sous-traitante dispose d'un délai de sept jours pour répondre au maître d'ouvrage (*article R. 3245-1 du code du travail, créé par le décret n° 2015-364 du 30 mars 2015*).

Le maître d'ouvrage informe lui-même l'agent habilité des suites données par l'entreprise dès réception de sa réponse ou, au plus tard, au terme du délai de sept jours²⁴¹.

Si le maître d'ouvrage n'écrit pas à l'entreprise sous-traitante pour lui demander de régulariser le paiement des salaires ou s'il n'informe pas l'agent de contrôle des suites données par cette entreprise, il est tenu solidairement au paiement des salaires et des indemnités dues au salarié de l'entreprise défaillante, ainsi qu'au paiement des cotisations et contributions sociales.

Autrement dit, le salarié et les organismes de recouvrement peuvent s'adresser au maître d'ouvrage pour obtenir la régularisation de la rémunération et le versement des cotisations et des contributions sociales.

.B.2.2.2. La portée de cette disposition du code du travail est très limitée en matière de lutte contre le dumping social tant sa rédaction suscite des interrogations :

- « faire cesser la situation », c'est-à-dire cesser de payer le salarié en dessous du minimum légal ou conventionnel ne signifie pas procéder nécessairement à des rappels de salaire,

- « régulariser la situation » ne vaut que pour l'avenir et n'emporte pas non plus obligation d'effectuer des rappels de salaire,

²⁴⁰ Cf. article R.1263-18 du code du travail.

²⁴¹ Contrairement au mécanisme de l'article L.1262-4-3 du code du travail, la régularisation doit être immédiate ; c'est l'information transmise au donneur d'ordre et à l'agent de contrôle habilité qui est effectuée dans les sept jours.

- dans la mesure où la finalité de la solidarité financière est de faire payer des dettes, et donc un passif, on peut déduire que les expressions « faire cesser la situation » et « régularisation » impliquent cependant que l'entreprise sous-traitante est tenue de faire des rappels de salaire. Reste à savoir si le juge prud'homal suivra.

- le maître d'ouvrage n'est pas tenu d'obtenir de la part de l'entreprise défaillante les rappels de salaires et le paiement des cotisations et contributions sociales : 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 marché²⁴², il peut donc continuer à recourir, par personne interposée, en toute connaissance de cause à une entreprise sous-traitante qui ne respecte pas le SMIC ou le salaire conventionnel et qui pratique du dumping social,

- il ne s'expose à aucune sanction pénale, s'il n'écrit pas à l'entreprise sous-traitante ou s'il continue à recourir, par personne interposée, en toute connaissance de cause à une entreprise sous-traitante qui ne respecte pas le SMIC ou le salaire conventionnel et qui pratique du dumping social. Sa responsabilité est purement civile. La loi Savary fait donc reposer sur le salarié, c'est-à-dire sur la victime, la lutte contre le dumping social en cas de non respect des minima de rémunération ou de défaut de paiement de sa rémunération.

- pour saisir utilement le conseil de prud'hommes, le salarié pourra-t-il, par exemple, obtenir une copie des courriers échangés entre l'agent habilité et le maître d'ouvrage qui sont le fondement et la justification juridiques de son action?²⁴³ Ces documents sont en principe couverts par le secret professionnel.

- le risque pour un maître d'ouvrage de se faire assigner devant le conseil de prud'hommes par un salarié d'une tierce entreprise est très réduit, voire négligeable,

- par *a contrario*, on comprend que le risque disparaît dès lors que le maître d'ouvrage a satisfait à son obligation de moyen; le salarié se retrouve dans la situation antérieure à la loi Savary. L'effet de la loi est nul pour lui.

.B.2.3. L'option *toute entreprise* de l'article L.8281-1 du code du travail relatif au non respect du noyau dur de la législation du travail (loi Savary)

Cette troisième option à la disposition des agents de contrôle habilités pour obtenir la régularisation de la rémunération du salarié 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.**).

²⁴² Alors que cette résiliation est prévue lorsque l'entreprise est une entreprise étrangère (quelle cohérence ?).

²⁴³ L'article R.3245-3 du code du travail n'apporte pas cette précision ; l'agent de contrôle informe uniquement le salarié qu'il peut saisir le conseil de prud'hommes.

Nota

L'existence de ces trois procédures, qui visent a priori le même résultat, mais selon des modalités différentes, risque de créer un bel imbroglio 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 de certaines entreprises, établies en France ou à l'étranger.

.C. Au titre du non respect du noyau dur de la législation du travail (article L.8281-1 du code du travail)

Cette disposition de la loi Savary a manifestement été conçue pour « moraliser » 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 également application lors du recours à une entreprise étrangère.

Cette disposition du code du travail instaure un mécanisme comparable à ceux prévus par les articles L.1262-4 et L.3245-2 du code du travail pour le non respect du SMIC ou des minima conventionnels et les rappels de salaires, avec cependant quelques différences notables.

.C.1. Lorsque le maître d'ouvrage est informé par un agent de contrôle habilité qu'une entreprise, établie en France ou à l'étranger, intervenant dans la chaîne de sous-traitance **commet une infraction** relative à une des dispositions relevant du noyau dur du code du travail, il enjoint par écrit, dans les vingt quatre heures, à cette entreprise de faire cesser la situation.

L'entreprise dispose d'un délai de quinze jours pour répondre au donneur d'ordre.

Le maître d'ouvrage informe lui-même l'agent habilité des suites données par l'entreprise défaillante dès réception de sa réponse ou, au plus tard, au terme du délai de quinze jours.

Si le maître d'ouvrage n'écrit pas à l'entreprise défaillante pour lui demander de faire cesser la situation ou s'il n'informe pas l'agent habilité, au plus tard dans les deux jours suivant l'expiration du délai de quinze jours, des suites données par cette entreprise, il est passible de l'amende prévue par les contraventions de 5^e classe.

Est visé par ce mécanisme, le non respect des dispositions du code du travail ou des stipulations 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**

.C.2. La portée de cette disposition du code du travail est particulièrement limitée pour le salarié victime parce que :

- elle n'offre au salarié aucun recours contre le maître d'ouvrage. Il doit s'en remettre à la bonne volonté de son employeur.
- le salarié ne dispose d'aucune information sur la mise en œuvre de cette procédure par l'agent de contrôle habilité ; il n'en connaît ni l'engagement, ni les résultats. Il en ignore l'existence²⁴⁴.
- le maître d'ouvrage n'est pas tenu d'obtenir de la part de l'entreprise 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 marché²⁴⁵, il peut donc continuer à recourir, directement ou indirectement, en toute connaissance à une entreprise qui ne respecte pas le noyau dur de la législation 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, directement ou indirectement, à une entreprise qui ne respecte pas le noyau dur de la législation du travail et pratique du dumping social,
- il s'expose à une (petite) contravention de 5^e 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 maître d'ouvrage dans la lutte contre le dumping social du fait d'entreprises sous-traitantes, françaises ou étrangères :

- tous les agents habilités en matière de travail illégal ont-ils réellement compétence pour intervenir auprès du maître d'ouvrage²⁴⁶ ou est-ce une prérogative réservée uniquement aux agents habilités à contrôler les conditions d'hébergement des salariés et le respect du code

²⁴⁴ La loi Savary et le décret n° 2015-364 du 30 mars 2015 sont muets le droit à l'information du salarié.

²⁴⁵ Alors que cette résiliation est prévue lorsque l'entreprise est une entreprise étrangère (quelle cohérence ?).

²⁴⁶ 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.

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 infraction²⁴⁷. Dans l'affirmative, sur quelle base juridique, si l'agent de contrôle n'est pas un agent de l'inspection du travail ?

.D. Au titre de l'information obligatoire du salarié détaché (article L.1262-4-5 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 chantiers du bâtiment et de génie civil, de procéder à un affichage informant le salarié détaché de la réglementation 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.

Le défaut d'affichage de cette information par le maître d'ouvrage est passible de la sanction administrative mentionnée à l'article L.1264-3 du code du travail (**voir supra p.71**).

Un décret va préciser les conditions de mise en œuvre de cette obligation d'information publique par voie d'affichage.

.III. Les autres obligations et mises en cause possibles du maître d'ouvrage

Le code du travail a étendu la mise en cause du maître d'ouvrage à la vérification du respect de deux obligations déclaratives de transparence dans le cadre de son recours à un cocontractant, lorsque celui-ci est une entreprise établie à l'étranger, ou dans le cadre de l'intervention d'une autre entreprise étrangère dont il bénéficie du concours, sans être son cocontractant. Ces obligations déclaratives de transparence, à la charge de l'entreprise étrangère, ne se rattachent pas directement à la définition du travail illégal ou du dumping social, même si elles sont en relation implicite avec la lutte contre ces fraudes.

La vérification de ces deux obligations déclaratives de transparence résulte de la loi Savary, de la loi Macron et la loi Travail qui, chacune, ont créé des obligations particulières.

²⁴⁷ Ce qui n'est pas le cas de la rédaction de l'article L.1264-4-3 et de l'article L.3245-2 du code du travail, autrement libellés.

.A. La vérification du respect de la déclaration de détachement que doit effectuer l'entreprise étrangère (article L.1262-4-1 du code du travail)

Les lois Savary, Macron et Travail font peser sur le maître d'ouvrage une triple vérification du respect de la déclaration de détachement, qui est codifiée à l'article L.1262-4-1 du code du travail.

La première de ces trois vérifications, issues des lois Savary et Macron, vise le maître d'ouvrage, mais pris en sa qualité de donneur d'ordre ; il vérifie alors le respect de cette obligation déclarative par son cocontractant, lorsqu'il est une entreprise étrangère

Les deux autres vérifications, introduites dans le code du travail par la loi Travail, vise le maître d'ouvrage *es qualité* ; il vérifie alors le respect de cette obligation déclarative par d'autres entreprises étrangères, différentes de son cocontractant, qui interviennent à son bénéfice.

.A.1. La vérification du respect de la déclaration de détachement à effectuer par l'entreprise étrangère cocontractante (loi Savary et loi Macron)

La vérification du respect de la déclaration de détachement à effectuer par une entreprise étrangère résulte de l'article L.1262-4-1 du code du travail, issu de la loi Savary et complété par la loi Macron.

La rédaction de l'article L.1262-4-1 du code du travail est approximative, car elle procède à une assimilation, et donc à une confusion, entre le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage.

En effet l'obligation de vérification pèse sur le maître d'ouvrage, qui est cité dans cet article du code du travail, mais uniquement en sa qualité de donneur d'ordre, c'est-à-dire en qualité de cocontractant d'une entreprise étrangère, et non pas en sa qualité de maître d'ouvrage au sens de la loi du 31 décembre 1975.

Ce n'est donc pas en qualité de maître d'ouvrage que la vérification de l'accomplissement de cette déclaration de détachement est effectuée, mais en qualité de donneur d'ordre, c'est-à-dire de cocontractant d'une entreprise étrangère.

.A.1.1. Selon la loi Savary. Avant le début du travail du salarié en qualité de détaché sur le territoire français, le maître d'ouvrage, lorsqu'il est donneur d'ordre, s'assure que l'entreprise étrangère à qui il recourt pour effectuer une prestation de services a procédé à la déclaration de détachement de chaque salarié, prévue par l'article L.1262-2-1-I. du code du travail²⁴⁸.

Le particulier maître d'ouvrage, lorsqu'il est donneur d'ordre, est dispensé de cette vérification lorsqu'il recourt à l'entreprise étrangère pour son usage personnel, celui de son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité, concubin, de ses ascendants ou descendants. Autrement dit, si le particulier achète un immeuble, le fait rénover et le revend ou le met en location, il est assimilé à un professionnel; il doit alors procéder à cette vérification.

²⁴⁸ Modèle de déclaration à fixer par arrêté ministériel.

La vérification du respect de la déclaration de détachement s'effectue par la remise préalable au maître d'ouvrage, pris en sa qualité de donneur d'ordre, de l'accusé de réception délivré par l'application SiPSI, utilisée par l'entreprise étrangère pour effectuer la déclaration de détachement.

Le défaut de vérification de l'accomplissement de la déclaration de détachement par l'entreprise étrangère est passible d'une pénalité administrative d'un montant unitaire modulable de 4 000 euros et d'un montant cumulé maximal de 500 000 euros. Cette pénalité est éventuellement appliquée par le Direccte ou le Dieccte, sur rapport d'un agent de l'inspection du travail.

.A.1.2. La mise en œuvre et l'effectivité de cette vérification et de sa sanction sont sensiblement obérées par les malfaçons rédactionnelles qui résultent de la loi Savary et de son décret d'application du 30 mars 2015 :

- aux termes de l'article L.1262-4-1 du code du travail, le maître d'ouvrage, dès lors qu'il est donneur d'ordre, 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 dispose 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 maître d'ouvrage, lorsqu'il est donneur d'ordre, d'obtenir l'annulation du recouvrement et d'échapper à la pénalité administrative.

- la loi précise que la pénalité 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.

.A.1.3. Selon la loi Macron²⁴⁹. A défaut de s'être fait remettre par son cocontractant une copie de la déclaration de détachement, le maître d'ouvrage, lorsqu'il est donneur d'ordre, adresse, dans les 48 heures suivant le début du détachement, une déclaration de substitution à l'inspection du travail du lieu où débute la prestation, selon des modalités qui lui donnent date certaine²⁵⁰.

Le maître d'ouvrage qui procède à la déclaration de substitution s'acquitte du paiement de la contribution, d'un montant qui n'excède pas 50 euros par salarié, mentionnée à l'article L.1262-4-6 du code du travail, destinée au financement de l'application de télé déclaration *SIPSI*.

²⁴⁹ Article 280 II 3° de la loi Macron. Article L.1262-4-1 modifié du code du travail.

²⁵⁰ La déclaration de détachement de substitution contient les mentions précisées par l'article R.1263-14 du code du travail; modèle à fixer par arrêté ministériel.

Le défaut d'envoi de cette déclaration de substitution à l'inspection du travail (et non pas à l'unité départementale) est passible de deux sanctions qui se cumulent:

- d'une part, la même pénalité administrative, d'un montant unitaire modulable de 4 000 euros et d'un montant cumulé maximal de 500 000 euros, que celle applicable à l'entreprise étrangère (article L.1264-2 du code du travail, issu de la loi Macron). 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 jusqu'à réception de la déclaration de substitution, et dans la limite d'une durée d'un mois (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 dans le cadre d'une PSI²⁵¹.

La loi Travail²⁵² prévoit que la déclaration de détachement de substitution est effectuée par le maître d'ouvrage de façon dématérialisée, via l'application de télé déclaration *SIPSI*. Un décret est nécessaire pour préciser les modalités de la déclaration dématérialisée effectuée par le maître d'ouvrage²⁵³.

Quelques remarques sur l'articulation entre la loi Savary et la loi 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.
- la loi précise que la déclaration de détachement de substitution est adressée à l'inspection du travail; le décret dispose 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 maître d'ouvrage d'ordre d'obtenir l'annulation du recouvrement et d'échapper à la pénalité administrative.
- la loi précise que la pénalité administrative pour défaut d'envoi de la déclaration de détachement de substitution 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.
- on remet en cause le caractère préalable de la déclaration de détachement, avec des connivences possibles entre le maître d'ouvrage, lorsqu'il est donneur d'ordre, et l'entreprise étrangère pour un détachement de très courte durée (spectacles, manifestations sportives, événementiels, mannequinat). Dans ce cas de connivence, la

²⁵¹ Donc, hors prestation pour compte propre et mobilité internationale intragroupe.

²⁵² Article 105 de la loi Travail. Article L.1262-4-1 I alinéa 3 du code du travail.

²⁵³ En effet, le décret n° 2016-1044 du 29 juillet 2016, antérieur à la loi Travail, ne vise que l'entreprise étrangère employeur du salarié détaché, objet de la déclaration.

déclaration sera faite par le maître d'ouvrage, lorsqu'il est 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 maître d'ouvrage, lorsqu'il est donneur d'ordre, est-il passible des deux pénalités : l'une pour défaut de vérification du respect de la déclaration de détachement, l'autre pour défaut d'envoi de la déclaration de substitution ?

Nota

L'article 89 de la loi Avenir professionnel du 5 septembre 2018²⁵⁴ a introduit dans le code du travail deux tempérants à l'obligation de procéder à la déclaration de détachement, qui ont une incidence directe sur l'obligation du maître d'ouvrage, lorsqu'il est donneur d'ordre de vérifier le respect de cette formalité par l'entreprise étrangère à laquelle il recourt.

*.1) l'article 89 de la loi crée un article L.1262-6 dans le code du travail qui prévoit que l'entreprise étrangère, qui détache un ou plusieurs salariés pour des prestations et opérations de courte durée ou dans le cadre d'événements ponctuels et dont les salariés exercent l'une des activités mentionnées dans l'arrêté ministériel du 4 juin 2019 (**pour le détail et les conditions d'éligibilité voir infra en annexe p.222**), est dispensée d'effectuer la déclaration de détachement.*

L'arrêté du 4 juin 2019 liste quatre catégories d'activités exercées par des salariés, dispensées de la déclaration de détachement: 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.

Par suite, le maître d'ouvrage, lorsqu'il est donneur d'ordre, qui recourt à une entreprise étrangère qui relève du champ de l'arrêté du 4 juin 2019, n'a pas à vérifier le respect par celle-ci d'une obligation déclarative supprimée par la loi, ni, a fortiori, à effectuer une déclaration de détachement de substitution.

La suppression de la déclaration de détachement de l'article 89 ne s'applique pas aux entreprises de travail temporaire, ni aux agences de mannequins.

.2) l'article 89 de la loi crée un article L.1263-8 dans le code du travail aux termes duquel l'entreprise étrangère qui détache des salariés de façon récurrente sur le territoire français, peut solliciter l'autorité administrative compétente pour obtenir des aménagements aux modalités de la déclaration de détachement, dès lors que sont apportées des garanties sur le respect du noyau dur de la législation du travail. Les aménagements sont accordés pour

²⁵⁴ Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel.

une durée d'un an, susceptible d'être renouvelée.

Les aménagements administratifs consentis ne remettent pas en cause le principe de la déclaration de détachement, mais, par exemple, son caractère unitaire, nominatif, répétitif et systématique. Le maître d'ouvrage, lorsqu'il est donneur d'ordre, contrairement au tempérament précédent, reste tenu de vérifier le respect de l'accomplissement de la déclaration de détachement par l'entreprise étrangère puisque cette formalité n'est pas supprimée dans son principe.

Le décret d'application de cette disposition de la loi Avenir professionnel n'est pas publié à ce jour.

Cependant, le défaut de vérification par le maître d'ouvrage, lorsqu'il est donneur d'ordre, du respect de la déclaration de détachement aménagée ne peut pas faire l'objet de l'amende administrative prévue par les articles L.1264-1 et suivants du code du travail, puisque l'article L.1264-2 du code du travail ne vise pas l'article L.1263-8 ce même code relatif à la déclaration de détachement aménagée.

Par ailleurs, le maître d'ouvrage, lorsqu'il est donneur d'ordre, qui souhaite vérifier que l'entreprise étrangère a procédé à la déclaration de détachement, devra désormais s'assurer que celle-ci ne bénéficie pas d'une dérogation administrative individuelle lui permettant de ne pas accomplir la déclaration de détachement de droit commun pour avoir la certitude que cette entreprise étrangère à laquelle il recourt respecte bien son obligation déclarative et le dispense d'effectuer une déclaration de substitution.

Ce qui, objectivement, ne simplifie pas les diligences du donneur d'ordre, d'autant que l'autorité administrative peut mettre fin, à tout moment, aux aménagements consentis, lorsque ceux-ci ne sont pas respectés ou que le noyau dur du code du travail n'est pas respecté.

.A.2. La vérification du respect de la déclaration de détachement à effectuer par les entreprises étrangères non cocontractantes (loi Travail)

La loi Travail²⁵⁵ a créé une double obligation de vérification spécifique supplémentaire à l'égard du seul maître d'ouvrage en matière de respect d'accomplissement de la déclaration de détachement par une entreprise étrangère.

Le maître d'ouvrage est désormais tenu de vérifier, avant le détachement du salarié, que :

⇒ .- chaque sous-traitant direct ou indirect établi hors de France qu'il agrée au titre de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance,

⇒ .- chaque entreprise de travail temporaire établie hors de France à laquelle recourt le sous-traitant direct ou indirect qu'il agrée,

a procédé à la déclaration de détachement du salarié qu'il détache en France.

²⁵⁵ Article 105 de la loi Travail. Article L.1262-4-1 II du code du travail.

Le maître d'ouvrage se doit donc de vérifier le respect de la déclaration de détachement de:

⇒ .- son propre cocontractant (ou ses propres cocontractants), en qualité de donneur d'ordre, lorsqu'il est une entreprise étrangère,

⇒ .-son ou ses sous-traitants établi(s) à l'étranger qu'il a agréés,

⇒ .- l'entreprise de travail temporaire établie à l'étranger qui met un salarié intérimaire à la disposition de l'un de ces sous-traitants.

Ni la loi, ni un décret ne précisent quelle est la nature de cette vérification et quel est le document demandé par le maître d'ouvrage pour justifier du respect de la déclaration de détachement. ; cette lacune fragilise la mise en œuvre de la sanction contre le maître d'ouvrage à qui il est reproché de ne pas avoir effectué cette vérification.

Le défaut de vérification de la déclaration de détachement créée par la loi Travail est passible de l'amende administrative 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.71**).

Nota

La vérification du respect de la déclaration de détachement par l'entreprise de travail temporaire établie à l'étranger qui met un salarié intérimaire à la disposition d'un sous-traitant lui-même établi à l'étranger est impossible à réaliser par le maître d'ouvrage ; il ne dispose d'aucune information sur la présence éventuelle de cet intérimaire dans les effectifs du sous-traitant.

.B. La vérification du respect de la désignation par l'entreprise étrangère cocontractante de son représentant en France (article L.1262-4-1 du code du travail)

La vérification du respect de la désignation du représentant de l'entreprise étrangère en France résulte de l'article L.1262-4-1 du code du travail, issu de la loi Savary et complété par la loi Macron.

La rédaction de l'article L.1262-4-1 du code du travail est approximative, car elle procède à une assimilation, et donc à une confusion, entre le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage.

En effet l'obligation de vérification pèse sur le maître d'ouvrage uniquement en sa qualité de donneur d'ordre, c'est-à-dire en qualité de cocontractant d'une entreprise étrangère, et non pas en sa qualité de maître d'ouvrage au sens de la loi du 31 décembre 1975.

Ce n'est donc pas en qualité de maître d'ouvrage que la vérification de la désignation du représentant de l'entreprise étrangère est effectuée, mais en qualité de donneur d'ordre, c'est-à-dire de cocontractant d'une entreprise étrangère.

.B.1. Avant le début du travail du salarié en qualité de détaché sur le territoire français, le maître d'ouvrage, lorsqu'il est donneur d'ordre, 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, prévue par l'article L.1262-2-1 II. du code du travail.

Le particulier maître d'ouvrage, lorsqu'il est donneur d'ordre, est dispensé de cette vérification lorsqu'il recourt à l'entreprise étrangère pour son usage personnel, celui de son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité, concubin, de ses ascendants ou descendants. Autrement dit, si le particulier achète un immeuble, le fait rénover et le revend ou le met en location, il est assimilé à un professionnel; il doit alors procéder à cette vérification.

L'article 1^{er} du décret du 4 juin 2019 intègre la désignation du représentant en France de l'entreprise étrangère dans la déclaration de détachement.

Dès lors, la vérification du respect de la désignation du représentant de l'entreprise étrangère en France s'effectue par la remise préalable au maître d'ouvrage, lorsqu'il est donneur d'ordre, de l'accusé de réception de la déclaration de détachement délivré par l'application SIPSI.

Le défaut de vérification de l'accomplissement de la déclaration de détachement par l'entreprise étrangère est passible d'une pénalité administrative d'un montant unitaire modulable de 4 000 euros et d'un montant cumulé maximal de 500 000 euros. Cette pénalité est éventuellement appliquée par le Direccte ou le Dieccte, sur rapport d'un agent de l'inspection du travail.

.B.2. 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 maître d'ouvrage, lorsqu'il est donneur d'ordre, 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 loi²⁵⁶.

- ni la loi, ni le décret ne précisent à qui est adressée la désignation du représentant de l'entreprise étrangère. On pourrait déduire de la lecture du décret du 30 mars 2015 que la désignation du représentant de l'entreprise étrangère est 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. Rien n'est donc explicitement indiqué sur l'identité du destinataire de ces éléments complémentaires, ni dans la loi Savary, ni dans son décret d'application du 30 mars 2015.

Ce silence des textes fragilise la procédure de mise en recouvrement de la pénalité financière auprès du maître d'ouvrage, lorsqu'il est donneur d'ordre, qui n'aurait pas

²⁵⁶ Notamment au regard du dévoiement de la mobilité internationale intragroupe ; voir le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » p.93 4^{ème} édition Juin 2019, du même auteur.

procédé à la vérification du respect de cette formalité par l'entreprise étrangère auprès d'une autorité administrative non déterminée.

- la loi dispose que la pénalité administrative est automatique et s'applique de plein droit ; seul son montant est modulable. Or le décret rend cette pénalité 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.

.C. La déclaration d'accident du travail survenu à un salarié détaché de l'entreprise étrangère cocontractante (article L.1262-4-4 du code du travail)

L'article 105 I 3° de la loi Travail a inséré dans le code du travail un article L.1262-4-4 relatif à la procédure de déclaration d'un accident du travail survenu à un salarié détaché sur le territoire français.

L'article L.1262-4-4 du code du travail mentionne que le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage est tenu de procéder à la déclaration de cet accident du travail auprès de l'inspection du travail, lorsqu'il survient à certaines catégories de salariés détachés.

La rédaction approximative de l'article L.1262-4-4 du code du travail peut laisser penser que le maître d'ouvrage *es qualité* est tenu de procéder à la déclaration de ces accidents du travail, ce qui n'est le cas.

En effet, l'article L.1262-4-4 du code du travail procède à une confusion et à une assimilation entre le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage qui sont pourtant des entités juridiques différentes (*voir supra p.18*).

Le maître d'ouvrage cocontractant d'un prestataire de services mentionné au 4^e alinéa de l'article L.1262-4-4 du code du travail est en réalité cité en qualité de donneur d'ordre d'une entreprise étrangère. Le maître d'ouvrage *es qualité* n'est donc pas tenu de procéder à la déclaration d'un accident du travail survenu à un salarié détaché d'une entreprise étrangère sous-traitante avec laquelle il n'a pas contracté.

Le maître d'ouvrage n'est tenu de procéder à cette déclaration qu'en qualité de donneur d'ordre, lorsqu'un salarié détaché d'une entreprise étrangère avec laquelle il a contracté est victime d'un accident du travail (*voir supra p.87*).

La rédaction malhabile de l'article L.1262-4-4 du code du travail est à ce titre sensiblement différente d'autres dispositions du code du travail qui mentionnent le maître d'ouvrage *es qualité*, tels que les articles L.1262-4-3 ou L.4231-1 de ce même code.

Nota

La loi ne fait peser aucune obligation particulière sur le maître d'ouvrage, contrairement au donneur d'ordre, au regard de la carte d'identification professionnelle obligatoire sur les chantiers du bâtiment et des travaux publics.

Le maître d'ouvrage peut cependant vérifier, ce qui n'est qu'une faculté auprès de l'association UCF-CIBTP si le salarié de l'entreprise à laquelle il recourt ou de l'un de ses sous-traitants a fait l'objet d'une déclaration auprès de cet organisme ; il peut aussi vérifier que cet organisme a délivré la carte sollicitée (ou l'attestation provisoire).

En application de l'article R.8294-7 du code du travail, le maître d'ouvrage peut demander à tout salarié (?) travaillant sur « son » chantier de lui présenter sa carte d'identification professionnelle ou son attestation provisoire.

La loi n'encadre pas davantage ce contrôle administratif, presque assimilable à un contrôle d'identité, ce qui accorde de très larges prérogatives de contrôle au maître d'ouvrage ; celui-ci devra, à tout le moins, justifier de sa qualité auprès du salarié.

3^{ème} partie

LA MISE EN CAUSE DE TOUTE AUTRE PERSONNE

LA MISE EN CAUSE DE TOUTE AUTRE PERSONNE

Outre l'auteur de l'une des infractions relevant du champ du travail illégal, et outre le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage, d'autres personnes sont susceptibles de voir leur responsabilité mise en cause et retenue, soit en application du code pénal, soit en application du code du travail, soit en application de textes particuliers non codifiés.

Cette mise en cause se limite aux affaires de travail illégal et ne s'étend pas aux autres affaires de dumping social dans la mesure où le dumping social n'est pas une notion juridique dont le non respect constitue en soi une infraction.

.A. Le dirigeant ou le gérant de fait

A.1. En matière de droit pénal du travail, la règle générale qui s'applique est la mise en cause a priori du représentant légal de l'entreprise, de l'association ou de la structure qui a permis la commission de l'infraction. Le représentant légal est nominativement désigné dans l'acte de création de la structure ou de l'entité (en règle générale les statuts).

Ce principe est assorti d'un grand tempérament prévu par le code du travail et encadré par la jurisprudence, puisque le représentant légal peut se départir en toute légalité de cette responsabilité, par le mécanisme de la délégation de pouvoir accordée de façon officielle et expresse à un autre membre de l'entreprise, de l'association ou de la structure ; la délégation de pouvoir est notamment invoquée dans les procédures pénales relatives au non respect des règles d'hygiène, de santé et de sécurité fixées par le code du travail.

La technique du dirigeant ou du gérant de fait relève d'une autre explication, d'une autre motivation, d'une autre logique et d'un autre mécanisme juridique. Il s'agit pour le vrai dirigeant de l'entreprise, de l'association ou de la structure de ne pas apparaître officiellement en qualité de représentant légal ou membre des organes dirigeants pour tenter d'échapper à sa responsabilité, si des manquements à la loi sont commis de son fait. Est alors désignée dans les statuts de l'entreprise ou de l'association comme représentant légal une personne de complaisance, soit avec son accord, voire sa connivence²⁵⁷, soit à son insu. Ce dirigeant ou gérant de droit n'est qu'une façade, un habillage, un trompe l'œil, une marionnette, qui sera le « bouc-émissaire » devant le juge et les créanciers. Cette technique permet également à une personne frappée d'interdiction d'exercer ou de gérer de continuer à diriger une entreprise.

L'existence d'une délégation de pouvoir n'est pas requise pour constater la qualité de dirigeant ou de gérant de fait²⁵⁸, sous réserve que les actes et le comportement imputés et reprochés soient suffisants et explicites pour caractériser cette qualité²⁵⁹.

Le dirigeant ou gérant de droit peut être le chef de chantier, le chef d'atelier, le comptable, un membre de la famille, un étudiant, un retraité, un ami...

²⁵⁷ Accord ou connivence qui pourront donner lieu à une rémunération officielle ou occulte pour le service rendu au dirigeant de fait.

²⁵⁸ Cass. crim. n° 17-84149 du 4 septembre 2018 FERGAL NASSEM.

²⁵⁹ Cass. crim. n° 18-81002 du 30 octobre 2018 MARIE-LYSE X.

.A.2. La technique du dirigeant ou du gérant de fait est régulièrement utilisée dans les affaires de travail illégal.

Lorsqu'une personne est détectée et identifiée comme dirigeant ou gérant de fait, le juge retient sa responsabilité pénale, soit de façon exclusive (auteur principal et exclusif), soit en cumul avec celle du dirigeant légal (co auteur), en fonction des circonstances. Par ailleurs, l'article L.243-3-2 du code de la sécurité sociale²⁶⁰ trouve à s'appliquer contre le dirigeant ou le gérant de fait.

L'article L.243-3-2 du code de la sécurité sociale dispose en effet que lorsqu'un dirigeant, de droit ou de fait, d'une société, d'une personne morale ou de tout autre groupement ayant fait l'objet d'une verbalisation pour travail dissimulé est responsable des manœuvres frauduleuses ou de l'inobservation grave et répétée des obligations sociales qui ont rendu impossible le recouvrement des cotisations, contributions et sanctions pécuniaires dues par la société, la personne morale ou le groupement, ce dirigeant peut être déclaré personnellement et solidairement responsable du paiement de ces cotisations, contributions et sanctions pécuniaires.

.A.3. Les procédures relatives à des affaires de travail illégal doivent donc faire état de façon explicite et circonstanciée de la présence d'un dirigeant ou d'un gérant de fait, lorsqu'il existe, puisque sa mise en cause est juridiquement possible et qu'il est sans doute le vrai responsable de la commission de ou des infractions constatées.

De nombreuses décisions de la Cour de cassation²⁶¹ illustrent la mise en cause du dirigeant ou du gérant de fait dans des affaires de travail illégal, en matière de travail dissimulé, d'emploi de salarié étranger sans titre de travail, de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre.

Ces affaires jugées concernent notamment les secteurs du commerce de détail alimentaire, de la publicité, de l'événementiel, du BTP, de la restauration, de la réparation automobile et du transport maritime.

Dans certaines affaires, l'hésitation juridique reste possible entre la qualification d'auteur du délit en qualité de dirigeant de fait et la qualification de complice du délit, compte tenu du rôle joué par la personne impliquée.

Ainsi a été condamné pour complicité d'emploi salarié dissimulé, le donneur d'ordre, gérant de fait d'une société sous-traitante, qui a facilité l'accueil de faux stagiaires au sein de cette société²⁶².

.B. Le complice

.B.1. L'article 121-7 du code pénal définit le complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation.

²⁶⁰ Article 124 de la loi du n° 2011-1906 du 21 décembre 2011 de financement de la sécurité sociale pour 2012.

²⁶¹ *Voir infra 4^{ème} partie Jurisprudence p.155.*

²⁶² Cass. crim. n° 00-83920 du 13 février 2001 SCI HAD.

Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre.

La complicité, sauf exception expresse, n'existe pas lors de la commission d'une contravention. En droit pénal du travail, la complicité n'est donc mobilisable que pour les délits. Ainsi, un donneur d'ordre qui recourt en toute connaissance de cause à une entreprise qui ne respecte le Smic (une contravention) ou qui fait travailler ses salariés 50 heures par semaine, sans payer les heures supplémentaires (deux contraventions) n'est pas juridiquement complice et ne pourra pas être mis en cause en cette qualité et pour cette seule raison.

Transposée au travail illégal, la complicité s'applique à toutes les infractions mentionnées à l'article L.8211-1 du code du travail, excepté à celle de cumul irrégulier d'emplois qui est une contravention de 5ème classe.

Il s'avère que la complicité est (très) peu mentionnée dans les procédures relatives à du travail illégal, et donc (très) peu poursuivie et sanctionnée. Alors que le comportement de personnes bien identifiées lors d'un contrôle ou d'une enquête, ayant eu un rôle dans la commission d'une infraction relevant travail illégal, relève de cette incrimination.

Pour remédier à cet oubli, il suffit que la procédure, quel que soit l'agent de contrôle habilité qui l'établit, mentionne le comportement, l'intervention ou les actes de toute personne qui a permis la commission de l'infraction ou des infractions objet de cette procédure.

.B.2. La complicité peut être illustrée par les comportements (non exhaustifs) suivants²⁶³:

.- en matière de travail dissimulé par dissimulation d'activité :

- le gestionnaire d'un centre commercial qui autorise, moyennant contrepartie financière, un vendeur non immatriculé au RCS à tenir un stand dans le hall du centre,
- le responsable d'un magasin de bricolage qui vend régulièrement des quantités importantes de produits, de matériel et de matériaux à un « particulier » qui, de surcroît, dispose dans le magasin d'un compte courant,
- un exploitant d'une entreprise de transport terrestre de voyageurs qui loue l'un de ses autobus à une personne non inscrite au RCS et au registre des transports pour effectuer du transport international de passagers,
- un maître d'œuvre qui met en relation le maître d'ouvrage et un artisan radié du RM pour une intervention sur un chantier du BTP.

.- en matière de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié :

- un comptable qui transforme et mentionne sur les bulletins de paie des heures de travail en primes ou en frais de déplacement,

²⁶³ Voir *infra* 4^{ème} partie Jurisprudence p.155.

- une structure commerciale ou associative qui place des faux stagiaires dans une entreprise,
- le donneur d'ordre, gérant de fait d'une société sous-traitante, qui a facilité l'accueil de faux stagiaires au sein de cette société²⁶⁴.
- une structure commerciale ou associative qui place des faux travailleurs indépendants dans une entreprise,
- la personne qui met à disposition une maison individuelle dans laquelle le chef d'entreprise se livre à une activité professionnelle en pratiquant de la dissimulation d'emploi salarié

.- en matière d'emploi de salarié étranger sans titre de travail :

- le chef d'atelier d'un atelier de confection qui connaît la situation administrative des salariés,
- les dirigeants d'un groupe d'entreprises effectuant de la fausse prestation de services internationales ou de la fausse mobilité internationale intragroupe avec des prétendus salariés détachés étrangers.

.- en matière de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre

- le bénéficiaire d'une opération de fausse prestation de services internationale avec des faux travailleurs indépendants,
- le dirigeant d'une entreprise qui a bénéficié des services d'une seconde entreprise qui employait des prétendus stagiaires mis à sa disposition par une association.

.C. Celui qui fait de la publicité en faveur du travail dissimulé

L'article L.8221-1 2° du code du travail interdit la publicité, par quelque moyen que ce soit, tendant à favoriser, en toute connaissance de cause le travail dissimulé.

Par ailleurs, l'article L.8221-7 du code du travail règlemente la diffusion d'annonces.

.C.1. L'interdiction de la publicité en faveur du travail dissimulé vise principalement les activités à titre indépendant *non déclarées* de l'artisan, du commerçant ou de la personne exerçant à titre libéral. L'interdiction s'applique à l'auteur du travail dissimulé, mais également à toute autre personne (membre de la famille, connaissance, ancien client). La forme ou le support de la publicité importe peu (recommandation verbale, publicité ponctuelle ou durable, publicité gratuite ou payante).

Il existe très peu de jurisprudence relative à l'application de l'article L.8221-1-2° du code du travail permettant d'illustrer la mise en cause d'un tiers pour des pratiques de publicité en faveur de la personne qui exerce du travail dissimulé²⁶⁵.

²⁶⁴ Cass. crim. n° 00-83920 du 13 février 2001 SCI HAD.

²⁶⁵ La jurisprudence relative à la publicité faite par l'auteur du travail dissimulé n'est guère plus consistante.

Certaines pratiques sont cependant susceptibles de constituer de la publicité interdite en faveur du travail dissimulé (et, éventuellement, de la complicité). Ainsi des consultants ou des cabinets de conseil et de gestion qui démarchent et se font connaître en proposant à des opérateurs économiques français de se délocaliser fictivement à l'étranger ou de créer des boîtes à lettres à l'étranger, tout en ayant leur activité en France. Il s'agit bien d'une publicité en faveur du travail dissimulé par une fraude à l'établissement, voire par une fraude au détachement.

Nota

On peut s'interroger également sur la légalité des pratiques de certaines enseignes commerciales qui favorisent sur leur site internet la mise en relation entre deux particuliers pour permettre à l'un d'entre eux d'accomplir des travaux au bénéfice du second, avec les produits, le matériel et les matériaux achetés dans leur magasin, dès lors que le particulier qui accomplit ces travaux le fait à titre habituel... et moyennant une contrepartie. Publicité ? Complicité ? Les deux à la fois ?

.C.2. En 1996²⁶⁶, ont été insérées à l'article L.8221-7 du code du travail des dispositions réglementant la diffusion des annonces destinées à proposer des services ou de la vente ou à faire connaître son activité professionnelle au public²⁶⁷.

L'objectif de cette réglementation est de rendre transparente la diffusion de l'offre à caractère professionnel potentiel, de dissuader des personnes pratiquant du travail dissimulé de se faire connaître par ce biais et de responsabiliser les directeurs de publication.

Toutes les annonces d'offre de service ou de vente, ou destinées à faire connaître son activité professionnelle au public sont soumises à cette réglementation, que l'offre émane d'un professionnel ou d'un particulier.

.C.2.1. Deux pratiques sont règlementées par le code du travail

.C.2.1.1. La diffusion d'une offre par une publication papier²⁶⁸ ou télématique²⁶⁹

- Si l'offre est publiée **par un professionnel ou présente un caractère professionnel**, le directeur de la publication est soumis à deux obligations :

- publier dans le corps de l'annonce le n° SIRET ou, pour les entreprises en cours de création, son nom ou sa dénomination sociale ainsi que son adresse professionnelle,

²⁶⁶ Article 36 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat.

²⁶⁷ Voir également la circulaire DILTI 99/1 du 1^{er} mars 1997 (BO TR 99/6 p.67) qui présente et commente cette réglementation.

²⁶⁸ Journal, revue, gratuit, bulletin etc.... internet.

²⁶⁹ Un site internet, par exemple.

- tenir pendant 6 mois à compter de la cessation de publication de l'offre ces informations à la disposition des agents de contrôle habilités.

- Si l'offre est diffusée **par un particulier**, le directeur de la publication recueille son nom et son adresse qu'il tient pendant 6 mois à compter de la cessation de publication de l'offre à la disposition des agents de contrôle habilités.

.C.2.1.2. La diffusion d'une offre par affichage ou par prospectus (flyers)

- Si l'affichage ou le prospectus (flyers) émane d'**un professionnel ou présente un caractère professionnel**, le document contient dans le corps de l'annonce le n° SIRET ou pour les entreprises en cours de création son nom ou sa dénomination sociale ainsi que son adresse professionnelle,

- Si l'affichage ou le prospectus (flyers) émane d'**un particulier**, le document mentionne son nom et son adresse.

.C.2.2. En application de l'article L.8224-6 du code du travail, le fait de diffuser ou de faire diffuser ou de communiquer au responsable de la publication ou du service télématique des informations mensongères relatives à son identification est puni de 7 500 euros d'amende. Les personnes morales encourent une amende dans les conditions prévues par l'article 131-38 du code pénal.

Peuvent donc être mis en cause :

- l'auteur de l'annonce diffusée,

- le directeur de la publication, au titre de publicité interdite et/ou de la complicité pour travail dissimulé, s'il diffuse régulièrement des offres de services manifestement professionnelles d'un « particulier » : par exemple des offres de déménagement publiées toutes les semaines dans son journal par un « particulier ». Le directeur de la publication commet également le délit d'obstacle à fonction, s'il refuse de communiquer à l'agent de contrôle habilité les coordonnées de l'auteur de l'annonce qu'il a diffusé ou qu'il ne conserve pas ces informations pendant 6 mois.

Nota

Il suffit de lire des publications, de consulter des sites sur internet ou de lire des affichages ou des prospectus pour se rendre compte que cette réglementation est très peu appliquée, alors que la diffusion d'annonces de cette nature est un vecteur indiscutable de travail dissimulé, dénoncé de façon récurrente par les professionnels, notamment les artisans et les commerçants.

Cet aspect de la lutte contre le travail dissimulé peut être un axe de travail très utile au sein des CODAF, en rappelant aux directeurs de publication leurs obligations quant aux mentions obligatoires qui doivent accompagner la diffusion des annonces et à la conservation de ces informations.

.D. Les autres intervenants dans la chaîne de sous-traitance

Quelques articles du code du travail relatifs à la lutte contre le travail illégal et le dumping social mentionnent l'implication d'entreprises sous-traitantes intermédiaires, qui n'ont pas par nature la qualité de maître d'ouvrage, ni celle de donneur d'ordre à l'égard de l'entreprise défaillante.

Il en est ainsi de :

.- l'article L.1262-4-3 au non respect du salaire minimum légal ou conventionnel (entreprise étrangère),

.- l'article L.3245-2 relatif au non respect du salaire minimum légal ou conventionnel (toute entreprise),

.- l'article L.4231-1 relatif à l'hébergement collectif indigne des salariés,

.- l'article L.8254-2-1 relatif à l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail,

.- l'article L.8281-1 relatif au non respect du noyau dur de la législation du travail.

La mise en œuvre de ces dispositions a notamment pour conséquence d'informer officiellement, à la suite d'un contrôle d'un agent habilité, ces entreprises sous-traitantes intermédiaires du fait qu'elles recourent elles même, par personne interposée, à une autre entreprise sous-traitante, mais de rang inférieur, qui ne respecte pas la loi.

Dans la mesure où la situation de non respect de la loi se poursuit après cette information officielle, se pose la question de l'éventuelle responsabilité pénale de ces entreprises sous-traitantes intermédiaires.

Cette responsabilité pénale peut en effet relever d'une double incrimination, soit pour recours par personne interposée, soit pour complicité, mais uniquement si le non respect de la loi caractérise un délit²⁷⁰. Ce qui n'est pas le cas des manquements visés aux articles L.1262-4-3 et L.3245-2 du code du travail qui sont constitutifs de simples contraventions²⁷¹.

A titre d'exemple, une entreprise sous-traitante intermédiaire, informée dans le cadre de l'article L.8254-2 du code du travail, qu'une entreprise sous-traitante de rang inférieur emploie un salarié étranger sans titre de travail, commet le délit de recours à une personne qui emploie un salarié étranger sans titre de travail, si la situation illégale d'emploi n'a pas cessé lors d'un second contrôle de l'agent habilité.

En fonction du comportement de l'entreprise intermédiaire dûment informée, sa responsabilité pénale pourra donc être retenue, conjointement avec celle du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage.

²⁷⁰ La complicité n'existe pas en matière contraventionnelle.

²⁷¹ Les manquements aux dispositions visées à l'article L.8281-1 du code du travail sont de nature mixte : contravention ou délit.

.E. La personne qui blanchit le produit du travail illégal

Si l'incrimination au titre de la complicité est assez peu mentionnée dans les procédures et sanctionnée par le juge, celle de blanchiment relève de l'exceptionnel.

Pourtant, dans nombre d'affaires de travail illégal, le blanchiment ne poserait pas de difficulté particulière pour être constaté, établi et incriminé.

L'article 324-1 du code pénal définit le blanchiment comme le fait de faciliter par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect. Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit.

Pour l'application de l'article 324-1, les biens ou les revenus sont présumés être le produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit dès lors que les conditions matérielles, juridiques ou financières de l'opération de placement, de dissimulation ou de conversion ne peuvent avoir d'autre justification que de dissimuler l'origine ou le bénéficiaire effectif de ces biens ou revenus.

Les biens, supports du blanchiment, peuvent être des véhicules, du matériel, des machines, de l'outillage, des immeubles, des navires ou des terrains. Par ailleurs, les biens acquis par l'opération de blanchiment peuvent faire l'objet d'une mesure de confiscation par le juge.

Plusieurs procédures relatives au travail illégal ont également retenu cette incrimination, en commission simple ou en bande organisée, y compris assortie d'une confiscation²⁷². Cette incrimination est imputable, soit à l'auteur de l'une des infractions relevant du travail illégal, soit à un tiers chargé de procéder au blanchiment de sommes d'argent provenant du travail illégal.

Bien que la détection d'une opération de blanchiment nécessite des investigations particulières, il ne faut pas négliger cet aspect du traitement du travail illégal qui vient conforter la sanction de cette délinquance par nature économique et financière et qui est lourdement réprimée par le code pénal²⁷³.

.F. Le receleur

L'article 321-1 du code pénal définit le délit de recel comme le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit.

Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit.

²⁷² Voir *infra* 4^{ème} partie *Jurisprudence* p.155.

²⁷³ Dix ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende.

Très rarement mentionnée dans les procédures de travail illégal, cette incrimination trouve pourtant à s'appliquer à l'égard de toute personne qui, par son comportement, commet cette infraction²⁷⁴.

Ainsi, il a été jugé que la concubine du responsable d'une entreprise qui emploie un salarié qu'elle sait dissimulé commet le délit de recel de travail dissimulé lorsque ce salarié effectue des travaux dans sa résidence personnelle²⁷⁵. De même, a été confisqué le produit du recel de l'infraction de travail dissimulé²⁷⁶.

.G. L'auteur d'un hébergement collectif de salariés non déclaré et/ou non conforme et/ou indigne

.G.1. L'hébergement collectif des salariés, qui se fait hors du cadre familial et qui n'est pas assuré dans une structure déclarée effectuant à titre habituel l'hébergement de personnes²⁷⁷, est soumis à une réglementation spécifique qui résulte à la fois de la loi du 27 juin 1973²⁷⁸, du code du travail²⁷⁹, du code rural²⁸⁰, du code des transports²⁸¹ et du code pénal²⁸².

Il n'est pas rare qu'une situation d'hébergement collectif de salariés, effectué en violation de la loi, soit associée à la constatation d'une infraction relevant du travail illégal.

L'hébergement collectif des salariés n'est pas nécessairement assuré par l'employeur. Quiconque peut assurer cet hébergement : le donneur d'ordre de l'employeur, le maître d'ouvrage, une association, un « particulier », « un marchand de sommeil » ou tout autre intermédiaire...

.G.2. Dès lors que quiconque assure l'hébergement collectif de salariés, les règles suivantes s'appliquent.

.G.2.1 La déclaration d'hébergement collectif à la préfecture et à l'inspection du travail²⁸³ du lieu de l'hébergement, dans les 30 jours qui suivent son ouverture. Elle est effectuée à partir d'un document CERFA normalisé²⁸⁴. L'hébergement est collectif dès lors que plus d'un salarié est hébergé, fusse dans des chambres différentes. La déclaration est obligatoire même si l'hébergement est effectué à titre gratuit. Deux questions relatives au périmètre de l'obligation de déclaration peuvent notamment se poser :

²⁷⁴ Cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende.

²⁷⁵ Cass. crim. n° 09-85621 du 22 juin 2010 NULLE PART AILLEURS.

²⁷⁶ Cass. crim. n° 17-87508 du 5 décembre 2018 PHILIPPE X. Pour davantage de jurisprudence, *voir également infra 4^{ème} partie Jurisprudence p.155.*

²⁷⁷ Hôtellerie, hôtellerie de plein air, centre de vacances, maison de retraite, maison de repos, foyer d'hébergement etc.

²⁷⁸ Loi n° 73-548 du 27 juin 1973 relative à l'hébergement collectif.

²⁷⁹ Articles R.4228-26 et suivants du code du travail.

²⁸⁰ Articles R.716-1 et suivants du code rural.

²⁸¹ Articles L.3313-3 et suivants du code des transports.

²⁸² Article 225-14 du code pénal.

²⁸³ Depuis la loi Macron du 6 août 2015. Voir également: « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » p.64 4^{ème} édition Juin 2019, du même auteur.

²⁸⁴ CERFA N° 61-2091.

.- l'hébergement de trois salariés dans trois maisons différentes sur la même commune par le même hébergeur constitue-t-il un hébergement collectif soumis à déclaration? A priori, non car la loi vise un local affecté à l'hébergement ;

.- l'hébergement de trois salariés sous une tente mise à leur disposition par l'hébergeur sur un terrain lui appartenant constitue-t-il un local ? A priori, oui²⁸⁵.

Le défaut de déclaration d'hébergement collectif de salariés à la préfecture ou à l'inspection du travail constitue un délit²⁸⁶ constaté par procès-verbal par l'inspection du travail, la gendarmerie ou la police.

.G.2.2. L'hébergement des salariés doit répondre à des normes d'hygiène et de sécurité qui sont fixées par les dispositions du code du travail, du code rural et du code des transports²⁸⁷. Le non respect de ces normes permet l'application de plusieurs sanctions.

.G.2.2.1. La détermination des sanctions pénales relatives au non respect des normes d'hygiène et de sécurité mérite une attention particulière :

.- lorsque l'hébergeur est l'employeur, s'appliquent les sanctions prévues par le code du travail ou le code rural,

.- lorsque l'hébergeur n'est pas l'employeur, les dispositions du code du travail ou du code rural ne lui sont pas applicables. Il n'existe pas, de façon très surprenante, de sanctions pénales directes et immédiates contre un hébergeur de salariés, qui n'est pas leur employeur²⁸⁸.

Sans doute est-il possible de considérer qu'un hébergement non conforme puisse constituer une mise en danger de la vie d'autrui, au sens de l'article 223-1 du code pénal, lorsque la non-conformité entraîne des déficiences dangereuses pour l'intégrité physique ou la santé du ou des salariés (installation électrique non conforme, absence d'extincteur, alimentation en gaz défectueuse...).

Par ailleurs, une autre sanction pénale peut être prononcée, mais uniquement après notification d'un arrêté préfectoral (**voir infra .G.2.2.2.**).

Par contre, si l'hébergement est considéré comme indigne ou susceptible de mettre en danger la vie d'autrui²⁸⁹, s'appliquent les sanctions mentionnées aux articles 225-14 et suivants et aux articles 223-1 et suivant du code pénal²⁹⁰, quelle que soit la qualité de l'hébergeur (employeur, donneur d'ordre, maître d'ouvrage, « particulier », marchand de sommeil...).

²⁸⁵ Pas de jurisprudence connue sur ce sujet.

²⁸⁶ Deux ans d'emprisonnement et 6 000 euros d'amende pour la personne physique, auxquelles s'ajoutent les sanctions à l'encontre de la personne morale.

²⁸⁷ *Voir supra notes de bas de page 284 à 292.*

²⁸⁸ Par exemple, si l'installation électrique est défectueuse ou si l'hébergement ne dispose pas d'extincteur.

²⁸⁹ Par exemple, si l'installation électrique est notoirement défectueuse.

²⁹⁰ Mise en danger de la vie d'autrui, lorsque l'hébergement présente des risques d'électrocution, d'incendie ou de ruine notamment.

.G.2.2.2. A ces sanctions pénales, s'ajoutent des mesures administratives qui sont du ressort du préfet ou du maire.

Au titre de la loi du 23 juin 1973, le préfet peut mettre en demeure l'hébergeur de respecter les normes d'hygiène et de sécurité dans le délai qu'il fixe. En cas d'urgence ou si les normes ne peuvent pas être respectées, le préfet peut ordonner la fermeture immédiate de l'hébergement.

Le non respect de ces arrêtés préfectoraux fait l'objet des sanctions pénales prévues par les articles 8 et suivants de la loi du 23 juin 1973.

Le préfet peut également utiliser la procédure d'injonction prévue par l'article L.1331-24 du code de la santé publique, dont le non respect est sanctionné par l'article L.1337-4 de ce même code.

Le maire dispose de la faculté, en application des articles L.511-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation, d'ordonner des mesures de réparation ou de fermeture des hébergements menaçant ruine. Le non respect de l'arrêté municipal est sanctionné par l'article L.511-6 de ce même code.

Nota

L'article L.4231-1 du code du travail, issu de la loi Savary²⁹¹, permet également de faire cesser un hébergement indigne de salariés tenu par un tiers, à la suite du signalement adressé au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage par un agent de contrôle habilité en matière de lutte contre le travail illégal. A défaut de mise en conformité de l'hébergement par le tiers hébergeur, le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage sont tenus de prendre en charge cet hébergement).

.G.2.3. Le constat du non respect des normes d'hygiène et de sécurité d'un hébergement collectif de salariés et la mise en œuvre des mesures y afférent, suppose, outre la compétence juridique à constater ces manquements, le droit d'entrée dans les locaux tenant lieux d'hébergement collectif des salariés. S'agissant d'un domicile privé, les agents habilités ne peuvent y entrer qu'avec le consentement de chaque occupant concerné, sauf à pouvoir se réclamer d'une situation de flagrance et entrer d'autorité pour la gendarmerie et la police.

Le contrôle de la réglementation applicable à l'hébergement collectif de salariés réside notamment dans le strict respect de la déclaration d'hébergement à la préfecture et à l'inspection du travail, puisqu'elle permet alors aux agents habilités, qui en ont connaissance, de vérifier spontanément sa conformité aux normes d'hygiène et de sécurité.

²⁹¹ Voir supra p.62 et 118.

L'article 2 du décret du 20 janvier 1975²⁹² accorde cependant à l'hébergeur un délai de trente jours pour procéder à cette déclaration, ce qui est particulièrement tardif, voire inutile, notamment lorsque le logement est assuré pendant des périodes de travail courtes (emploi saisonnier, emploi de salarié détaché). Une réduction conséquente de ce délai, pour le ramener à 48 heures serait appropriée pour donner du sens et de l'effet à cette déclaration (*voir infra p.233 16 propositions pour améliorer la mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage*).

.H. L'intermédiaire

Dans les affaires de travail illégal, intervient parfois une personne, physique ou morale, qui n'est ni l'auteur immédiat et direct du travail illégal, ni le donneur d'ordre, ni le maître d'ouvrage. Cet intermédiaire participe cependant au processus de réalisation des infractions.

En règle générale, l'intermédiaire intervient à un double titre :

- .- soit, il favorise ou permet par son comportement la commission de l'une des infractions relevant du travail illégal, ou il incite à commettre cette infraction,
- .-soit, il met en relation des protagonistes qui vont se retrouver impliqués, comme auteurs ou victimes, dans une affaire de travail illégal.

Le rôle de l'intermédiaire peut être déterminant dans la commission de l'infraction ; sa mise en cause n'est donc pas à écarter, au motif qu'il n'est ni employeur, ni donneur d'ordre, ni maître d'ouvrage.

Cet intermédiaire est établi en France ou à l'étranger.

En fonction du rôle de l'intermédiaire, différentes incriminations et qualifications pénales sont disponibles (illustrations non exhaustives) :

- .- **complice**, lorsqu'en qualité d'association, il fournit à des restaurants ou à des hôtels des faux stagiaires de nationalité étrangère. Le responsable de l'association devient complice de l'infraction de dissimulation d'emploi salarié et de l'infraction d'emploi de salarié étranger sans titre de travail.
- .- **complice**, lorsqu'en sa qualité de consultant et de conseil, il aide une entreprise à se délocaliser de façon fictive à l'étranger et à pratiquer du travail dissimulé par dissimulation d'activité et d'emploi salarié en France.
- .- **complice**, lorsqu'en qualité d'association, il fournit des artistes « indépendants » à un producteur de spectacles. Le responsable de l'association devient complice de l'infraction de dissimulation d'emploi salarié.
- .- **complice**, lorsqu'un maître d'œuvre met en relation le maître d'ouvrage et un artisan radié du RM pour une intervention sur un chantier du BTP.
- .- **auteur**, lorsqu'il accueille et loge des salariés détachés, dans un hébergement collectif non déclaré, voire insalubre et indigne.

²⁹² Décret n° 75-59 du 20 janvier 1975.

.- **auteur**, lorsqu'il met à disposition d'une entreprise utilisatrice des prétendus travailleurs indépendants ou de prétendus stagiaires dans le cadre d'une opération de marchandage ou de prêt illicite de main-d'œuvre.

.- **auteur**, lorsqu'il organise une filière de trafic de main-d'œuvre étrangère pour alimenter des entreprises en France. Il commet l'infraction d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers d'étranger en France, et, éventuellement celle de traite des êtres humains (articles 225-14-1 et 2 du code pénal)²⁹³.

.I. La société de domiciliation

.I.1. La société de domiciliation est une entreprise spécialisée dont l'activité est d'accueillir le siège social d'autres entreprises²⁹⁴ en lui fournissant les locaux nécessaires aux réunions de ses organes de direction et en lui permettant la tenue, la conservation et la consultation de tous les documents administratifs relatifs à son activité (ce qui inclut tous les documents sociaux, commerciaux et comptables). L'activité de domiciliation est régie par les articles L.123-10 et suivants du code de commerce²⁹⁵. La société de domiciliation est agréée par le préfet (préfet de police à Paris).

La société de domiciliation n'est donc pas une simple boîte à lettres, mais un siège social pour l'entreprise domiciliée.

L'entreprise domiciliée partage les locaux où elle dispose de son siège social avec plusieurs autres entreprises²⁹⁶.

Deux raisons expliquent notamment la pratique de la domiciliation d'entreprise :

.- elle permet à une entreprise qui souhaite se créer ou qui vient de se créer de disposer plus facilement d'un lieu adapté (locaux, personnel, standard, réception du courrier) et équipement téléphonique ou bureautique) pour démarrer son activité économique,

.- en s'installant à une adresse de prestige²⁹⁷, elle dispose a priori d'une image, d'une notoriété ou d'une visibilité utiles à son activité (activité d'import export par exemple).

Mais la domiciliation d'entreprise présente d'autres avantages, telle que la discrétion pour tenter d'échapper au contrôle de l'administration. L'optimisation de cette discrétion flirte parfois avec des pratiques de travail dissimulé et/ou de fraude fiscale de la part de l'entreprise domiciliée, et dans lesquelles la société de domiciliation peut voir sa responsabilité engagée.

.I.2. L'entreprise qui se domicilie dans une société de domiciliation n'exerce pas son activité réelle à cette adresse. Le lieu d'exercice de son activité est ailleurs. Deux situations sont alors à distinguer au regard de ses obligations déclaratives, commerciales et sociales :

²⁹³ Voir circulaire du 22 janvier 2015 du ministère de la justice de politique pénale en matière de lutte contre la traite des êtres humains.

²⁹⁴ Entreprise individuelle ou personne morale.

²⁹⁵ Voir également les articles R.123-166-1 à R.123-166-71 du code de commerce.

²⁹⁶ Certaines sociétés de domiciliation parisiennes accueillent plusieurs centaines d'entreprises domiciliées à la même adresse.

²⁹⁷ Sur les Champs Elysées.

. soit, elle exerce une activité diffuse et non sédentaire (BTP, gardiennage, nettoyage, distribution de prospectus, sans autre lieu fixe - pas d'établissement principal ou secondaire); dans ce cas, tous les documents sociaux, commerciaux et comptables se trouvent dans la société de domiciliation. Le siège de l'entreprise domiciliée est alors son établissement principal.

.- soit, elle exerce une activité sédentaire ailleurs ou à partir d'un autre lieu sédentaire (par exemple une entreprise de déménagement dont l'infrastructure (logistique, véhicules, réception des clients); dans ce cas, elle déclare cet établissement principal ou secondaire au CFE et il apparaît dans l'extrait K bis pour la personne morale. Les documents sociaux, commerciaux et comptables sont tenus à cette adresse et non pas dans la société de domiciliation.

Le fait de ne pas déclarer au CFE compétent l'établissement principal ou secondaire, distinct du siège social domicilié, constitue du travail dissimulé par dissimulation d'activité²⁹⁸.

En matière de fraude, l'intérêt d'utiliser une adresse de domiciliation est double :

.- exercer en réalité son activité, avec ou sans salarié, à une autre adresse non déclarée, ce qui évite les contrôles. La société de domiciliation est une simple boîte à lettres qui prend les appels téléphoniques et fait suivre le courrier.

.- être de connivence avec la société de domiciliation pour retarder la présentation des documents sociaux, commerciaux ou comptables, d'autant que la société de domiciliation peut aussi tenir et gérer ces différents documents pour le compte de l'entreprise domiciliée.

.I.3. Au regard de la lutte contre le travail dissimulé, la société de domiciliation a l'obligation, en cas de contrôle dans ses locaux par les agents habilités, de leur présenter tous les documents sociaux, commerciaux et comptables des entreprises domiciliées qu'elle détient (le dossier-client). Cette obligation de présentation immédiate et directe résulte de l'article L.8271-12 du code du travail qui a été inséré à cet effet dans la loi. En clair, le responsable ne peut refuser, de façon dilatoire, de présenter ces documents parce que le représentant légal de l'entreprise domiciliée est absent²⁹⁹ ou qu'il n'a pas son accord ou qu'il attend son accord ou...parce qu'il est tenu au secret professionnel.

La raison d'être de l'article L.8272-12 du code du travail est précisément de contourner et de lever ces réponses et ces comportements dilatoires et de ne pas entraver le contrôle lorsqu'il a lieu de façon inopinée.

Le refus de présenter les documents sociaux qu'il détient constitue assurément un obstacle à fonction et sans doute un élément signifiant pour caractériser une complicité de travail dissimulé.

L'agrément préfectoral pour gérer une société de domiciliation n'est pas attribué à la personne qui a déjà été condamnée pour travail dissimulé.

²⁹⁸ Cass. crim. n° 93-85460 du 23 mai 1995 EYMARD.

²⁹⁹ Ce qui est toujours le cas.

Les infractions relatives aux dispositions du code commerce concernant l'exercice d'une activité de société de domiciliation sont constatées, outre la gendarmerie et la police, par les agents de l'inspection du travail, les inspecteurs de l'Urssaf et des caisses de MSA ainsi que par les agents de l'Autorité de la concurrence, en application de l'article L123-11-6 du code de commerce.

.I.4. Il en résulte que le responsable d'une société de domiciliation peut être mis en cause pour le non respect de la législation relative à l'exercice de son activité, pour obstacle à fonction des agents de contrôle (lorsqu'un texte le prévoit), pour complicité de travail dissimulé et pour complicité de fraude fiscale.

4^{ème} partie

JURISPRUDENCE

.I. Donneur d'ordre p.156

.II. Co emploi p.162

.III. Maître d'ouvrage p.163

.IV. Dirigeant ou gérant de fait p.163

.V. Complicité p.163

.VI. Publicité p.165

.VII. Blanchiment p.165

.VIII Recel p.166

.IX Saisie confiscation p.166

.X. Hébergement collectif de salariés p.166

.XI. intermédiaire p.167

.XII. Société de domiciliation p.168

LA MISE EN CAUSE DU DONNEUR D'ORDRE, DU MAITRE D'OUVRAGE ET DE TOUS AUTRES

La jurisprudence qui suit est non exhaustive. Elle reprend pour partie et complète la jurisprudence citée dans le Mode d'emploi.

Cette jurisprudence est à compléter par celle, plus topique et ciblée, qui est citée dans les autres Modes d'emploi, ainsi que par la jurisprudence mise en ligne sur le site de l'auteur : <https://herveguichaoua/>

I. DONNEUR D'ORDRE

II. MISE EN CAUSE DU DONNEUR D'ORDRE DANS LE CADRE DU TRAVAIL DISSIMULE

I.I.1. Mise en cause pénale recours sciemment

I.I.1.1. Donneur d'ordre professionnel qui recourt à une entreprise établie en France

- **Cass. crim. n° 96-86211 du 4 novembre 1997 ISRAEL** le donneur a une obligation très large de vérifier scrupuleusement la situation de son cocontractant à qui il recourt
- **Cass. crim. n° 05-80170 du 27 septembre 2005 JK BATIMENT** le donneur a une obligation très large de vérifier scrupuleusement la situation de son cocontractant à qui il recourt
- **Cass. crim. n° 10-84303 du 1^{er} mars 2011 KARIBU** le fait que le contrat commercial soit d'un montant inférieur à 3000 euros (seuil de déclenchement de vérifications au titre de la solidarité financière à l'époque des faits) ne dispense pas le donneur d'ordre de vérifier que son cocontractant exécute son activité professionnelle de façon régulière
- **Cass. crim. n° 95-84204 du 21 janvier 1997 FRAIC'HEURE** le donneur d'ordre n'a pas procédé auprès de son cocontractant aux vérifications prévues au titre de la solidarité financière
- **Cass. crim. n° 99-86341 du 10 octobre 2000 ANASTASSOPOULOS** le donneur d'ordre n'a pas procédé auprès de son cocontractant aux vérifications prévues au titre de la solidarité financière
- **Cass. crim. n° 04-80775 du 23 novembre 2004 SNCR** le donneur d'ordre ne s'est fait remettre qu'un seul des documents prévus au titre de la solidarité financière
- **Cass. crim. n° 98-87099 du 7 septembre 1999 ABIMELECH** le fait pour le donneur d'ordre d'avoir procédé auprès de son cocontractant aux vérifications prévues par le code du travail au titre de la solidarité financière ne suffit pas à l'exonérer de sa responsabilité pénale

- **Cass. crim. n° 01-80507 du 30 octobre 2001 MORGAN** le fait pour le donneur d'ordre d'avoir procédé auprès de son cocontractant aux vérifications prévues par le code du travail au titre de la solidarité financière ne suffit pas à l'exonérer de sa responsabilité pénale
- **Cass. crim. n° 01-88778 du 3 décembre 2002 FONTELEC** le donneur d'ordre doit s'assurer que tous les salarié du cocontractant sont déclarés aux organismes sociaux
- **Cass. crim. n° 01-81145 du 2 octobre 2001 MIZRAHI** le donneur d'ordre a continué de recourir à son cocontractant malgré l'absence de remise des justificatifs qu'il lui avait demandés
- **Cass. crim. n° 04-80775 du 23 novembre 2004 SNCR** le donneur d'ordre doit vérifier que les attestations et déclarations remises par son cocontractant correspondent à la réalité des effectifs et des commandes qu'il passe, appréciées en volume et en temps d'exécution
- **Cass. crim. n° 95-84204 du 21 janvier 1997 FRAIC'HEURE** le donneur d'ordre n'a pas procédé auprès de son cocontractant aux vérifications prévues au titre de la solidarité financière ; de surcroît, durée des relations commerciales et prix pratiqués
- **Cass. crim. n° 01-80507 du 30 octobre 2001 MORGAN** le donneur d'ordre doit procéder à des vérifications effectives et suffisantes, au-delà de la simple remise des documents au titre de la solidarité financière
- **Cass. crim. n° 01-80507 du 30 octobre 2001 MORGAN** discordance entre les déclarations sociales et le nombre réel de salariés employés par le cocontractant ; effectif salarié déclaré incompatible avec le volume des commandes
- **Cass. crim. n° 01-80013 du 4 septembre 2001 EOLE** le donneur d'ordre aurait dû procéder à des vérifications supplémentaires autres que la simple remise des documents au titre de la solidarité financière, compte tenu du faible nombre de salariés du cocontractant, des quantités commandées et du faible taux horaire du prix pratiqué
- **Cass. crim. n° 14-85828 du 1^{er} décembre 2015 ASM** le donneur d'ordre recourt à deux entreprises qui font appel elles mêmes à une entreprise étrangère en se livrant à une opération de marchandage et de prêt illicite de personnel ; le donneur d'ordre aurait dû vérifier la sincérité des documents remis par son cocontractant et aurait dû avoir son attention attirée par la présence de ces salariés étrangers sur ses chantiers
- **Cass. crim. n° 08-81552 du 4 novembre 2008 MIRABELLE** la responsabilité pénale du donneur d'ordre est d'autant plus engagée que celui-ci est un professionnel qui sait que les documents présentés par son cocontractant au titre de la solidarité financière ne sont pas crédibles (nombre de salariés insuffisant)
- **Cass. crim. n° 99-80823 du 11 janvier 2000 GELOEN** la responsabilité pénale du donneur d'ordre est engagée lorsqu'il confie à une entreprise artisanale un volume important de production, avec des prix très bas et des brefs délais à respecter

- **Cass. crim. n° 00-83920 du 13 février 2001 SCI HAD** la responsabilité pénale du donneur d'ordre est engagée compte tenu des conditions du marché et des faibles moyens de son cocontractant
- **Cass. crim. n° 95-82009 du 11 mars 1997 BLANC/BADUEL** la responsabilité pénale du donneur d'ordre est engagée lorsque le prix payé à son cocontractant ne lui permet pas de s'acquitter de ses obligations fiscales et sociales
- **Cass. crim. n° 02-80026 du 19 novembre 2002 ATAC** la responsabilité pénale du donneur d'ordre est engagée lorsque le prix payé à son cocontractant ne lui permet pas de s'acquitter de ses obligations fiscales et sociales
- **Cass. crim. n° 00-83820 du 19 décembre 2000 FRAMOD** la responsabilité pénale du donneur d'ordre est engagée notamment lorsque le prix payé à son cocontractant est dérisoire

I.I.1.2. Donneur d'ordre professionnel qui recourt à une entreprise établie hors de France (en fraude à l'établissement)

- **Cass. crim. n° 14-85828 du 1^{er} décembre 2015 ASM** 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° 16-86402 du 28 novembre 2017 ITAL FRANCE** 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° 17-82130 du 27 février 2018 CASINO DE LA POINTE** 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

I.I.1.3. Particulier donneur d'ordre

- **Cass. soc. n° 00-23 22164 du janvier 2003** le vétérinaire qui contracte avec un artisan pour effectuer des travaux dans sa clinique n'est pas un particulier ; il agit comme professionnel. Il doit demander tous les documents prévus par le code du travail et pas uniquement un devis
- **Cass. crim. n° 93-83364 du 25 janvier 1994 PORTAIL** recours intentionnel avéré dès lors que le particulier a payé sans facture et en liquide, qu'il connaissait l'entrepreneur depuis 20 ans et que celui-ci l'avait conseillé dans l'achat de ses équipements
- **Cass. crim. n° 99-83343 du 18 avril 2000 FREDRICK** recours intentionnel avéré dès lors que le particulier, par ailleurs gérant de société, confie des travaux de maçonnerie pour son compte personnel à un travailleur indépendant qui lui fournit un devis mentionnant

que son activité est celle de maréchal-ferrant soudure forge; le particulier n'a pas procédé à la plus élémentaire des vérifications

- **Cass. crim. n° 10-80252 du 9 novembre 2010 VLADO** recours intentionnel avéré dès lors que le particulier, ancien chef d'entreprise, a payé sans facture et n'a procédé à aucune vérification de la situation de son cocontractant qui a effectué dans sa propriété des travaux de plusieurs jours avec de nombreux salariés

I.1.2. Mise en cause solidarité financière

- **Décision QPC n° 2015-479 du 31 juillet 2015 du Conseil Constitutionnel RENAULT RETAIL GROUPE** conformité à la Constitution, sous réserve d'un recours du donneur d'ordre contre son cocontractant
- **Cass. civ. 2° n° 12-40009 du 28 février 2013 ELOHIM** non transmission de six QPC au Conseil constitutionnel car principes constitutionnels respectés
- **Cass. civ. 2 n° 06-21961 du 17 juin 2008 MORY TEAM** la relaxe du dirigeant personne physique représentant le donneur d'ordre n'interdit pas de mettre en œuvre la solidarité financière à l'encontre de la personne morale représentant ce donneur d'ordre
- **Cass. civ. 2 n° 14-23851 du 26 novembre 2015 CLAIRON** nécessité d'établir un procès-verbal pour travail dissimulé à l'encontre du cocontractant
- **Cass. civ. 2 n° 15-10168 du 11 février 2016 LEGIO SECURITE** les documents que doit se faire remettre le cocontractant sont les seuls prévus par le code du travail ; ils ne peuvent pas être remplacés par d'autres documents
- **Cass. Ass. Plén. n° 14-10182 du 6 novembre 2015 CARDARELLI** lorsque le cocontractant est une entreprise établie à l'étranger, le document à remettre au donneur d'ordre et attestant de la régularité de sa situation sociale dans son pays de domiciliation est le certificat de détachement, à l'exclusion de tout autre document (lorsque le cocontractant n'est pas tenu de s'immatriculer en France (CNFE Strasbourg, Urssaf des Alpes Maritimes ou MSA Alsace)
- **Cass. civ. 2 n° 12-21554 du 11 juillet 2013 LEGIO SECURITE** le donneur d'ordre ne peut pas s'exonérer de la solidarité financière lorsqu'il se fait remettre des documents qui sont discordants entre eux et au regard de la réalité de la situation de son cocontractant
- **Cass. civ. 2 n° 08-16641 du 17 septembre 2009 GBD AMENAGEMENT** la procédure de recouvrement engagée par l'Urssaf au titre de la solidarité financière est exorbitante du droit commun
- **Cass. civ. 2 n° 10-19389 du 13 octobre 2011 ROXANE NORD** dans le cadre de la procédure contradictoire auprès du donneur d'ordre relative au recouvrement des cotisations sociales au titre de la solidarité financière, l'Urssaf n'est pas tenue de communiquer au donneur d'ordre le procès-verbal constatant l'infraction de travail dissimulé
- **Cass. civ. 2 n°18-14143 du 4 avril 2019 XPO TRANSPORT** l'Urssaf n'est pas en droit de refuser de délivrer au sous-traitant l'attestation de compte à jour réclamée par son

donneur d'ordre au titre de la solidarité financière, pour le seul motif que la décision de relaxe dont a bénéficié le sous-traitant dans une affaire de travail illégal a fait l'objet d'un appel et n'est pas encore définitive.

- **Cass. civ. 2 n° 09-12173 du 10 décembre 2009 CORYPHENE** validation de la procédure de recouvrement de l'Urssaf contre le donneur d'ordre
- **Cass. civ. 2 n° 01-13196 du 4 novembre 2003 NMPP** validation de la procédure de recouvrement de l'Urssaf contre le donneur d'ordre
- **Cass. civ. 2 n° 10-24861 du 13 octobre 2011 Pôle Européen de Plasturgie** mentions que doit contenir la procédure contradictoire de recouvrement de l'Urssaf auprès du donneur d'ordre
- **Cass. civ. 2 n° 13-15784 du 13 février 2014 ATH RENATO BENE** mentions que doit contenir la procédure contradictoire de recouvrement de l'Urssaf auprès du donneur d'ordre
- **Cass. civ. 2 n° 01-13196 du 4 novembre 2003 NMPP** contrat commercial verbal montant de la relation commerciale appréciée dans sa globalité au regard des factures
- **Cass. civ. 2 n° 10-19389 du 13 octobre 2011 ROXANE NORD** relation commerciale unique, appréciée dans sa globalité, impliquant un contrat commercial à exécution successive d'un montant supérieur à 3 000 euros
- **Cass. crim. n° 10-85180 du 29 mars 2011 AKERIS** idem contrat unique à exécution successive d'un montant supérieur à 3 000 euros
- **Cass. soc. n° 04-10667 du 23 novembre 2005 URBAN** admission de l'action récursoire du donneur d'ordre débiteur de la solidarité financière contre son cocontractant auteur du travail dissimulé
- **Cass. civ. 2 n° 17-21114 du 24 janvier 2019 EARL VINCENT** annulation de la procédure de recouvrement au titre de la solidarité financière au motif que la lettre d'observations adressée au donneur d'ordre ne précisait pas le montant des cotisations sociales dues par année

I.1.3 Pénalités civiles code de la sécurité sociale

- **Conseil d'Etat n° 428206 du 15 mai 2019 AUTOLILLE** transmission d'une QPC au Conseil constitutionnel sur la conformité de l'article L.133-4-5 du code de la sécurité sociale
- **Conseil constitutionnel QPC n° 2019-796 du 5 juillet 2019 AUTOLILLE** conformité de l'article L.133-4-5 du code de la sécurité sociale

I.2. MISE EN CAUSE DU DONNEUR D'ORDRE QUI RECOURT A UNE ENTREPRISE QUI EMPLOIE UN SALARIE ETRANGER SANS TITRE DE TRAVAIL

I.2.1. Mise en cause pénale recours par personne interposée

- **Cass. crim. n° 10-83142 du 7 décembre 2010 COMME DES GARCONS** mise en cause du donneur d'ordre pour recours par personne interposée à une entreprise étrangère qui détache sur le territoire français des salariés étrangers sans titre de travail

I.2.2. Paiement de la contribution spéciale par le donneur d'ordre

- **Conseil d'Etat n° 313519 du 23 mars 2009** la relaxe de l'employeur n'interdit pas de mettre en recouvrement la contribution spéciale (position de principe de la juridiction administrative)
- **CAA Versailles n° 05VE01659 du 18 décembre 2007** obligation du donneur d'ordre de payer la contribution spéciale confirmée, faute d'avoir procédé à la vérification obligatoire auprès de son cocontractant employeur du salarié étranger sans titre de travail
- **CAA Nancy n° 06NC01282 du 26 mai 2008** idem
- **CAA Paris n° 10PA028838 du 6 octobre 2011** idem
- **CAA Paris n° 11PA01729 du 8 mars 2012** idem

II. CO EMPLOI

La notion de co emploi, qui résulte d'une construction juridique de la Cour de cassation, permet de mettre en cause une société du groupe, hors subordination juridique et hors qualité de donneur d'ordre. A ce jour, la Cour de cassation n'a pas eu à se prononcer sur des affaires de travail illégal dans lesquelles le recours à la notion de co emploi était invoqué pour obtenir la condamnation d'une autre société du groupe.

La jurisprudence qui suit mentionne les conditions de l'existence et de la reconnaissance du co emploi.

- **Cass. soc. 10-22964 du 30 novembre 2011 MIC**
- **Cass. soc. n° 13-15208 du 2 juillet 2014 MOLEX AUTOMOTIVE**
- **Cass. soc. 14-19316 du 10 décembre 2015 FAYAT**
- **Cass. soc. n° 14-17834 du 31 mars 2016 SE TRANSPORTS ET SOLOGNE**
- **Cass. soc. n° 17-15903 du 13 février 2019 IMPRIMERIE FERREOL**

III. MAÎTRE D'OUVRAGE

- **Cass. crim. n° 01-85601 du 3 avril 2002 COGEDIM TRADITION** recours par personne interposée à une entreprise qui pratique du travail dissimulé

IV. DIRIGEANT OU GERANT DE FAIT

- **Cass. crim. n° 98-82369 du 22 juin 1999 AVIDIS** travail dissimulé restaurant
- **Cass. crim. n° 00-80493 du 29 novembre 2000 YILDIZ** travail dissimulé BTP
- **Cass. crim. n° 02-83183 du 30 septembre 2003 VERTUS** travail dissimulé confection
- **Cass. crim. n° 05-80928 du 25 avril 2006 CER** travail dissimulé agence privée de recherche
- **Cass. crim. n° 11-84030 du 31 janvier 2012 SHIPCHLANDER** travail dissimulé transport maritime
- **Cass. crim. n° 11-88643 du 11 décembre 2012 Z24** travail dissimulé discothèque
- **Cass. crim. n° 12-82957 du 5 juin 2013 CERT/TMG** travail dissimulé prêt illicite de main-d'œuvre
- **Cass. crim. n° 00.83920 du 13 février 2001 SCI HAD** condamnation en qualité e complice d'un gérant de fait d'une société sous-traitante dont il a facilité l'accueil de faux stagiaires
- **Cass. crim. n° 17-84149 du 4 septembre 2018 FERGAL NASSEM** travail dissimulé pas de délégation de pouvoir nécessaire pour avoir la qualité de dirigeant de fait
- **Cass. crim. n° 18-81002 du 30 octobre 2018 MARIE-LYSE X** travail dissimulé dirigeant de fait non

V. COMPLICITÉ

V.1. Complicité dissimulation d'activité

- **Cass. crim. n° 95-85613 du 18 juin 1996 STRIEBIG** fourniture d'un autocar pour permettre une activité de transport international de voyageurs dissimulé
- **Cass. crim. n° 12-83373 du 3 avril 2013 RENE X** complicité de recours à travail dissimulé en assurant la mise en relation entre le client et l'auteur du travail dissimulé

V.2. Complicité dissimulation d'emploi salarié

- **Cass. crim. n° 96-84225 du 1er juillet 1997** immixtion dans la gestion

- **Cass. crim. n° 98-86069 du 7 septembre 1999 JIANPING** aide au recrutement et à l'emploi de salariés étrangers dissimulés et sans titre de travail
- **Cass. crim. n° 00-83920 du 13 février 2001 HAD** participation à la gestion
- **Cass. crim. n° 06-87678 du 3 avril 2007 FLEURS D'AUTOMNE** complicité du comptable pour la minoration de 70% des charges sociales : le comptable est mis en cause car il a rempli les bordereaux transmis à l'URSSAF en toute connaissance de la fraude puisqu'il réalisait également les bulletins de salaire
- **Cass. crim. n° 08-83933 du 20 janvier 2009 EURL TECHNIC** salarié conducteur de travaux conjoint de la gérante d'une entreprise employant des salariés dissimulés
- **Cass. crim. n° 11-82949 du 14 février 2012 VINEXPERT** participation au faux détachement de salariés intérimaires d'une ETT roumaine sur le territoire français vendanges
- **Cass. crim. n° 18-80027 du 13 novembre 2018** fourniture d'une maison individuelle pour exercer l'activité professionnelle

V.3. Complicité d'emploi de faux stagiaires

- **Cass. crim. n° 00.83920 du 13 février 2001 SCI HAD** gérant de fait d'une société sous-traitante dont il a facilité l'accueil de faux stagiaires

V.4. Complicité d'emploi de salarié étranger sans titre de travail

- **Cass. crim. n° 97-85762 du 20 octobre 1998 HU YUN** aide au recrutement et à l'emploi de salariés étrangers dissimulés et sans titre de travail
- **Cass. crim. n° 98-86069 du 7 septembre 1999 JIANPING** aide au recrutement et à l'emploi de salariés étrangers dissimulés et sans titre de travail
- **Cass. crim. n° 18-80027 du 13 novembre 2018** fourniture d'une maison individuelle pour exercer l'activité professionnelle

V.5. Complicité marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre

- **Cass. crim. n° 03-86681 du 16 mars 2004 SACIP** participation à une opération de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre fausse Junior Entreprise conducteur de voitures
- **Cass. crim. n° 11-82949 du 14 février 2012 VINEXPERT** participation au faux détachement de salariés intérimaires d'une ETT roumaine sur le territoire français vendanges

V.6. Complicité fausse PSI ou faux détachement de salariés en France

- **Cass. crim. n° 11-82949 du 14 février 2012 VINEXPERT** participation au faux détachement de salariés intérimaires d'une ETT roumaine sur le territoire français vendanges

- **Cass. crim. n° 14-84644 du 30 mars 2016** dirigeant français d'une entreprise roumaine récemment créée qui mettait à la disposition d'entreprises françaises, dont celle de son père, des salariés roumains récemment embauchés et sans avoir le statut d'ETT

VI. PUBLICITE

- **Cass. crim. n° 09-87778 du 28 septembre 2010 ASSOCIATION BAAGHERA** publicité par les auteurs de la dissimulation d'activité économique
- **Cass. crim. n° 16-87712 du 23 janvier 2018 JOEL X** publicité en faveur d'une activité illégale d'entreprise de travail temporaire

VII. BLANCHIMENT

- **Cass. crim. n° 13-83911 du 5 novembre 2014 DONE** travail dissimulé accident du travail mortel
- **Cass. crim. n° 14-81964 du 20 mai 2015 LAETITIA** travail dissimulé
- **Cass. crim. n° 14-82767 du 20 mai 2015 FOUZIA** travail dissimulé
- **Cass. crim. n° 14-80977 du 17 juin 2015 RADU** travail dissimulé
- **Cass. crim. n° 14-80665 du 8 septembre 2015 SAV SPOLKA ZOO** travail dissimulé fausse prestation de services internationale faux détachement de salariés
- **Cass. crim. n° 15-81550 du 30 mars 2016 PETER X** travail dissimulé, avec confiscation des biens acquis par le blanchiment
- **Cass. crim. n° 16-87585 du 27 mars 2018 AUTO SELECTION** travail dissimulé blanchiment aggravé vente de véhicules automobiles d'occasion
- **Cass. crim. n° 17-86980 du 30 octobre 2018 SERGE A** travail dissimulé avec confiscation
- **Cass. crim. n° 18-8110 du 5 décembre 2018 ENTIB** travail dissimulé blanchiment en bande organisée
- **Cass. crim. n° 18-82298 du 3 avril 2019 L.M.** travail dissimulé blanchiment pour fraude fiscale non constitué
- **Cass. crim. n° 18-83396 du 12 juin 2019** travail dissimulé blanchiment par l'auteur et les membres de sa famille

VIII. Recel

- **Cass. crim. n° 09-85621 du 22 juin 2010 NULLE PART AILLEURS** recel de travail dissimulé par la concubine d'un responsable d'une entreprise qui bénéficie à son domicile de travaux effectués par un salarié de cette entreprise qu'elle sait dissimulée
- **Cass. crim. n° 17-86199 du 24 octobre 2018 TRANS EUROPE TRANSPORT** recel dans une affaire de multi infractions travail illégal et fausse prestation de services internationale
- **Cass. crim. n° 17-87508 du 5 décembre 2018 PHILIPPE X** confiscation produit du recel du travail dissimulé
- **Cass. crim. n° 18-83396 du 12 juin 2019** recel par des membres de la famille du produit financier du travail dissimulé

IX. Saisie confiscation

- **Cass. crim. n° 15-81550 du 30 mars 2016 PETER X** travail dissimulé, avec confiscation des biens acquis par le blanchiment
- **Cass. crim. n° 17-82278 du 13 juin 2018 INTERTRUCK SPOLKA** saisie de camions et remise à l'AGRASC dans une affaire de fausse prestation de services internationale dans le transport routier de marchandises
- **Cass. crim. n° 17-86199 du 24 octobre 2018 TRANS EUROPE TRANSPORT** saisie compte bancaire dans une affaire de multi infractions travail illégal et fausse prestation de services internationale
- **Cass. crim. n° 17-86980 du 30 octobre 2018 SERGE A** travail dissimulé avec blanchiment
- **Cass. crim. n° 17-87508 du 5 décembre 2018 PHILIPPE X** confiscation produit du recel du travail dissimulé
- **Cass. crim. n° 18-8110 du 5 décembre 2018 ENTIB** saisie et affectation à une unité de gendarmerie
- **Cass. crim. n° 18-83396 du 12 juin 2019** la confiscation doit être nécessaire et proportionnée

X. Hébergement collectif de salariés

- **Décision QPC n° 2015-517 du 22 janvier 2016 du Conseil Constitutionnel FEDERATION DES PROMOTEURS IMMOBILIERS** conformité à la Constitution de l'obligation pour le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage de prendre en charge

l'hébergement collectif indigne des salariés d'un sous-traitant (avec deux réserves d'interprétation qui vont de soi)

- **Cass. crim. n° 14-80041 du 22 juin 2016 ABL** 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 indécemment
- **Cass. crim. n° 94-82033 du 30 janvier 1996 MATUSZEWSKI** hébergement collectif non déclaré de 2 salariés dans un *Algéco*
- **Cass. crim. n° 97-85762 du 20 octobre 1998 HU YUN** hébergement indigne de salariés étrangers dissimulés et sans titre de travail
- **Cass. crim. n° 99-85286 du 11 octobre 2000 NATALIA** hébergement collectif non déclaré de 28 salariés dans un pavillon
- **Cass. crim. n° 03-84955 du 22 juin 2004 SGMS** hébergement indigne
- **Cass. crim. n° 05-83404 du 14 mars 2006 CESAR** hébergement indigne de 40 salariés saisonniers agricoles dans un ancien hangar
- **Cass. crim. n° 09-84012 du 16 février 2010 LAURENT** hébergement indigne de salariés saisonniers agricoles dans un mas désaffecté
- **Cass. crim. n° 12-80734 du 22 janvier 2013 FRUITS ET LEGUMES ROLF** hébergement collectif non déclaré de faux travailleurs indépendants roumains détachés en France

XI. Intermédiaire

XI.1. Intermédiaire pour placement de faux stagiaires

- **Cass. crim. n° 98-87686 du 16 novembre 1999 WISSING** faux stagiaires de nationalité étrangère hôtellerie de plein air
- **Cass. crim. n° 09-87689 du 28 septembre 2010 LE CEDRE** faux stagiaires vendanges
- **Cass. crim. n° 11-85662 du 5 juillet 2012 ACTIONS LANGUES** faux stagiaires de nationalité étrangère restaurant

XI.2. Intermédiaire pour placement de salariés

- **Cass. crim. n° 03-86681 du 16 mars 2004 SACIP** participation à une opération de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre fausse Junior Entreprise conducteur de voitures
- **Cass. crim. n° 07-81043 du 3 mars 2009 EARL CIDRES** faux détachement de salariés de nationalité étrangère arboriculture

XI.3. Intermédiaire pour le placement de faux travailleurs indépendants

- **Cass. crim. n° 01-82290 du 2 octobre 2001 TSF** BTP
- **Cass. crim. n° 08-82843 du 9 décembre 2008 SIDROM** faux travailleurs indépendants détachés BTP
- **Cass. crim. n° 09-84998 du 15 mars 2011 NIPPONJIE** faux travailleurs indépendants japonais et coréens pour le sexage de volailles
-

XII. Société de domiciliation

Immatriculation d'un établissement secondaire

- **Cass. crim. n° 93-85460 du 23 mai 1995 EYMARD** travail dissimulé par omission de déclarer et d'immatriculer au RCS un établissement secondaire
- **Cass. crim. n° 94-85617 du 14 mai 1996 SILCO** travail dissimulé par omission de déclarer et d'immatriculer au RCS un établissement secondaire
- **Cass. crim. n° 05-85094 du 19 septembre 2006 PRESTIGE COUTURE** travail dissimulé par omission de déclarer et d'immatriculer au RCS un établissement secondaire

ANNEXES

Liste des annexes

.- Annexes relatives à la solidarité financière et à la vigilance du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage p.173

.- Annexes relatives aux obligations du donneur d'ordre p.207

.- Annexes relatives aux obligations du maître d'ouvrage p.217

.- Arrêté du 4 juin 2019 p.222

.-Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance p.223

.-Loi n° 73-548 du 27 juin 1973 modifiée relative à l'hébergement collectif p.228

. 16 propositions pour améliorer la mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage p.233

. Article en relation avec la mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage p.245

**ANNEXES RELATIVES A LA SOLIDARITE FINANCIERE ET A LA
VIGILANCE DU DONNEUR D'ORDRE ET DU MAÎTRE
D'OUVRAGE**

ANNEXES RELATIVES A LA SOLIDARITE FINANCIERE ET A LA VIGILANCE

1. Annexes relatives au travail illégal p.175

11. Annexes relatives à la solidarité financière directe p.175

111. Annexes relatives au travail dissimulé p.176

112. Annexes relatives à l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail p.181

12. Annexes relatives à la solidarité financière sur signalement d'un agent de contrôle habilité p.185

121. Annexes relatives au travail dissimulé p.186

122. Annexe relative à l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail p.189

2. Annexes relatives au dumping social p.192

21. Annexes relatives au salaire minimal légal ou conventionnel non respecté ou impayé p.193

22. Annexes relative au noyau dur de la législation du travail p.200

23. Annexes relatives à l'hébergement collectif indigne des salariés p.203

1. Annexes solidarité financière relatives au travail illégal

11. Annexes relatives à la solidarité financière directe

111. Annexes relatives au travail dissimulé p.177

ANNEXE 111-1. Recours à travail dissimulé**Périmètre et bénéficiaires de la solidarité financière directe****Article L.8222-2 du code du travail**

Sommes couvertes	Créanciers bénéficiaires
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 dissimulé, y compris sous un faux statut de bénévole, de stagiaire, de travailleur indépendant ou de détaché Le salarié étranger dissimulé et employé sans titre de travail peut opter pour la solidarité financière de l'article L.8254-2 du code du travail Une organisation syndicale peut se substituer au salarié 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 à travail dissimulé Solidarité financière directe (sous réserve verbalisation auteur du travail dissimulé)

Solidarité financière et vigilance à l'égard de l'entreprise cocontractante établie en France (article D.8222-5 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

Document(s) à se faire remettre par le cocontractant	Commentaire	Donneur d'ordre professionnel et particulier assimilé (hors usage personnel ou familial)
<p>Dans tous les cas:</p> <p>1)-Attestation de fourniture des déclarations sociales et de paiement des cotisations et contributions de sécurité sociale prévue à l'article L.243-15 du CSS émanant de l'organisme de protection sociale chargée du recouvrement des cotisations et des contributions</p>	<p>attestation datant de moins de 6 mois</p> <p>le donneur d'ordre vérifie en sus l'authenticité de l'attestation de fourniture et de paiement auprès de l'organisme qui l'a délivrée</p>	
<p>2)-Si obligation d'immatriculation au RCS ou au RM ou si profession règlementée:</p> <p>soit extrait K ou K bis du RCS</p> <p>soit carte d'identification justifiant de l'inscription au RM</p> <p>soit devis, document publicitaire ou correspondance professionnelle*</p> <p>soit récépissé du CFE pour l'entreprise cocontractante en cours de création</p>	<p>en cours de validité</p> <p>comportant des mentions obligatoires*</p>	<p>L'un ou l'autre de ces 4 documents</p> <p>Ce 2^{ème} document remis au donneur d'ordre s'ajoute le cas échéant au précédent 1), si immatriculation du cocontractant obligatoire au RCS ou au RM ou si exercice d'une profession règlementée</p>

***Mentions obligatoires :** nom ou dénomination sociale, adresse complète, numéro d'immatriculation au RCS ou au RM ou à une liste ou un tableau d'un ordre professionnel ou la référence de l'agrément délivré par l'autorité compétente

Nota La remise de ce(s) document(s) s'ajoute à celle du document remis au donneur d'ordre professionnel 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 à travail dissimulé Solidarité financière directe (sous réserve verbalisation auteur du travail dissimulé)

Solidarité financière et vigilance à l'égard de l'entreprise cocontractante établie en France (articles D-8222-4 et D-8222-5 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, puis tous les 6 mois

Document à se faire remettre par le cocontractant	Commentaire	Particulier donneur d'ordre pour son usage personnel ou familial
<p>1)-Attestation de fourniture des déclarations sociales et de paiement des cotisations et contributions de sécurité sociale prévue à l'article L.243-15 du CSS émanant de l'organisme de protection sociale chargée du recouvrement des cotisations et des contributions</p> <p>2)-Si obligation d'immatriculation au RCS ou au RM ou si profession réglementée:</p> <p>soit extrait K ou K bis du RCS</p> <p>soit carte d'identification justifiant de l'inscription au RM</p> <p>soit devis, document publicitaire ou correspondance professionnelle*</p> <p>soit récépissé du CFE pour l'entreprise cocontractante en cours de création</p>	<p>attestation datant de moins de 6 mois</p> <p>le donneur d'ordre vérifie en sus l'authenticité de l'attestation de fourniture et de paiement auprès de l'organisme qui l'a délivrée.</p> <p>en cours de validité</p> <p>comportant des mentions obligatoires*</p>	<p>Le particulier qui contracte pour son usage personnel ou familial se fait remettre l'un de ces 5 documents</p>

***Mentions obligatoires :** nom ou dénomination sociale, adresse complète, numéro d'immatriculation au RCS ou au RM ou à une liste ou un tableau d'un ordre professionnel ou la référence de l'agrément délivré par l'autorité compétente

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.)

ANNEXE 111-4. Recours à travail dissimulé 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 le cocontractant	Commentaire	Donneur d'ordre professionnel et particulier assimilé (hors usage personnel ou familial)
<p>Dans tous les cas :</p> <p>1)-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>2)-soit 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 l'Etat mentionnant être à jour de ses déclarations et du paiement des cotisations</p> <p>-soit (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 2) 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>3)-si obligation d'immatriculation à un registre professionnel dans l'Etat de domiciliation:</p> <ul style="list-style-type: none"> • soit document émanant des autorités tenant le registre professionnel ou document équivalent certifiant l'inscription • soit devis, document publicitaire ou professionnel* • soit document émanant de l'autorité habilitée à recevoir l'inscription au registre professionnel et attestant de la demande d'immatriculation 	<p>en cours de validité</p> <p>comportant des mentions obligatoires*</p> <p>datant de moins de 6 mois</p>	<p>Ce 3^{ème} 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 111-5 Recours à travail dissimulé 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 le cocontractant	Commentaire	Particulier donneur d'ordre pour son usage personnel ou familial
<p>1) Soit 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>2) -Soit 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 du pays de domiciliation le prévoit, attestation émanant de l'institution de sécurité sociale de pays mentionnant être à jour de ses déclarations et du paiement des cotisations</p> <p>-Soit (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>3) Si obligation d'immatriculation à un registre professionnel dans le pays de domiciliation:</p> <ul style="list-style-type: none"> • soit document émanant des autorités tenant le registre professionnel ou document équivalent certifiant l'inscription • soit devis, document publicitaire ou professionnel • soit document émanant de l'autorité habilitée à recevoir l'inscription au registre professionnel et attestant de la demande d'immatriculation 	<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 2) 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 p.182

ANNEXE 112-1. Recours à une entreprise qui emploie un salarié étranger sans titre de travail

Périmètre et bénéficiaires de la solidarité financière

Article L.8254-2 du code du travail

Sommets 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 employé sans titre de travail, y compris sous un faux statut de bénévole, de stagiaire, de travailleur indépendant ou de détaché</p> <p>Le salarié étranger employé sans titre de travail et dissimulé peut opter pour la solidarité financière de l'article L.8222-2 du code du travail</p> <p>Une organisation syndicale peut se substituer au salarié 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 solidarité financière théorique car le décret du 16 juin 2012 est incomplet et inachevé</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 qui emploie un salarié étranger sans titre de travail Solidarité financière directe

Solidarité financière et vigilance à l'égard de l'entreprise française ou étrangère cocontractante (articles D.8254-2, D.8254-3 et D.8254-5 du code du travail)

Donneur d'ordre professionnel (hors particulier donneur d'ordre)

- 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

Document à se faire remettre par le cocontractant	Commentaire	Donneur d'ordre professionnel
<p>1) soit, 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>2). soit, 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>Obligation identique pour le cocontractant établi en France et le cocontractant établi à l'étranger</p>

Nota La remise de ce document s'ajoute à celle du ou 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 qui emploie un salarié étranger sans titre de travail Solidarité financière directe

Solidarité financière et vigilance à l'égard de l'entreprise française ou étrangère cocontractante (articles D.8254-2, D.8254-3, D.8254-4 et D.8254-5 du code du travail)

Particulier donneur d'ordre (hors donneur d'ordre professionnel)

- Vérifications préventives à effectuer par le 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

Document à se faire remettre par le cocontractant	Commentaire	Particulier donneur d'ordre
<p>1) soit, 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>2). soit, 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>Obligation identique pour le cocontractant établi en France et le cocontractant établi à l'étranger</p> <p>La remise du document s'effectue 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 p.186

ANNEXE 121-1. Recours à travail dissimulé 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**

Sommes couvertes	Créanciers bénéficiaires
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 dissimulé, y compris sous un faux statut de bénévole, de stagiaire, de travailleur indépendant ou de détaché Le salarié étranger dissimulé et employé sans titre de travail peut opter pour la solidarité financière de l'article L.8254-2 du code du travail Une organisation syndicale peut se substituer au salarié 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 à travail dissimulé 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 qui n'est pas cocontractant du MO	Quelle que soit la forme du travail dissimulé Entreprise cocontractante établie 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
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	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 à travail dissimulé 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 cocontractante d'un DOP	Quelle que soit la forme du travail dissimulé Entreprise cocontractante établie en France ou à l'étranger
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 (étape 3) son cocontractant, le DOP relève de plein droit de la solidarité financière	
7) A défaut d'avoir informé l'agent de contrôle (étape 5) 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 p.190

ANNEXE 122.1. Recours à une entreprise 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 employé sans titre de travail, y compris sous un faux statut de bénévole, de stagiaire, de travailleur indépendant ou de détaché</p> <p>Le salarié étranger employé sans titre de travail et dissimulé peut opter pour la solidarité financière de l'article L.8222-2 du code du travail</p> <p>Une organisation syndicale peut se substituer au salarié 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 solidarité financière théorique car le décret du 16 juin 2012 est incomplet et inachevé</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 qui emploie un salarié étranger sans titre de travail Donneur d'ordre (DO) et cocontractant du donneur d'ordre

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 donneur d'ordre

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 de résultat de faire cesser l'emploi du salarié étranger 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 111-1 et suivantes)

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.193

22 Annexes relatives au noyau dur de la législation du travail p.200

23 Annexes relatives à l'hébergement collectif indigne des salariés p.203

2. Annexes solidarité financière et vigilance relatives au dumping social

21. Annexes relatives au salaire minimal légal ou conventionnel non respecté ou impayé

211. Annexe L.1262-4-3 du code du travail *entreprise étrangère (loi Macron)* p.194

212. Annexe L.3245-2 du code du travail *entreprise établie en France (loi Savary)* p.196

213. Annexe L.8281-1 du code du travail *toute entreprise (loi Savary)* p.198

ANNEXE 211-1. Recours à une entreprise étrangère Salaire minimal légal ou conventionnel 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
Salaire inférieur au SMIC ou au minimum conventionnel,	Salarié détaché, dissimulé ou non Une organisation syndicale peut se substituer au salarié et saisir d'initiative le conseil de prud'hommes, si le salarié, informé, ne s'y est pas opposé
Rappel de salaires (uniquement sur la base de ces deux montants ?) : .- heures normales non payées .- heures supplémentaires non payées	Salarié détaché, dissimulé ou non Une organisation syndicale peut se substituer au salarié et saisir d'initiative le conseil de prud'hommes, si le salarié, informé, ne s'y est pas opposé
Indemnités Indemnités visées par l'alinéa 2 de l'article L.1262-4-3, mais non visées par l'alinéa 1 ^{er} de cet article (problème de cohérence rédactionnelle ?)	Salarié détaché, dissimulé ou non Quelles indemnités? 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
Charges dues (aux organismes de protection sociale): .- cotisations et contributions sociales : oui .- pénalités ? .- majorations ?	Régime de base : Urssaf, MSA, CGSS, Enim... Caisse de retraite complémentaire Pôle Emploi

**ANNEXE 211-2 Recours à une entreprise étrangère Salaire minimal légal ou conventionnel 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
<p>1) 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</p>	<p>Uniquement employeur établi à l'étranger</p> <p>Inclu a priori le non paiement des heures supplémentaire</p> <p>Nécessite de voir préalablement le bulletin de paie</p>
<p>2) Il informe par écrit le MO ou le DO que cette entreprise étrangère, cocontractante ou non, ne respecte pas ce paiement légal ou conventionnel</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>3) 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</p>	<p>Par précaution, lettre recommandée avec accusé de réception</p> <p>Faire cesser la situation ne signifie pas régulariser le passé et effectuer des rappels de salaire</p>
<p>4) L'entreprise étrangère dispose d'un délai de 7 jours pour régulariser la situation</p>	<p>Régularisation pour l'avenir (et rappel de salaire pour le passé ?) Expression ambiguë.</p>
<p>5) L'entreprise étrangère, ou le DO de celui-ci, informe dans ce délai le MO de la régularisation</p>	
<p>6) 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</p>	
<p>7) Si l'entreprise étrangère ne régularise pas dans le délai, le MO ou le DO doit dénoncer le contrat de prestation de services</p>	<p>Pas de délai pour dénoncer le contrat de prestation de services</p> <p>Quel contrat de prestation de services est à dénoncer si le MO et le DO n'ont pas cocontracté avec l'entreprise étrangère défaillante ?</p>
<p>8) 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.</p>	<p>Obligation de résultat</p> <p>Mais pour payer quels rappels de salaires et d'indemnités et les cotisations dues sur ces rappels de salaire. Et sur quelle période ?</p> <p>A contrario, sont exclus les salariés détachés hors contrat de prestation de services : mobilité intragroupe et pour compte propre</p> <p>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 ?</p>

Cette procédure et cette solidarité peuvent se combiner avec la procédure décrite à l'annexe 211-6. Infra

ANNEXE 211-3. Recours à une entreprise établie en France Salaire minimal légal ou conventionnel ou salaire impayé Maître d'ouvrage (MO) et donneur d'ordre (DO)

Périmètre et bénéficiaires de la solidarité financière

Articles L.3245-2, R.3245-1 et suivants du code du travail (loi Savary)

Sommes couvertes	Créanciers bénéficiaires
Salaire inférieur au SMIC ou au minimum conventionnel,	Tout salarié, dissimulé ou non Une organisation syndicale peut se substituer au salarié et saisir d'initiative le conseil de prud'hommes, si le salarié, informé, ne s'y est pas opposé
Rappel de salaires (uniquement sur la base de ces deux montants ?) : .- heures normales non payées .- heures supplémentaires non payées	Tout salarié, dissimulé ou non Une organisation syndicale peut se substituer au salarié et saisir d'initiative le conseil de prud'hommes, si le salarié, informé, ne s'y est pas opposé
Indemnités Indemnités visées par l'alinéa 2 de l'article L.1262-4-3, mais non visées par l'alinéa 1 ^{er} de cet article (problème de cohérence rédactionnelle ?)	Tout salarié, dissimulé ou non Quelles indemnités? Une organisation syndicale peut se substituer au salarié et saisir d'initiative le conseil de prud'hommes, si le salarié, informé, ne s'y est pas opposé
Charges dues (aux organismes de protection sociale ?): .- cotisations et contributions sociales ? .- pénalités ? .- majorations ?	Régime de base : Urssaf, MSA, CGSS, Enim... Caisse de retraite complémentaire Pôle Emploi

ANNEXE 211-4. Recours à une entreprise établie en France Salaire minimal légal ou conventionnel ou salaire impayé Maître d'ouvrage (MO) et donneur d'ordre (DO)

Articles L.3245-2, R.3245-1 et suivants du code du travail (loi Savary)

Cette procédure s'applique à l'entreprise établie 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
<p>1) 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 d'une entreprise cocontractante du MO ou du DO, ou d'une autre entreprise de la chaîne de sous-traitance</p>	<p>Entreprise établie en France</p> <p>Inclu a priori le non paiement des heures supplémentaire</p> <p>Nécessite de voir préalablement le bulletin de paie</p>
<p>2) Il informe par écrit le MO ou le DO que cette entreprise, cocontractante ou non, ne respecte pas ce paiement légal ou conventionnel</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>3) Le MO ou le DO enjoint aussitôt à l'entreprise défaillante, cocontractante ou non, de faire cesser cette situation</p>	<p>Par précaution, lettre recommandée avec accusé de réception</p> <p>Faire cesser la situation ne signifie pas régulariser le passé et effectuer des rappels de salaire</p>
<p>4) L'entreprise défaillante informe dans un délai de 7 jours le MO ou le DO des mesures prises pour régulariser la situation</p>	<p>Régulariser la situation ne signifie pas régulariser le passé et effectuer des rappels de salaire</p> <p>Simple information ; pas de transmission de documents justificatifs. Donc pas de transmission de bulletin de salaire</p>
<p>5) Le MO ou le DO transmet aussitôt une copie de cette information à l'agent de contrôle</p>	
<p>6) A défaut de réponse de l'entreprise défaillante dans le délai de 7 jours, le MO ou le DO en informe également aussitôt l'agent de contrôle</p>	
<p>7) Si le MO ou le DO ne respecte pas les étapes 3, 5 et 6, il relève de plein droit de la solidarité financière</p>	<p>Simple obligation de moyen pour s'exonérer de la solidarité financière</p>
<p>8) L'agent de contrôle informe le salarié qu'il peut saisir le conseil de prud'hommes.</p>	<p>Le salarié ne reçoit de la part de l'agent de contrôle aucun document rédigé ou établi en application de cette procédure</p>

Cette procédure et cette solidarité peuvent se combiner avec la procédure décrite à l'annexe 211-6. infra

ANNEXE 211-5. Recours à toute entreprise Salaire minimal légal ou conventionnel 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)

Sommes couvertes	Créanciers bénéficiaires
Salaire inférieur au SMIC ou au minimum conventionnel (y compris non étendu ?),	Aucun salarié, car simple obligation de vigilance, sans solidarité financière Obligation de moyen sans conséquence civile Contravention de 5ème classe si MO ou DO défaillant
Rappel de salaires (uniquement sur la base de ces deux montants minima?) : .- heures normales non payées .- heures supplémentaires non payées	Aucun salarié, car simple obligation de vigilance, sans solidarité financière Obligation de moyen sans conséquence civile Contravention de 5ème classe si MO ou DO défaillant
Indemnités Indemnités visées par l'alinéa 2 de l'article L.1262-4-3, mais non visées par l'alinéa 1 ^{er} de cet article (problème de cohérence rédactionnelle)	Aucun salarié, car simple obligation de vigilance, sans solidarité financière Obligation de moyen sans conséquence civile Contravention de 5ème classe si MO ou DO défaillant
Remise du bulletin de paie	Aucun salarié, car simple obligation de vigilance, sans solidarité financière Obligation de moyen sans conséquence civile Contravention de 5ème classe si MO ou DO défaillant
Charges dues (aux organismes de protection sociale ?): .- cotisations et contributions sociales ? .- pénalités ? .- majorations ?	Aucun organisme de protection sociale bénéficiaire, car non visé par l'article L.8281-1 du code du travail

ANNEXE 211-6. Recours à toute entreprise Salaire minimal légal ou conventionnel 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 toute 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>1) Un agent de contrôle habilité (L.8271-1-2 du code du travail) constate une infraction relative : .- au salaire minimum .- au paiement du salaire, y compris les majorations pour les heures supplémentaires, 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>2) 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>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</p>	<p>Par précaution, lettre recommandée avec accusé de réception</p> <p>Faire cesser le non respect de la loi ne signifie pas régulariser le passé et effectuer des rappels de salaire</p>
<p>4) 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>Faire cesser la situation ne signifie pas effectuer des rappels de salaire Idem pour régulariser</p> <p>Simple information ; pas de transmission de documents justificatifs. Donc pas de transmission de bulletin de salaire</p>
<p>5) Le MO ou le DO transmet aussitôt une copie de cette information à l'agent de contrôle</p>	
<p>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</p>	
<p>7) Si le MO ou le DO ne respecte pas les étapes 3, 5 et 6, il est passible d'une contravention de 5^{ème} classe</p>	<p>Simple obligation de moyen 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 l'une des 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)

Noyau dur couvert	Bénéficiaires/conséquences
.1) les libertés individuelles et collectives,	Aucun salarié, car simple obligation de vigilance, sans conséquence civile ou autre pour le salarié Obligation de moyen Contravention de 5è classe si MO ou DO défaillant
.2) les discriminations et l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes,	Mise en cause pénale éventuelle pour complicité ?
.3) la maternité et les congés pour événements familiaux,	Idem 1)
.4) le travail temporaire,	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,	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. Recours à 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 une infraction 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 Faire cesser le non respect de la loi ne signifie pas régulariser le passé
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	Faire cesser la situation ne signifie pas régulariser le passé Comment régulariser l'exercice du droit de grève ? 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 les étapes 3, 5 et 6 , il est passible d'une contravention de 5 ^{ème} classe	Simple obligation de moyen 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 l'une des 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

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 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	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 défaillant 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 de résultat
5) L'entreprise informe dans un délai de 24h le MO ou le DO des mesures prises pour faire cesser la situation	Obligation de résultat 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 de résultat
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

ANNEXES RELATIVES AUX OBLIGATIONS DU DONNEUR D'ORDRE³⁰⁰

³⁰⁰ Si le donneur d'ordre a la qualité de maître d'ouvrage, s'ajoutent ses autres obligations en cette qualité *voir infra p.217*.

Obligations spontanées ou d'initiative du donneur d'ordre³⁰¹

.A Obligations de droit commun

Vérifications solidarité financière et travail dissimulé

.- si contrat commercial égal ou supérieur à 5 000 euros HT, remise, initiale et périodique, des documents prévus par le code du travail ; à défaut, application de la solidarité financière (*voir annexes supra p.177 et suivantes*)

Vérifications solidarité financière et emploi d'un salarié étranger sans titre de travail

.- si contrat commercial égal ou supérieur à 5 000 euros HT, remise, initiale et périodique, de la liste nominative prévue par le code du travail ; à défaut application de la solidarité financière (*voir annexes supra p.181 et suivantes*)

Demande d'agrément de son sous-traitant

.- demande au maître d'ouvrage l'agrément de son (ses) sous-traitant(s)

Hébergement collectif de salariés

.- si le donneur d'ordre assure l'hébergement collectif de salariés, déclaration de l'hébergement à la préfecture et à l'inspection du travail, dans les trente jours de son ouverture

.B. Obligations spécifiques si recours à une entreprise étrangère

Vérification de la déclaration de détachement du salarié à effectuer par l'entreprise étrangère cocontractante (*voir tableau infra p.214*)³⁰²

.- vérifie, avant le détachement du salarié, l'accomplissement de la déclaration auprès de l'inspection du travail, mais uniquement si le détachement s'effectue dans le cadre d'une prestation de services internationale³⁰³ et à condition que l'entreprise étrangère n'en soit pas dispensée (cf arrêté ministériel du 4 juin 2019 *voir infra p.222*) ou qu'elle n'ait pas bénéficié d'une autorisation administrative individuelle aménageant les modalités de la déclaration de détachement (texte d'application non publié à ce jour) ; la vérification s'opère par la remise de l'accusé de réception délivré par l'application SIPSI

³⁰¹ S'appliquent au maître d'ouvrage, lorsqu'il est donneur d'ordre.

³⁰² Sauf particulier donneur d'ordre pour son usage personnel ou familial.

³⁰³ L'article L.1262-4-1 du code du travail ne vise pas la prestation pour compte propre, ni la mobilité internationale intragroupe.

.- joint une copie, soit au registre unique du personnel de son établissement d'accueil, (soit tient une copie sur chaque chantier ou lieu de travail distinct de l'établissement d'accueil *ajouté par le décret du 30 mars 2015*)

.- à défaut de vérification et de déclaration initiale, procède, dans les 48 h. du détachement à une déclaration de substitution auprès de l'inspection du travail³⁰⁴ (en principe par l'application SIPSI depuis le 1^{er} octobre 2016, mais opérationnel à la mi juillet 2019 ?)

Vérification de l'attestation de détachement³⁰⁵ du salarié à établir par l'entreprise étrangère de transport roulant ou navigant cocontractante (*voir tableau infra p.215*)³⁰⁶

.- vérifie, avant le détachement du salarié, le respect de la rédaction de l'attestation de détachement par le transporteur, en lui demandant un exemplaire

.- à défaut de vérification, établit lui-même l'attestation 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

.- à défaut de vérification, 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 supra p.192 et suivantes*)

Vérification de la désignation à effectuer par l'entreprise étrangère cocontractante de son représentant en France³⁰⁷

.- vérifie, avant le détachement du salarié, l'accomplissement de la désignation du représentant de l'entreprise étrangère en France, désormais incluse dans la déclaration de détachement et dans l'attestation de détachement, mais uniquement si le détachement s'effectue dans le cadre d'une prestation de services internationale³⁰⁸ et à condition que l'entreprise étrangère n'en soit pas dispensée (cf arrêté ministériel du 4 juin 2019 *voir infra p.222*) ou qu'elle n'ait pas bénéficié d'une autorisation administrative individuelle aménageant la désignation de son représentant en France (texte d'application non publié à ce jour)

³⁰⁴ L'article L.1262-4-1 du code du travail mentionne l'inspection du travail ; l'article R.1263-13 mentionne l'unité départementale.

³⁰⁵ Se substitue à la déclaration de détachement.

³⁰⁶ Sauf particulier donneur d'ordre pour son usage personnel ou familial.

³⁰⁷ Idem.

³⁰⁸ L'article L.1262-4-1 du code du travail ne vise pas la prestation pour compte propre, ni la mobilité internationale intragroupe.

Vérification du paiement de l'amende administrative éventuellement due par l'entreprise étrangère cocontractante

- 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 et L.8115-1 du code du travail³⁰⁹ (pas de vérification si l'entreprise étrangère intervient pour son propre compte ou détache un salarié dans le cadre d'une mobilité internationale intragroupe)
- vérification réputée satisfaite par la remise au donneur d'ordre d'une attestation sur l'honneur établie par le représentant légal de l'entreprise étrangère

Obligation de présenter le certificat de détachement

- 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
- présentation immédiate du formulaire ou dans les deux mois, si présentation lors du contrôle d'un justificatif de la demande du formulaire

Déclaration d'accident du travail du salarié détaché de l'entreprise étrangère cocontractante (voir tableau infra p.216)

- 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, d'une mobilité internationale intragroupe ou d'un salarié intérimaire³¹⁰
- lorsque le salarié détaché est affilié à la sécurité sociale française (pas de certificat de détachement), déclare à la sécurité sociale française (CPAM, MSA, ENIM, CGSS) et 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, d'une mobilité internationale intragroupe ou d'un salarié intérimaire³¹¹

³⁰⁹ 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.

³¹⁰ La déclaration d'accident du travail d'un salarié détaché dans le cadre d'une prestation pour compte propre est effectuée par son employeur.

³¹¹ La déclaration d'accident du travail d'un salarié détaché dans le cadre d'une prestation pour compte propre est effectuée par son employeur.

Recours à une entreprise de travail temporaire établie à l'étranger

.- 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 français

Recours à une entreprise de travail temporaire établie à l'étranger

.- **jusqu'au 30 juillet 2020**³¹² si le donneur d'ordre est lui-même une entreprise étrangère non établie en France qui recourt à une entreprise de travail temporaire elle-même établie à l'étranger, il envoie à l'inspection du travail³¹³ du lieu du détachement du salarié intérimaire une déclaration préalable attestant que l'ETT a connaissance du détachement de son salarié en France et qu'elle a connaissance de la législation française applicable ; la déclaration est adressée avant le détachement et par tout moyen permettant de conférer date certaine à cet envoi

.- **à compter du 30 juillet 2020**³¹⁴

⇒ 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 applicables à ce salarié détaché (un arrêté du ministre du travail va fixer la liste de ces informations)

⇒ si le donneur d'ordre est une entreprise étrangère 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

³¹² En application du I de l'article 7 de l'ordonnance Travail du 20 février 2019.

³¹³ L'article L.1262-2-1 du code du travail mentionne l'inspection du travail ; l'article R.1263-8-1 mentionne l'unité départementale de la Direccte.

³¹⁴ En application du I de l'article 7 de l'ordonnance Travail du 20 février 2019.

Diligences du donneur d'ordre³¹⁵ à la suite d'un signalement d'un agent de contrôle

.A. Diligences de droit commun

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 l'entreprise étrangère cocontractante 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 cette entreprise 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 annexe supra p.188*)

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 l'entreprise étrangère cocontractante au titre de la solidarité financière s'il n'a pas enjoint à cette entreprise 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 travail³¹⁶ (*voir annexes supra p.189 et suivantes*)

Non respect du SMIC ou du salaire conventionnel ou salaire impayé par une entreprise établie en France article L.3245-2 du code du travail

.- est tenu par les rappels de rémunération, et le paiement des cotisations et contributions sociales afférentes, due au salarié qui ne perçoit pas le SMIC ou le salaire minimal conventionnel ou qui ne perçoit pas la totalité de son salaire, dès lors qu'il n'a pas enjoint à l'entreprise établie en France, cocontractante ou non, de faire cesser la situation ou dès lors qu'il n'a pas informé dans un délai de 7 jours l'agent de contrôle habilité en matière de travail illégal, visé à l'article L.8271-1-2 du code du travail, qui a porté cette situation à sa connaissance (*voir annexes supra p.196 et suivantes*)

³¹⁵ S'appliquent au maître d'ouvrage, lorsqu'il est donneur d'ordre.

³¹⁶ L'article L.8254-2-1 aurait dû viser l'article L.8271-17 du code du travail.

Non respect du noyau dur du code du travail par toute entreprise article L.8281-1 du code du travail

.- est passible de la contravention de 5^{ème} classe lorsqu'il n'a pas enjoint à l'entreprise, cocontractante ou non, de faire cesser ce manquement dans un délai de 24 h, après un signalement d'un agent de contrôle habilité en matière de travail illégal, visé à l'article L.8271-1-2 du code du travail, ou lorsqu'il n'a pas tenu informé cet agent de contrôle dans un délai de 15 jours ou lorsqu'il n'a pas informé cet agent dans un délai de 17 jours de l'absence de réponse de l'entreprise (*voir annexes supra p.200 et suivantes*)

Hébergement collectif indigne de salariés article L.4231-1 du code du travail

.- prend en charge l'hébergement collectif indigne de salariés, 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 supra p.203 et suivantes*)

.B. Diligence spécifique si recours à une entreprise étrangère**Non respect du SMIC ou du salaire conventionnel ou salaire impayé par une entreprise établie à l'étranger 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 qu'il n'a pas enjoint à l'entreprise étrangère, cocontractante ou non, de régulariser, ou dès lors que cette entreprise n'a pas régularisé ce paiement dans un délai de 7 jours à compter du signalement d'un agent de contrôle habilité en matière de travail illégal, visé à l'article L.8271-1-2 du code du travail, et que le contrat de prestation de services n'a pas été dénoncé (*voir annexes supra p.194 et suivante*)

Vérification préalable par le donneur d'ordre du respect de la déclaration de détachement par l'entreprise étrangère cocontractante (sous réserve que cette déclaration ne soit pas supprimée ou aménagée)

Donneur d'ordre professionnel³¹⁷ et particulier assimilé à un professionnel (hors usage personnel ou familial)

Contracte avec une entreprise étrangère de droit commun				
Lorsqu'il contracte avec une entreprise étrangère prestataire de services qui détache un salarié ³¹⁸	.- Vérifie le respect de la déclaration avant le début du détachement du salarié de son cocontractant .- Joins une copie de la déclaration de détachement à son RUP	Par la remise 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 ³¹⁹ .- Contravention de 4 ^{ème} classe si non annexée 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 ³²⁰	A défaut de s'être fait remettre l'accusé de réception de la déclaration délivré par l'application SIPSI	Procède à la déclaration ³²¹ par SIPSI ³²² 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 ³²³	.- Amende administrative si défaut de déclaration de substitution ³²⁴ .- Suspension de la réalisation de la prestation de services ³²⁵

³¹⁷ Et le maître d'ouvrage lorsqu'il est donneur d'ordre.

³¹⁸ Ne s'applique pas l'entreprise étrangère qui effectue une prestation pour compte propre ou qui détache un salarié en mobilité internationale intragroupe.

³¹⁹ Procédure exclusivement initiée par l'inspection du travail et sanction prononcée de façon discrétionnaire par le Direccte ou le Dieccte.

³²⁰ Ne s'applique pas l'entreprise étrangère qui effectue une prestation pour compte propre ou qui détache un salarié en mobilité internationale intragroupe.

³²¹ Modèle fixé par arrêté du ministre chargé du travail.

³²² En principe possible depuis le mois d'octobre 2016, mais opérationnel à la mi juillet 2019 ?

³²³ A compter du 1^{er} octobre 2016.

³²⁴ Procédure exclusivement initiée par l'inspection du travail et sanction prononcée de façon discrétionnaire par le Direccte ou le Dieccte.

³²⁵ Un mois maximum, sur rapport de l'inspection du travail..

Vérification préalable par le donneur d'ordre du respect de l'attestation de détachement à rédiger par son cocontractant établi à l'étranger

Donneur d'ordre professionnel³²⁶ et particulier assimilé à un professionnel (hors usage personnel ou familial)

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 ³²⁷	.- Vérifie le respect de la rédaction de l'attestation par le transporteur ³²⁸	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, et auprès de la gendarmerie et de la police	.- Amende administrative, si défaut de vérification

Attestation de détachement et mesures de substitution

Contracte avec une entreprise étrangère de transport roulant ou navigant			
Lorsqu'il contracte avec une entreprise étrangère prestataire de services qui détache un salarié ³²⁹	A défaut de s'être fait remettre la copie de l'attestation	<p>.- Remplit lui-même l'attestation via l'application SIPSI dans les 48h. du début du détachement³³⁰, si détachement en mobilité intragroupe ou par une ETT ; remise d'un exemplaire au salarié, tenue d'un exemplaire à bord du moyen de transport</p> <p>.- Est informé³³¹ 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, L.4231-1 et L.8281-1 du code du travail³³²</p>	<p>.- Amende administrative, si défaut attestation de substitution</p> <p>.- Sanctions spécifiques prévues par chacun de ces 3 articles du code du travail</p>

³²⁶ Et le maître d'ouvrage lorsqu'il est donneur d'ordre.

³²⁷ Ne s'applique pas l'entreprise étrangère qui effectue une prestation pour compte propre ou qui détache un salarié en mobilité internationale intragroupe.

³²⁸ Le moment de la vérification n'est pas précisé par les textes.

³²⁹ Ne s'applique pas l'entreprise étrangère qui effectue une prestation pour compte propre ou qui détache un salarié en mobilité internationale intragroupe.

³³⁰ En principe possible depuis le mois d'octobre 2016, mais opérationnel à la mi juillet 2019 ?

³³¹ Pas de précision sur le contenu de l'information.

³³² Voir supra p.71 et suivantes.

Déclaration d'accident du travail d'un salarié détaché

Salarié en emploi direct (pour information)	Salarié détaché avec certificat de détachement (non assujetti à la législation française)	Salarié détaché sans certificat de détachement (assujetti à la législation française)
Personne déclarante		
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 ³³³ , si salarié détaché dans le cadre d'une PSI .- l'entreprise d'accueil (?) si salarié détaché en mobilité intragroupe ³³⁴ .- 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 ³³⁵ , si salarié détaché dans le cadre d'une PSI .- l'entreprise d'accueil (?) si salarié détaché en mobilité intragroupe ³³⁶ .- l'employeur si salarié détaché pour réaliser une prestation pour compte propre

Destinataire de la déclaration		
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	.- 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

Modalités de la déclaration		
.- 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 vingt quatre heures 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.

Sanction		
contravention de 5 ^{ème} classe 1 500 euros	amende administrative 4 000 euros	amende administrative de 4 000 euros et/ou contravention de 5 ^{ème} classe?

³³³ 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.

³³⁴ Idem ; et à condition de considérer l'entreprise d'accueil comme un donneur d'ordre bénéficiant d'une PSI.

³³⁵ Idem.

³³⁶ Idem ; et à condition de considérer l'entreprise d'accueil comme un donneur d'ordre bénéficiant d'une PSI.

**ANNEXES RELATIVES AUX OBLIGATIONS DU MAITRE
D'OUVRAGE³³⁷**

³³⁷ S'ajoutent aux obligations relatives à sa qualité de donneur d'ordre.

Obligations spontanées ou d'initiative du maître d'ouvrage

.A. Obligation de droit commun

Hébergement collectif de salariés

.- si le maître d'ouvrage assure l'hébergement collectif de salariés, déclaration de l'hébergement à la préfecture et à l'inspection du travail, dans les trente jours de son ouverture

.B. Obligations spécifiques si bénéficie de l'intervention d'une entreprise étrangère

Vérification du respect de la déclaration de détachement du salarié à effectuer par toute entreprise étrangère sous-traitante (*voir tableau infra p.221*)

.- 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, sous réserve que l'entreprise étrangère n'en soit pas dispensée (*voir infra arrêté du 4 juin 2019 p.222*) ou qu'elle bénéficie d'un aménagement en zone frontalière ; pas de précision sur la nature de la vérification et du document demandé

Vérification du respect de la déclaration de détachement du salarié intérimaire à effectuer par toute entreprise de travail temporaire étrangère (*voir tableau infra p.221*)

.- vérifie avant le début du détachement que chaque entreprise de travail temporaire étrangère qui a mis à disposition un salarié intérimaire auprès de l'une des entreprises étrangères sous-traitantes qu'il a agréées a procédé à la déclaration de détachement de cet intérimaire ; pas de précision sur la nature de la vérification et du document demandé

Affichage de la réglementation sociale applicable au salarié détaché

.- sur les chantiers du bâtiment ou de génie civil visés à l'article L.4532-10 du code du travail³³⁸, 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 (décret d'application à paraître)

³³⁸ 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.

Diligences du maître d'ouvrage à la suite d'un signalement d'un agent de contrôle

.A. Diligences de droit commun

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 établie à l'étranger, 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 supra p.186 et suivantes***)

Non respect du SMIC ou du salaire conventionnel ou salaire impayé par une entreprise établie en France article L.3245-2 du code du travail

.- est tenu par les rappels de rémunération, et le paiement des cotisations et contributions sociales afférentes, due au salarié qui ne perçoit pas le SMIC ou le salaire minimal conventionnel ou qui ne perçoit pas la totalité de son salaire, dès lors qu'il n'a pas enjoint à l'entreprise établie en France, cocontractante ou non, de faire cesser la situation ou dès lors qu'il n'a pas informé dans un délai de 7 jours l'agent de contrôle habilité en matière de travail illégal, visé à l'article L.8271-1-2 du code du travail, qui a porté cette situation à sa connaissance (***voir annexes supra p.196 et suivantes***)

Non respect du noyau dur du code du travail par toute entreprise article L.8281-1 du code du travail

.- est passible de la contravention de 5^{ème} classe, lorsqu'il n'a pas enjoint à l'entreprise, cocontractante ou non, de faire cesser ce manquement dans un délai de 24 h, après un signalement d'un agent de contrôle habilité en matière de travail illégal, visé à l'article L.8271-1-2 du code du travail, ou lorsqu'il n'a pas tenu informé cet agent de contrôle dans un délai de 15 jours ou lorsqu'il n'a pas informé cet agent dans un délai de 17 jours de l'absence de réponse de l'entreprise (***voir annexes supra p.200 et suivantes***)

Hébergement collectif indigne de salariés article L.4231-1 du code du travail

.- prend en charge l'hébergement collectif indigne de salariés, dès lors que l'hébergeur des 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 supra p.203 et suivantes***)

.B. Diligences spécifiques s'il bénéficie de l'intervention d'une entreprise étrangère**Non respect du SMIC ou du salaire conventionnel ou salaire impayé par une entreprise étrangère 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 qu'il n'a pas enjoint à l'entreprise étrangère, cocontractante ou non, de régulariser, ou dès lors que cette entreprise n'a pas régularisé ce paiement dans un délai de 7 jours à compter du signalement d'un agent de contrôle habilité en matière de travail illégal, visé à l'article L.8271-1-2 du code du travail, et que le contrat de prestation de services n'a pas été dénoncé (***voir annexes supra p.194 et suivantes***)

Tableau de vérification préalable³³⁹ 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)³⁴⁰ (sous réserve que cette déclaration ne soit pas supprimée ou aménagée)

.- Quelle que soit la nature de l'activité économique de l'entreprise sous-traitante agréée, sauf secteur transport roulants ou navigants	.- A l'égard de chaque entreprise étrangère sous-traitante qu'il a agréée .- A l'égard de chaque ETT étrangère qui détache un salarié intérimaire auprès de l'un de ces sous-traitants agréés ³⁴¹	.- Vérifie avant le détachement que chacune de ces entreprises agréées a procédé à la déclaration de détachement de son salarié .-Modalités de vérification non précisées ³⁴²	Contrôle par l'inspection du travail ³⁴³	Amende administrative ³⁴⁴
---	---	---	---	--------------------------------------

³³⁹ Lorsqu'il n'est pas également donneur d'ordre et en sus de ses obligations de donneur d'ordre.

³⁴⁰ 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.

³⁴¹ Comment le maître d'ouvrage a connaissance de ce détachement ?

³⁴² Décret d'application sans doute nécessaire bien que non expressément prévu par la loi.

³⁴³ Pas de compétence des autres agents de contrôle habilités de l'article L.8271-1-2 du code du travail.

³⁴⁴ Procédure exclusivement initiée par l'inspection du travail et sanction prononcée de façon discrétionnaire par le Direccte ou 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 Pénicaud

Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance

Titre I : Dispositions générales.

Article 1 (modifié par Ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 - art. 7)

Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage.

Article 2

Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants.

Article 3

L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande.

Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant.

Titre II : Du paiement direct.

Article 4

Le présent titre s'applique aux marchés passés par l'Etat, les collectivités locales, les établissements et entreprises publics.

Article 5 (modifié par Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 - art. 7 JORF 12 décembre 2001)

Sans préjudice de l'acceptation prévue à l'article 3, l'entrepreneur principal doit, lors de la soumission, indiquer au maître de l'ouvrage la nature et le montant de chacune des prestations qu'il envisage de sous-traiter, ainsi que les sous-traitants auxquels il envisage de faire appel.

En cours d'exécution du marché, l'entrepreneur principal peut faire appel à de nouveaux sous-traitants, à la condition de les avoir déclarés préalablement au maître de l'ouvrage.

Article 6 (modifié par Ordonnance 2000-916 2000-09-19 art. 5 V JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002 ; modifié par Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 - art. 6 JORF 12 décembre 2001)

Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution.

Toutefois les dispositions de l'alinéa précédent ne s'appliquent pas lorsque le montant du contrat de sous-traitance est inférieur à un seuil qui, pour l'ensemble des marchés prévus au présent titre, est fixé à 600 euros ; ce seuil peut être relevé par décret en Conseil d'Etat en

fonction des variations des circonstances économiques. En-deçà de ce seuil, les dispositions du titre III de la présente loi sont applicables.

En ce qui concerne les marchés industriels passés par le ministère de la défense, un seuil différent peut être fixé par décret en Conseil d'Etat.

Ce paiement est obligatoire même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites.

Le sous-traitant qui confie à un autre sous-traitant l'exécution d'une partie du marché dont il est chargé est tenu de lui délivrer une caution ou une délégation de paiement dans les conditions définies à l'article 14.

Article 7

Toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite.

Article 8

L'entrepreneur principal dispose d'un délai de quinze jours, comptés à partir de la réception des pièces justificatives servant de base au paiement direct, pour les revêtir de son acceptation ou pour signifier au sous-traitant son refus motivé d'acceptation.

Passé ce délai, l'entrepreneur principal est réputé avoir accepté celles des pièces justificatives ou des parties de pièces justificatives qu'il n'a pas expressément acceptées ou refusées.

Les notifications prévues à l'alinéa 1er sont adressées par lettre recommandée avec accusé de réception.

Article 9

La part du marché pouvant être nantie par l'entrepreneur principal est limitée à celle qu'il effectue personnellement.

Lorsque l'entrepreneur envisage de sous-traiter une part du marché ayant fait l'objet d'un nantissement, l'acceptation des sous-traitants prévue à l'article 3 de la présente loi est subordonnée à une réduction du nantissement à concurrence de la part que l'entrepreneur se propose de sous-traiter.

Article 10

Le présent titre s'applique :

aux marchés sur adjudication ou sur appel d'offres dont les avis ou appels sont lancés plus de trois mois après la publication de la présente loi ;

aux marchés de gré à gré dont la signature est notifiée plus de six mois après cette même publication.

Titre III : De l'action directe.

Article 11

Le présent titre s'applique à tous les contrats de sous-traitance qui n'entrent pas dans le champ d'application du titre II.

Article 12 (modifié par Loi n°94-475 du 10 juin 1994 - art. 5 JORF 11 juin 1994 en vigueur au plus tard le 1er octobre 1994)

Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance ; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de

l'ouvrage.

Toute renonciation à l'action directe est réputée non écrite.

Cette action directe subsiste même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites.

Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 1799-1 du code civil sont applicables au sous-traitant qui remplit les conditions édictées au présent article.

Article 13

L'action directe ne peut viser que le paiement correspondant aux prestations prévues par le contrat de sous-traitance et dont le maître de l'ouvrage est effectivement bénéficiaire.

Les obligations du maître de l'ouvrage sont limitées à ce qu'il doit encore à l'entrepreneur principal à la date de la réception de la copie de la mise en demeure prévue à l'article précédent.

Article 13-1 (créé par Loi n°81-1 du 2 janvier 1981 - art. 7 ; modifié par Loi n°84-46 du 24 janvier 1984 - art. 63 JORF 25 janvier 1984)

L'entrepreneur principal ne peut céder ou nantir les créances résultant du marché ou du contrat passé avec le maître de l'ouvrage qu'à concurrence des sommes qui lui sont dues au titre des travaux qu'il effectue personnellement.

Il peut, toutefois, céder ou nantir l'intégralité de ces créances sous réserve d'obtenir, préalablement et par écrit, le cautionnement personnel et solidaire visé à l'article 14 de la présente loi, vis-à-vis des sous-traitants.

Article 14

A peine de nullité du sous-traité les paiements de toutes les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant, en application de ce sous-traité, sont garantis par une caution personnelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur d'un établissement qualifié, agréé dans des conditions fixées par décret. Cependant, la caution n'aura pas lieu d'être fournie si l'entrepreneur délègue le maître de l'ouvrage au sous-traitant dans les termes de l'article 1275 du code civil, à concurrence du montant des prestations exécutées par le sous-traitant.

A titre transitoire, la caution pourra être obtenue d'un établissement figurant sur la liste fixée par le décret pris en application de la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 concernant les retenues de garantie.

Article 14-1 (modifié par Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 - art. 186 JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006)

Pour les contrats de travaux de bâtiment et de travaux publics :

- le maître de l'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant n'ayant pas fait l'objet des obligations définies à l'article 3 ou à l'article 6, ainsi que celles définies à l'article 5, mettre l'entrepreneur principal ou le sous-traitant en demeure de s'acquitter de ces obligations. Ces dispositions s'appliquent aux marchés publics et privés ;
- si le sous-traitant accepté, et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions définies par décret en Conseil d'Etat, ne bénéficie pas de la délégation de paiement, le maître de l'ouvrage doit exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie avoir fourni la caution.

Les dispositions ci-dessus concernant le maître de l'ouvrage ne s'appliquent pas à la personne physique construisant un logement pour l'occuper elle-même ou le faire occuper

par son conjoint, ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint.

Les dispositions du deuxième alinéa s'appliquent également au contrat de sous-traitance industrielle lorsque le maître de l'ouvrage connaît son existence, nonobstant l'absence du sous-traitant sur le chantier. Les dispositions du troisième alinéa s'appliquent également au contrat de sous-traitance industrielle.

Titre IV : Dispositions diverses.

Article 15

Sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions de la présente loi.

Article 15-1 (modifié par Loi n°94-638 du 25 juillet 1994 - art. 33 JORF 27 juillet 1994)

La présente loi est applicable dans la collectivité territoriale de Mayotte. Elle s'applique aux contrats de sous-traitance conclus à partir du premier jour du douzième mois qui suit la publication de la loi n° 94-638 du 25 juillet 1994 tendant à favoriser l'emploi, l'insertion et les activités économiques dans les départements d'outre-mer, à Saint-Pierre-et-Miquelon et à Mayotte.

Pour son application à la collectivité territoriale de Mayotte, il y a lieu de lire au premier alinéa de l'article 14 : "agrée dans les conditions fixées par arrêté du représentant du Gouvernement à Mayotte", au lieu de "agrée dans des conditions fixées par décret".

NOTA Loi 2001-616 2001-07-11 art. 75 : Dans tous les textes législatifs et réglementaires en vigueur à Mayotte, la référence à la "collectivité territoriale de Mayotte" est remplacée par la référence à "Mayotte", et la référence à la "collectivité territoriale" est remplacée par la référence à la "collectivité départementale".

Article 15-2 (créé par Loi n°96-609 du 5 juillet 1996 - art. 7 JORF 9 juillet 1996)

La présente loi est applicable à la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon. Elle s'applique aux contrats de sous-traitance conclus à partir du 1er janvier 1997.

Pour son application à la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon, il y a lieu de lire, au premier alinéa de l'article 14 : "agrée dans les conditions fixées par arrêté du préfet" au lieu de : "agrée dans des conditions fixées par décret".

Article 15-3 (créé par Loi n°96-609 du 5 juillet 1996 - art. 7 JORF 9 juillet 1996)

La présente loi, à l'exception du dernier alinéa de l'article 12, est applicable dans les territoires de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française sous réserve des dispositions suivantes :

I. - Il y a lieu de lire, au premier alinéa de l'article 14 : "agrée dans les conditions fixées par arrêté du haut-commissaire de la République" au lieu de : "agrée dans des conditions fixées par décret".

II. - Elle s'applique aux contrats de sous-traitance conclus à partir du 1er janvier 1997.

NOTA L'article 222 IV de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie dispose :

"Dans toutes les dispositions législatives et réglementaires en vigueur :

1° La référence au territoire de la Nouvelle-Calédonie est remplacée par la référence à la Nouvelle-Calédonie;

2° La référence à l'assemblée territoriale de la Nouvelle-Calédonie est remplacée par la référence au congrès de la Nouvelle-Calédonie;

3° La référence à l'exécutif de la Nouvelle-Calédonie est remplacée par la référence au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie."

Article 15-4 (créé par Ordonnance n°2010-137 du 11 février 2010 - art. 1)

La présente loi est applicable, dans les îles Wallis et Futuna, aux contrats passés par l'Etat et ses établissements publics sous réserve des dispositions suivantes :

Au premier alinéa de l'article 14, les mots : " des conditions fixées par décret " sont remplacés par les mots : " des conditions fixées, dans les îles Wallis et Futuna, par arrêté de l'administrateur supérieur " .

NOTA Ordonnance n° 2010-137 du 11 février 2010 article 8 : Les dispositions de la présente ordonnance sont applicables aux projets de contrats en vue desquels un avis d'appel public à la concurrence est envoyé ou une consultation engagée à compter de sa date d'entrée en vigueur, fixée au premier jour du sixième mois suivant sa publication.

Article 16

Des décrets en Conseil d'Etat précisent les conditions d'application de la présente loi.

Loi n° 73-548 du 27 juin 1973 modifiée relative à l'hébergement collectif

Article 1

Toute personne physique ou toute personne morale privée qui, à quelque titre que ce soit et même en qualité de simple occupant, a affecté un local quelconque à l'hébergement, gratuit ou non, est tenue d'en faire la déclaration au préfet, dès lors que cet hébergement et, le cas échéant, tout ou partie des prestations annexes sont organisés et fournis en vue d'une utilisation collective excédant le cadre familial.

Dès lors que ce local est affecté à l'hébergement de travailleurs, cette déclaration est également faite auprès de l'inspection du travail du lieu où est situé ce local.

Les dispositions de la présente loi ne sont pas applicables aux formes d'hébergement collectif qui sont soumises à une obligation de déclaration ou d'agrément en vertu d'autres dispositions législatives ou réglementaires.

Article 2

La déclaration prévue à l'article 1er fait l'objet d'un renouvellement annuel.

Article 3

La liste limitative des énonciations qui doivent figurer dans la déclaration d'affectation et le délai dans lequel elle doit être faite ou renouvelée sont fixés par décret.

Article 4

Le défaut de déclaration ou la production d'une déclaration incomplète, inexacte ou tardive, en violation des dispositions des articles précédents, sera puni d'une peine d'amende de 300 à 6 000 euros et d'une peine d'emprisonnement de deux mois à deux ans, ou de l'une de ces deux peines seulement.

Toute condamnation prononcée en application du premier alinéa du premier article peut être assortie de l'interdiction pour la personne condamnée de procéder, pendant une durée maximale de trois ans, à l'affectation d'un local dans les conditions définies à l'article 1er.

Sont passibles des peines prévues au premier alinéa de l'article 8 ceux qui, directement ou par personne interposée, contreviennent à cette interdiction.

Article 5

Lorsqu'il apparaît qu'un local affecté à l'hébergement collectif dans les conditions définies à l'article 1er ne satisfait pas aux prescriptions des dispositions législatives ou réglementaires qui lui sont applicables, le préfet met, par arrêté, l'auteur de la déclaration prévue audit article 1er en demeure de prendre dans un délai déterminé les mesures appropriées.

En cas d'urgence, ou si l'état du local est tel qu'il ne peut y être remédié, le préfet peut ordonner immédiatement, par arrêté motivé, sa fermeture ; il fixe le délai dans lequel cette fermeture doit être rendue effective.

Article 6

En cas d'inexécution de l'arrêté prévu au premier alinéa de l'article 5, le préfet ordonne la fermeture du local et fixe le délai dans lequel cette fermeture doit être rendue effective.

Article 7

Lorsque le préfet prend un arrêté de mise en demeure imposant la réduction du nombre des occupants d'un local affecté à l'hébergement collectif, ou lorsqu'il ordonne la fermeture de ce local, il doit accompagner sa décision de l'énoncé des mesures prises pour assurer le relogement total ou partiel des occupants, adapté à leur situation.

Article 7-1

Lorsque le local a été fermé par la personne définie à l'article 1er, à la suite d'une mise en demeure prononcée en application du premier alinéa de l'article 5, ou lorsque la fermeture du local est ordonnée soit dans le cas d'urgence prévu au deuxième alinéa de l'article 5, soit en application de l'article 6, le préfet peut réquisitionner le local en vue de l'affecter, après aménagement, à l'hébergement en priorité de ses précédents occupants.

Sous réserve de l'application du premier alinéa de l'article 7-3, les frais de cet aménagement incombent au propriétaire du local, le cas échéant, solidairement avec la personne définie à l'article 1er.

Article 7-2

Lorsque le bénéficiaire de la réquisition fait l'avance des frais d'aménagement, sa créance est garantie par une hypothèque légale sur l'immeuble, qui peut être inscrite à sa diligence dès la signature de l'arrêté de réquisition.

Article 7-3

Dans un délai de deux mois suivant la notification de l'arrêté préfectoral de réquisition, le propriétaire a la faculté de délaisser la totalité de son immeuble ou, avec l'accord de l'Etat, partie de celui-ci, s'il établit qu'il est étranger à l'usage abusif du local affecté à l'hébergement collectif et qu'il n'a tiré de cette affectation, directement ou par personne interposée, aucun profit abusif eu égard aux possibilités normales d'utilisation dudit local. Ce délaissement ouvre droit à indemnité.

A défaut d'accord amiable, le montant de l'indemnité ci-dessus prévue est fixé comme en matière d'expropriation, à l'exclusion de toute indemnité accessoire ou de emploi.

Les droits des créanciers régulièrement inscrits sur l'immeuble délaissé, soit avant la publication de l'acte de délaissement, soit après celle-ci en ce qui concerne les privilèges conservés selon les prescriptions des articles 2108 et 2109 du Code civil, sont reportés sur l'indemnité, compte tenu du rang de préférence qui leur est reconnu par les textes qui les régissent.

Article 7-4

L'indemnité prévue à l'article 7-3 est à la charge du bénéficiaire du délaissement ou, à défaut, de l'Etat. Le bénéficiaire est désigné, avec son accord, par l'autorité administrative.

Un cahier des charges fixe les obligations auxquelles il est tenu en qualité de bénéficiaire du délaissement.

Article 7-5

Lorsqu'un local a fait l'objet d'un arrêté de fermeture, il peut être exproprié dans les conditions prévues par les articles L. 511-1 et suivants du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Article 7-6

Les frais entraînés par le relogement proposé par le préfet en vertu de l'article 7 sont assumés solidairement par la personne définie à l'article 1er et, sous réserve de l'application du premier alinéa de l'article 7-3, par le propriétaire du local.

Ces frais de relogement, versés à l'organisme ou à la personne ayant assuré le relogement, sont au plus égaux à 15 % du prix de revient, toutes dépenses confondues, du logement auquel chacun des anciens occupants relogés peut prétendre en application de la législation sur les habitations à loyer modéré.

Leur paiement est garanti par une hypothèque légale sur l'immeuble. Cette hypothèque peut être inscrite par l'organisme ou la personne ayant assuré le relogement dès la notification au propriétaire du relogement des occupants et du montant des frais de relogement.

En outre, les indemnités versées en cas de réquisition ou d'expropriation sont réduites du montant des frais de relogement restés impayés, augmentés des intérêts de retard calculés à compter de la date de mise en recouvrement desdits frais.

Article 7-7

Un décret en Conseil d'Etat détermine les mesures nécessaires à l'application des articles 7-1 à 7-6 ci-dessus.

Article 8

Toute personne qui exploite un local, par elle-même ou par personne interposée, au mépris de la décision intervenue en application des articles 5 ou 6, sera punie d'une peine d'amende de 300 à 75 000 euros et d'une peine d'emprisonnement de trois ans ou de l'une de ces deux peines seulement.

Toute condamnation prononcée en application du premier alinéa du présent article peut être assortie de l'interdiction pour la personne condamnée de procéder, pendant une durée maximale de cinq ans, à l'affectation d'un local dans les conditions définies à l'article 1er.

Sont passibles des peines prévues au premier alinéa du présent article ceux qui, directement ou par personne interposée, contreviennent à cette interdiction.

Article 8-1

En cas d'infractions définies aux articles 4 et 8, le tribunal pourra prononcer à l'encontre du condamné étranger l'interdiction du territoire français pour une durée ne pouvant excéder dix ans.

L'interdiction du territoire français entraîne de plein droit reconduite à la frontière, le cas échéant, à l'expiration de la peine d'emprisonnement.

Le tribunal ne peut prononcer, que par une décision spécialement motivée au regard de la gravité de l'infraction, l'interdiction du territoire français à l'encontre :

1° D'un condamné étranger père ou mère d'un enfant français résidant en France, à condition qu'il exerce, même partiellement, l'autorité parentale à l'égard de cet enfant ou qu'il subviennne effectivement à ses besoins ;

2° D'un condamné étranger marié depuis au moins un an avec un conjoint de nationalité française, à condition que ce mariage soit antérieur aux faits ayant entraîné sa condamnation, que la communauté de vie n'ait pas cessé et que le conjoint ait conservé la nationalité française ;

3° D'un condamné étranger qui justifie qu'il réside habituellement en France depuis qu'il a

atteint au plus l'âge de dix ans ;

4° D'un condamné étranger qui justifie qu'il réside régulièrement en France depuis plus de quinze ans.

L'interdiction du territoire français n'est pas applicable à l'encontre du condamné étranger mineur de dix-huit ans.

Article 8-2

Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal, des infractions aux articles 4 et 8.

Les peines encourues par les personnes morales sont :

1° L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal ;

2° Les peines mentionnées aux 2°, 3°, 4°, 5°, 8° et 9° de l'article 131-39 du code pénal.

L'interdiction visée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

Nota

Loi 93-1313 du 20 décembre 1993 art. 33 : la présente loi fait référence à la loi 92-1336 du 16 décembre 1992 (entrée en vigueur du code pénal) qui dispose dans son article 373 que l'article 8-2 entre en vigueur au 1er mars 1995 pour les Territoires d'Outre-Mer et la collectivité territoriale de Mayotte.

Article 9

Les infractions aux dispositions de la présente loi et des règlements pris pour son application sont constatées par les officiers et agents de police judiciaire, par les autres agents mentionnés à l'article L. 1312-1 du code de la santé publique et, dans la limite de leur compétence, par les inspecteurs du travail et de la main-d'œuvre, ainsi que les autres fonctionnaires chargés du contrôle de l'application du droit du travail.

Article 10

Les articles premier à 6, 8 et 9 de la présente loi sont applicables dans la collectivité territoriale de Mayotte.

Toutefois, pour l'application de ces articles à Mayotte, il est ajouté, à la fin du premier alinéa de l'article 1er, une phrase ainsi rédigée :

La famille, au sens de la présente loi, comprend les époux et leurs descendants de moins de vingt et un ans ou à charge et les ascendants des époux qui sont à leur charge.

**16 PROPOSITIONS POUR AMELIORER LA MISE EN
CAUSE DU DONNEUR D'ORDRE ET DU MAITRE
D'OUVRAGE**

16 propositions pour l'amélioration de la mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage

Il s'agit de propositions minimalistes, mais essentielles, pour améliorer sensiblement la mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage dans la lutte contre le travail illégal et le dumping social.

A. Dans le cadre de la lutte contre le travail illégal

A. 1. Supprimer l'obligation d'établir un procès-verbal pour mettre en œuvre la solidarité financière dans les affaires de travail dissimulé

A.1.1. 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 et pénalisante 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, non seulement ne plus peut agir d'initiative, mais ignore si un contrôle a eu lieu et si un procès-verbal est dressé ; elle n'a pas accès à son contenu ; et encore moins le droit d'en obtenir une copie.

A.1.2. La mise en œuvre de la solidarité financière doit rester une procédure purement civile, déconnectée du pénal, 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.

A.2. Elargir le périmètre de la solidarité financière pour travail dissimulé au non paiement des cotisations dues aux caisses de congés payés et intempéries

A.2.1. L'article L.8222-2 du code du travail, qui précise la nature des sommes qui sont dues par le donneur d'ordre et, par suite, par le maître d'ouvrage, au titre de la solidarité financière, ne vise pas les cotisations redevables par l'entreprise défaillante aux caisses de congés payés et intempéries. Seules sont visées les sommes dues aux organismes de protection sociale, qualité que n'ont pas les caisses de congés payés et intempéries.

Il existe trois caisses de congés payés intempéries (CPI) : celle du bâtiment, celle des travaux publics et celle des spectacles vivants et enregistrés (limitée aux congés payés). Le taux moyen de cotisation est de 21,42 % de la masse salariale pour les secteurs BTP et de 15,40% pour le secteur des spectacles.

Ces caisses relèvent de secteurs d'activité très sensibles au travail dissimulé, à la fois du fait des entreprises françaises et des entreprises établies à l'étranger.

S'agissant des entreprises étrangères qui interviennent sur le territoire français, la rédaction des textes inscrits dans le code du travail, combinée à la jurisprudence de la Cour de cassation, a pour effet de rendre systématiquement obligatoire le paiement de ces cotisations en France par ces entreprises; les cas d'exonérations sont très rares³⁴⁵.

Dans la logique de lutte contre la fraude économique et financière qu'est le travail dissimulé, il n'est pas compréhensible de persister à exclure du périmètre de la solidarité financière des montants aussi considérables de manque à gagner. Et ce n'est pas la création de la carte d'identification professionnelle dans le BTP qui permettra de récupérer auprès du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage les cotisations non payées par les entreprises françaises ou étrangères.

A.2.2. Pour obtenir le paiement des cotisations dues par les entreprises françaises ou 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 et intempéries le périmètre de la solidarité financière du donneur ou du maître d'ouvrage au non paiement des cotisations à ces institutions. Cette extension passe par la modification et la complétude de l'article L.8222-2 du code du travail.

³⁴⁵ Voir le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » p.70 et suivantes 4^{ème} édition Juin 2019, du même auteur.

A.3. Etendre le périmètre de la solidarité financière du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage au paiement des cotisations aux organismes de protection sociale, hors infraction de travail dissimulé

A.3.1. La solidarité financière, créée par la loi du 31 décembre 1991, permet notamment de réclamer au donneur d'ordre et au maître d'ouvrage le paiement des cotisations sociales éludées, dues par l'entreprise défaillante qui pratique du travail dissimulé qu'elle soit établie en France ou à l'étranger.

La mise en œuvre de cette solidarité financière est conditionnée par la constatation d'une situation de travail dissimulé, telle qu'elle est définie et décrite par les articles L.8221-1 à L.8222.5 du code du travail.

S'agissant des cotisations sociales, le travail dissimulé est constitué, en application de ces dispositions du code du travail, lorsque l'entreprise n'a pas procédé à ses déclarations sociales auprès des organismes de protection sociale. Le défaut de paiement des cotisations sociales ne constitue donc pas en tant que tel et à lui seul du travail dissimulé (et ceci contrairement à une idée reçue et fortement répandue).

Cette distinction essentielle entre le défaut de déclarations sociales et le défaut de paiement des cotisations sociales résulte d'un choix historique délibéré et logique du législateur pour qui le travail dissimulé se caractérise par le fait générateur du défaut de transparence (absence de déclaration ou de mention ou de délivrance) et non par d'autres comportements frauduleux commis lors de l'exercice d'une activité professionnelle ou lors de l'emploi de salarié.

Ainsi, une entreprise qui procède aux déclarations sociales de l'ensemble de ses salariés et qui ne verse que la moitié des cotisations sociales afférent à l'emploi de ces salariés ne commet pas l'infraction de travail dissimulé. La mise en œuvre de la solidarité financière n'est donc pas possible dans cette hypothèse contre le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage, alors que la fraude à la loi est avérée.

C'est d'ailleurs pour cette raison que l'article 1^{er} du décret n° 2011-1601 du 21 novembre 2011, qui a modifié l'alinéa 2 de l'article D.8222-5 du code du travail, relatif aux documents que se fait remettre le donneur d'ordre par son cocontractant dans le cadre de la solidarité financière, n'est pas conforme aux articles L.8222-2 et L.8222-5 du code du travail qui définissent les éléments constitutifs de l'infraction de travail dissimulé.

En effet, le décret du 21 novembre 2011 prévoit que le donneur d'ordre se fait remettre par son cocontractant « une attestation de fourniture de déclarations sociales et de paiement des cotisations et contributions de sécurité sociale ». Cette nouvelle mention, qui est un ajout substantiel par rapport à la rédaction originelle du code du travail issue du décret n° 92-508 du 11 juin 1992, n'a pas de fondement juridique, même si on perçoit son intérêt.

A.3.2. Pour étendre la solidarité financière à toutes les situations de non paiement frauduleux des cotisations sociales en lien avec le travail dissimulé, y compris lorsque les déclarations sociales ont été effectuées, une modification de l'article L.8222-2 du code du travail est nécessaire. Cette modification, qui viserait les entreprises françaises et les entreprises étrangères et leurs donneurs d'ordre, aurait par ailleurs comme effet de donner une base juridique à l'article 1^{er} du décret du 21 novembre 2011.

.A.4. Restaurer et compléter les dispositions du code du travail permettant la mise en cause du donneur d'ordre pour le paiement de la contribution spéciale due pour l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail

.A.4.1. Jusqu'à la parution du décret n° 2012-812 du 16 juin 2012 qui a modifié les modalités de recouvrement de la contribution spéciale inscrites dans le code du travail, la rédaction des articles R.8253-1 et suivants du code du travail permettait à l'OFII de demander au donneur d'ordre le paiement de la contribution spéciale, dans le cadre du principe posé par les articles L.8254-1 et suivants ce même code.

Le décret du 16 juin 2012 a maintenu dans le code du travail l'article D.8254-14 qui mentionne des articles abrogés par ce même décret ; ces articles, non remplacés, détaillaient la façon de déterminer le montant de la contribution spéciale due par le donneur d'ordre et ses modalités de recouvrement. Faute de base juridique, l'OFII ne peut plus, depuis le mois de juin 2012, s'adresser au donneur d'ordre pour lui demander de payer la contribution spéciale. Aucune explication n'a été donnée sur la malfaçon rédactionnelle du décret du 16 juin 2012, qui affaiblit considérablement l'outillage juridique dissuasif à l'égard du donneur d'ordre.

.A.4.2. Réintroduire dans la partie réglementaire du code du travail les dispositions appropriées pour permettre à l'OFII de demander, comme le prévoit la loi, le paiement de la contribution spéciale au donneur d'ordre.

.A.5. Prendre le décret d'application permettant le paiement de la contribution forfaitaire de réacheminement du salarié étranger employé sans titre de séjour par le donneur d'ordre

.A.5.1. L'article L.8254-2 du code du travail autorise l'OFII, depuis la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, à demander au donneur d'ordre de payer la contribution forfaitaire pour réacheminement prévue par l'article L.626-1 du CESEDA. La mise en œuvre de cette mesure nécessitait de publier un décret d'application qui n'a pas été pris, pour des raisons non expliquées.

Ajouter au fait que la contribution spéciale ne peut pas être non plus réclamée au donneur d'ordre, il s'agit de deux mesures importantes dont le dispositif de lutte contre les trafics de main-d'œuvre étrangère est privé depuis plusieurs années.

.A.5.2. Prendre le décret d'application permettant à l'OFII de réclamer au donneur d'ordre le paiement de la contribution forfaitaire pour réacheminement.

.A.6. Procéder à la réécriture de l'article L.8254-2-1 du code du travail relatif à la solidarité financière indirecte du donneur d'ordre pour emploi d'un salarié étranger sans titre de travail

.A.6.1. L'application de l'article L.8254-2-1 du code du travail est substantiellement obérée par plusieurs malfaçons rédactionnelles, dont la plus pénalisante est sa contrariété avec la rédaction des articles L.8254-1 et L.8254-2 du code du travail.

.A.6.2. Procéder à la réécriture complète de l'article L.8254-2-1 du code du travail, en la calant sur celle de l'article L.8222-5 du code du travail relatif à la solidarité financière indirecte en matière de travail dissimulé.

.A.7. Introduire dans le code de la sécurité sociale et dans le code rural une disposition rendant possible une action récursoire de la CPAM et de la caisse de MSA contre le donneur d'ordre qui recourt à l'employeur d'un salarié dissimulé ou d'un salarié étranger sans titre de travail, victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle

.A.7.1. La rédaction actuelle du troisième alinéa de l'article L.471-1 du code de la sécurité sociale et de l'article L.751-37 du code rural doit être complétée pour élargir le périmètre de l'action récursoire de la caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) et de la caisse de MSA, afin de leur permettre de mettre en cause le donneur d'ordre qui recourt à l'employeur d'un salarié dissimulé ou d'un salarié étranger sans titre de travail, victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

En l'état actuel de la législation, seul l'employeur peut être mis en cause par la caisse primaire d'assurance maladie et la caisse de MSA pour leur rembourser le montant des frais et dépenses exposés lors d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

L'intérêt de cette action récursoire est notamment de permettre à la CPAM et à la caisse de MSA de récupérer le coût de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle auprès d'un débiteur plus solvable.

.A.7.2. Insérer dans le code de la sécurité sociale et dans le code rural une disposition rendant possible une action récursoire de la CPAM et de la caisse de MSA contre le donneur d'ordre qui recourt à l'employeur d'un salarié dissimulé ou d'un salarié étranger sans titre de travail, victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle

L'action récursoire et l'obligation de rembourser seraient fondées sur le non respect par le donneur d'ordre des vérifications mentionnées à l'article L.8222-1 et à l'article L.8254-1 du code du travail.

A.8. Etendre le périmètre des sanctions administratives au donneur d'ordre et au maître d'ouvrage qui recourent à une entreprise qui emploie un salarié étranger sans titre de travail et à tous ceux qui participent à des trafics de main d'œuvre étrangère

A.8.1. Les articles L.8272-1 (refus ou remboursement des aides publiques), L.8272-2 (fermeture temporaire d'établissement ou arrêt temporaire d'activité) et L.8272-4 (exclusion temporaire des marchés et contrats publics) du code du travail visent, par renvoi à l'article L.8211-1, les infractions relevant du champ du travail illégal susceptibles de faire l'objet de ces sanctions administratives.

S'agissant de la main d'œuvre étrangère, l'article L.8211-1 du code du travail ne mentionne que l'emploi d'étranger sans titre de travail, c'est-à-dire l'infraction visée à l'alinéa 1^{er} de l'article L.8251-1 du code du travail. L'article L.8211-1 du code du travail ne mentionne pas l'infraction de recours à celui qui emploie un étranger sans titre de travail, codifiée à l'article

L.8251-2 du code du travail³⁴⁶, ni les autres infractions du code du travail constitutives de trafics de main d'œuvre étrangère.

La combinaison de ces différentes dispositions du code du travail a pour effet d'exclure le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage qui recourent à une entreprise qui emploie de la main d'œuvre étrangère sans titre de travail des trois sanctions administratives précitées, contrairement à ce qui est prévu en matière de travail dissimulé ; il en est de même pour toutes les autres personnes qui participent à des trafics de main d'œuvre étrangère.

.A.8.2. Pour étendre le périmètre de ces trois sanctions administratives au donneur d'ordre et au maître d'ouvrage et à tous ceux qui participent à des trafics de main d'œuvre étrangère, il convient, soit de modifier et de compléter le champ du travail illégal mentionné à l'article L.8211-1 du code du travail, soit de viser dans les articles L.8272-1 (refus ou remboursement des aides publiques), L.8272-2 (fermeture temporaire d'établissement ou arrêt temporaire d'activité) et L.8272-4 (exclusion temporaire des marchés et contrats publics) les articles *ad hoc* du code du travail relatifs aux trafics de main d'œuvre étrangère.

A.9. Lever le secret professionnel au bénéfice du salarié victime du travail illégal et du dumping social

A.9.1. Le code du travail reconnaît des droits au salarié victime du travail illégal ou du dumping social, soit en raison de la dissimulation de son emploi, soit en raison de son emploi sans titre de travail, lorsqu'il est de nationalité étrangère, soit parce qu'il perçoit une rémunération inférieure aux minima obligatoires.

Les droits du salarié peuvent être valorisés soit auprès de son employeur, soit auprès du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage. Par ailleurs, les organisations syndicales ont la faculté de saisir d'initiative le conseil de prud'hommes.

Ce dispositif juridique, théoriquement satisfaisant car protecteur des droits du salarié, est en réalité inefficace et peu mobilisé, lorsque le salarié souhaite mettre en cause le donneur d'ordre de son employeur ou le maître d'ouvrage.

L'échec non contestable de ce dispositif s'explique par deux obstacles majeurs que rencontre le salarié ou l'organisation syndicale pour actionner utilement ce mécanisme.

D'une part, son action contre le donneur d'ordre est souvent conditionnée par l'existence préalable d'un procès-verbal établi par un agent de contrôle habilité ; cette condition doit être supprimée (*voir supra proposition A.1*).

D'autre part, le salarié et l'organisation syndicale ne disposent d'aucune information ou document qui lui permettent, non seulement de connaître et d'identifier ce donneur d'ordre

³⁴⁶ A l'origine de la mise en place en 1987 du dispositif juridique et interministériel de lutte contre le travail illégal, celui-ci visait l'ensemble des délits relatifs aux trafics de main d'œuvre étrangère (emploi, recours, introduction irrégulière, violation du monopole, remboursement indu, paiement indu, fausse déclaration etc). Pour des raisons jamais expliquées et peu compréhensibles, seule a été maintenue l'infraction d'emploi d'étranger sans titre de travail dans le périmètre du travail illégal, atténuant de fait la gravité des autres délits liés aux trafics de main d'œuvre étrangère.

ou le maître d'ouvrage, mais également de savoir si les conditions de mise en œuvre de la solidarité financière sont réunies³⁴⁷.

Pour donner toute son efficacité et son effectivité à la valorisation des droits du salarié victime du travail illégal via la solidarité financière ou la mise en cause du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage, celui-ci et l'organisation syndicale sont légitimes à obtenir ces informations ou ces documents de la part des agents de contrôle habilités.

A.9.2. L'accès du salarié et de l'organisation syndicale aux informations et documents nécessaires à la mise en cause prud'homale du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage implique d'introduire dans le code du travail des dispositions identiques (pour le salarié dissimulé, pour le salarié étranger démuné de titre de travail et pour le salarié victime du dumping social), levant le secret professionnel entre ces personnes et les agents de contrôle habilités, afin que ceux-ci puissent leur communiquer, en toute sécurité juridique, les informations et documents dont ils disposent en lien avec la solidarité financière.

Seule la transmission de ces informations et ces documents au salarié et à l'organisation syndicale est de nature à rendre effective l'application des dispositions du code travail relatives à la solidarité financière au bénéfice du salarié victime du travail illégal et du dumping social.

.B. Dans le cadre de la lutte contre le dumping social

B.1. Qualifier en délit le non respect du Smic ou des minima conventionnels étendus ou le non paiement de la rémunération due

B.1.1. Le non respect du Smic ou des minima conventionnels étendus ou le non paiement de la rémunération due au salarié³⁴⁸ est constitutif d'une simple contravention. Le non respect du Smic ou des minima conventionnel étendus ou le non paiement de la rémunération due est assurément un des facteurs contributifs déterminants au dumping social, notamment du fait des entreprises étrangères qui interviennent sur le territoire français.

Dans la mesure où le législateur récent (loi Savary et loi Macron) considère, à juste titre, que la lutte contre le dumping social et la concurrence sociale déloyale sont un enjeu prioritaire de politique publique, le niveau de la sanction contraventionnel du non respect du Smic ou des minima conventionnels ou du non paiement de la rémunération due doit correspondre à la gravité de ce manquement. Qualifier pénalement ce manquement de simple contravention n'est pas suffisant, dissuasif et cohérent.

Le non respect du Smic ou des minima conventionnels étendus ou le non paiement de la rémunération due doit faire l'objet d'une sanction appropriée correspondant à celle de la commission d'un délit.

³⁴⁷ Par exemple, le salarié ignore si le maître d'ouvrage a reçu un écrit de la part d'un agent de contrôle habilité, dans le cadre de l'article L.8222-5 du code du travail et quelle suite il lui a donné.

³⁴⁸ Par exemple, par le non paiement des heures supplémentaires, ou non paiement des primes et des indemnités prévues par la convention collective étendue.

B.1.2. Procéder aux modifications nécessaires dans le code du travail pour transformer la nature de l'infraction relative au non respect du Smic et des minima conventionnels étendus ou le non paiement de la rémunération due et qualifier de délit le non respect du Smic ou des minima conventionnels étendus ou le non paiement de la rémunération due au salarié.

B.2. 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 ou les rémunérations minimales conventionnelles étendues

B.2.1. Le non respect du SMIC ou des rémunérations minimales conventionnelles étendues 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 ou aux minima conventionnels étendus.

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.

B.2.2. 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 ou les minima conventionnels étendus.

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.

B.3. Assurer la mise en cause civile effective du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage qui recourent à une entreprise qui ne respecte pas le Smic ou les minima conventionnels étendus ou qui n'assure pas le paiement de toutes les heures de travail

B.3.1. Pour être dissuasive à l'égard du dumping social, la mise en cause civile du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage doit être rendue réellement possible, lorsque l'un de ces trois manquements du fait d'une entreprise cocontractante ou sous-traitante est établi.

Au plan civil, c'est-à-dire devant le conseil de prud'hommes, la responsabilité du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage doit être engagée dès lors qu'il est informé par un agent de l'inspection du travail ou d'un organisme de protection sociale qu'une entreprise enfreint la loi et que la situation n'est pas régularisée (obligation de résultat), pour toute la durée des relations commerciales, et dans un court délai. Le salarié ou l'organisation syndicale

obtiendrait à cet effet toutes informations et tous documents utiles de la part de l'agent de contrôle habilité (*voir infra proposition B.6.*).

Ces dispositions concerneraient, sans distinction, le recours à une entreprise française ou à une entreprise étrangère.

B.3.2. Insérer dans le code du travail les dispositions adéquates, qui se substitueraient aux articles L.1262-4-3, L.3245-2 et L.8281-1 8° du code du travail issus de la loi Savary et de la loi Macron (*voir infra proposition B.4.*).

B.4. Supprimer les articles L.1262-4-3, L.3245-2 et L.8281-1 8° du code du travail relatifs au non respect du smic ou des minima conventionnels ou non paiement de toutes les heures de travail

B.4.1. Ces trois dispositions récemment introduites dans le code du travail par la loi Savary et la loi Macron souffrent de plusieurs insuffisances et de malfaçons rédactionnelles qui les privent de tout effet utile pour lutter contre le dumping social : elles sont redondantes, rédigées en termes différents, sans obligation de résultat pour le salarié, insuffisamment sanctionnées et ne prévoient aucune information du salarié qui est tenu à l'écart de ces procédures, alors qu'il est concerné au premier chef³⁴⁹.

B.4.2. Ces trois dispositions sont à remplacer par une disposition unique qui d'une part introduit une responsabilité pénale du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage assise sur un manquement à une obligation de résultat, et d'autre part aménage une procédure prévoyant une mise en cause effective du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage par le salarié victime ou l'organisation syndicale devant le conseil de prud'hommes (*voir supra proposition B.3.*)

B.5. Compléter les mentions du bulletin de paie remis au salarié détaché

B.5.1. 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 présentent plusieurs intérêts :

.- 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,

.- mieux vérifier le respect de la loi et mieux lutter contre le dumping social,

³⁴⁹ Par exemple, le salarié ne reçoit aucune information, ni document de la part de l'agent de contrôle habilité sur l'engagement et le déroulement de chacune des trois procédures mentionnées aux articles L.1262-4-3, L.3245-2 et L.8281-1 8° du code du travail.

.- faciliter l'action en justice du salarié détaché ou de l'organisation syndicale, à l'égard de l'entreprise étrangère, du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage (**voir propositions B.3. et B.6.**).

B.5.2. 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.

B.6. 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

B.6.1. 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 donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage, lorsqu'il a été informé par un agent de contrôle, que les salariés d'un 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 donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage n'assure pas cette prise en charge et que les salariés restent logés dans des conditions indignes.

B.6.2. Dès lors, pour éviter tout aléa juridique devant le juge³⁵⁰, il faut créer une sanction pénale explicite et spécifique, en cas de défaillance du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage 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.

B.7. Réduire le délai de déclaration de l'ouverture d'un hébergement collectif de salariés

B.7.1. 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, lorsqu'il concerne des salariés.

L'article 2 du décret du 20 janvier 1975 d'application de la loi du 27 juin 1973 accorde à l'hébergeur un délai de trente jours pour procéder à cette déclaration. Ce délai trop long n'est pas adapté aux modalités de logement temporaire des salariés détachés qui résident pendant une courte période en France³⁵¹. Ce délai n'est pas non plus pertinent dès lors qu'un hébergement 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.

B.7.2. Le délai de déclaration d'un hébergement collectif de salariés en préfecture et à l'inspection du travail doit être ramené à 48 heures.

³⁵⁰ Affirmer que le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage devient, de façon implicite, pénalement responsable par substitution présente est un pari risqué sur la bonne application de cette disposition du code du travail.

³⁵¹ La même remarque vaut pour les salariés saisonniers qui sont hébergés.

Article publié en relation avec la mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage

- La mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage au service de la lutte contre le travail illégal. Droit Ouvrier. Décembre 2012. p.246

La mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage au service de la lutte contre le travail illégal

par *Hervé GUICHAOUA*, Directeur du travail

PLAN

I. La responsabilité du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage qui recourent à une vraie sous-traitance entachée de travail illégal

A. Les sanctions pénales du recours interdit au travail dissimulé et à l'emploi d'un salarié étranger sans titre

B. La mise en cause financière du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage

C. Les mesures administratives

II. La responsabilité du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage qui recourent à une fausse sous-traitance

A. Les éléments constitutifs de la fausse sous-traitance

B. Les qualifications juridiques et les incriminations relevant de la fausse sous-traitance

C. En présence d'un recours à du faux travail indépendant

Dès l'origine de l'introduction, dans la législation française, des premières dispositions destinées à lutter contre ce qui est appelé aujourd'hui le travail illégal (1), le souci du législateur a été de pouvoir rechercher la responsabilité du bénéficiaire de la prestation effectuée en marge de la légalité, c'est-à-dire du donneur d'ordre (2) qui a passé directement la commande, qui en bénéficie et qui la paie. Il a toujours été considéré que cette mise en cause était légitime et essentielle à l'efficacité de la lutte contre les formes les plus marquées du travail illégal (3) : le donneur d'ordre choisit son cocontractant, il fixe, voire impose, les prix, compte tenu de son envergure financière et économique, et il est souvent plus solvable que son prestataire dont la durée de vie peut être, de surcroît, éphémère.

Les conditions et les modalités de mise en cause du donneur d'ordre, principalement définies par le Code du travail, se sont précisées et développées au fil du temps pour connaître un tournant décisif avec la loi du 31 décembre 1991 (4) qui a mis fin à une relative impunité du donneur d'ordre, due à une rédaction inappropriée et peu opérante des textes alors en vigueur.

En effet, initialement prévu au plan pénal pour lutter contre le travail dissimulé (5), le régime de la mise en cause du donneur d'ordre a été modifié une première fois en 1972 (6), en y ajoutant sa responsabilité financière, associée à une condamnation pénale préalable de l'auteur du travail dissimulé.

La loi du 31 décembre 1991 a élargi et renforcé sensiblement le champ de la mise en cause pénale du bénéficiaire de la prestation par l'introduction de la notion d'interposition de personne, et a créé un régime de responsabilité économique totalement autonome du pénal, appelé la solidarité financière, permettant d'impliquer également, pour la première fois, le maître d'ouvrage (7).

La loi du 11 mars 1997 (8) a dupliqué le principe de la solidarité financière pour les affaires d'emploi de salarié étranger sans titre de travail. Ce dispositif a lui-même été complété par la loi du 16 juin 2011 (9).

(1) Loi du 11 octobre 1940 sur les cumuls d'emplois.

(2) Le donneur d'ordre, appelé encore le client ou le cocontractant, est toute personne qui passe directement une commande à un professionnel. Dans une opération de sous-traitance, il existe plusieurs donneurs d'ordre. Le maître d'ouvrage est unique : il s'agit de celui qui engage le processus économique et qui est destinataire final du travail réalisé.

(3) Le travail dissimulé, l'emploi de salarié étranger sans titre de travail, le marchandage et le prêt illicite de main-d'œuvre.

(4) Loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991 renforçant la lutte contre le travail clandestin et la lutte contre l'organisation de l'entrée et du séjour irréguliers d'étrangers en France.

(5) Loi du 11 octobre 1940, précitée.

(6) Loi n° 72-648 du 11 juillet 1972 définissant et sanctionnant le travail clandestin.

(7) En effet, un donneur d'ordre n'a pas nécessairement la qualité de maître d'ouvrage, qui se trouve à l'initiative et au sommet du processus économique.

(8) Loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal.

(9) Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

Une jurisprudence, certes tardive, mais aujourd'hui abondante, est venue apporter une contribution décisive à la mise en cause pénale des donneurs d'ordre, en précisant très utilement la portée de ces textes fortement contestés par les intéressés devant les tribunaux. Elle a, en outre, élargi les situations de leur mise en cause prévues par la loi, en tirant toutes les conséquences de la requalification de relations contractuelles apparemment commerciales en relations de travail salarié. Dans un environnement économique fortement marqué par l'intervention des entreprises étrangères sur le territoire français, il est important de noter que l'ensemble de ce dispositif s'applique sans réserve au donneur d'ordre et au maître d'ouvrage qui recourent à un opérateur économique établi hors de France.

Alors que certains agents en charge de la lutte contre le travail illégal sont restés longtemps sceptiques sur la réalité de cette mise en cause, la combinaison des textes et de la jurisprudence atteste de l'efficacité de ce dispositif à un double titre : soit dans le cadre d'une véritable relation commerciale, mais affectée par des pratiques de travail dissimulé ou d'emploi de salarié étranger sans titre de travail (I), soit dans le cadre d'une situation de fausse sous-traitance (II).

I. La responsabilité du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage qui recourent à une vraie sous-traitance entachée de travail illégal

Historiquement, le dispositif juridique de lutte contre le travail illégal a d'abord posé le principe de l'interdiction de recourir sciemment, directement ou de façon interposée, à une entreprise sous-traitante qui pratique du travail dissimulé (10). Puis la même interdiction a été insérée, quelques années plus tard, à l'égard du recours à une entreprise sous-traitante qui emploie un salarié étranger démuné de titre de travail ou de séjour (11). Dans les faits, cette deuxième interdiction va souvent de pair avec la première, puisque l'emploi d'un salarié étranger sans titre correspond très fréquemment, et à titre principal, à la dissimulation de son emploi en qualité de salarié. Pour autant, le non-respect de ces deux interdictions est assorti de sanctions qui leur sont propres.

Un donneur d'ordre et un maître d'ouvrage, qui ne respectent pas l'une ou l'autre de ces interdictions, peuvent voir leur responsabilité pénale et leur mise en cause financière engagées dans des conditions déterminées par le Code du travail et précisées par la jurisprudence. Ils s'exposent, en outre, à plusieurs pénalités administratives.

A. Les sanctions pénales du recours interdit au travail dissimulé et à l'emploi d'un salarié étranger sans titre

Au plan pénal, le recours à un sous-traitant qui pratique du travail dissimulé ou qui emploie un salarié étranger sans titre constitue un délit passible du tribunal correctionnel. Le

tribunal dispose d'une gamme très étendue de sanctions, mentionnées dans le Code du travail (12).

1. Bien que l'interdiction du recours à du travail dissimulé par un donneur d'ordre soit ancienne (13), son contrôle par les services de l'État s'est effectué très timidement jusqu'au début des années 90. En atteste la première décision rendue sur ce sujet par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, qui date du 25 janvier 1994 (14). Depuis cet arrêt, de nombreuses décisions de justice sont intervenues, témoignant d'un intérêt grandissant porté aux donneurs d'ordre, qui s'explique par les apports juridiques et opérationnels introduits par la loi du 31 décembre 1991 et par la forte mobilisation des pouvoirs publics et des organismes de recouvrement consécutive à la publication de cette loi.

Compte tenu du caractère sibyllin de la rédaction de la loi, qui interdit le recours « sciemment » au travail dissimulé, il revenait à la jurisprudence de caractériser l'élément intentionnel de ce délit, puisqu'il est rare que le donneur d'ordre reconnaisse sa responsabilité dans ce type d'affaire. Cette jurisprudence s'est forgée, en particulier, à partir des situations de travail dissimulé constatées dans le secteur de la confection. Dans un arrêt de principe (15), dont la formulation a été reprise par la suite, la Cour de cassation considère que l'interdiction de recourir sciemment à du travail dissimulé emporte pour conséquence que le donneur d'ordre doit prouver qu'il a accompli, à l'égard de

(10) Article L. 8221-1 du Code du travail. Le travail dissimulé correspond soit à la dissimulation de l'activité d'un opérateur économique, soit à la dissimulation de salarié par un employeur.

(11) Article L. 8251-2 du Code du travail.

(12) Au total, et pour chaque délit, dix-sept sanctions différentes, applicables soit aux personnes physiques, soit aux personnes morales.

(13) L'infraction de travail clandestin, dénommée travail dissimulé depuis 1997, a été créée par la loi du 11 octobre 1940 précitée.

(14) Cass. Crim. n° 93-83364 du 25 janvier 1994, *Portail*.

(15) Cass. Crim. n° 96-86211 du 4 novembre 1997, *Var Expansion* ; confirmation not. par Cass. Crim. n° 05-80170 du 27 septembre 2005, *JK Bâtiments*.

son sous-traitant délinquant, les diligences qui s'imposent à tout professionnel pour s'assurer que ce contractant n'effectue pas de travail dissimulé. Ces diligences, qui par nature peuvent être diverses et variées en fonction de la situation de travail dissimulé rencontrée, sont appréciées, dans un premier temps, par les services de contrôle, puis par les juges lorsqu'ils reçoivent leurs procédures (16). Autrement formulé, le donneur d'ordre ne peut donc s'abstenir de vérifier, *a priori*, la situation de son sous-traitant ou faire preuve d'indifférence ou de peu d'attention à son égard (17).

La Cour de cassation a complété cette analyse en précisant, au fil des affaires qui lui ont été soumises, notamment que constituent également du recours intentionnel à du travail dissimulé le fait de rémunérer son sous-traitant à un niveau qui ne lui permet pas de s'acquitter des ses obligations fiscales et sociales (18) ; le fait que ce sous-traitant dispose de faibles moyens (19) ; le fait de constater que le nombre de salariés officiels du sous-traitant ne suffit pas à réaliser la commande (20) ou encore le fait de ne pas lui avoir demandé les documents prévus dans le cadre de la solidarité financière (21). Bien plus, la Cour de cassation considère que les vérifications effectuées par le donneur d'ordre au titre de la solidarité financière ne suffisent pas à l'exonérer de sa responsabilité pénale, dès lors que des éléments objectifs laissent à penser que le risque de travail dissimulé est, *a priori*, avéré (22). Le donneur d'ordre doit donc démontrer qu'il a été particulièrement scrupuleux dans le choix du professionnel à qui il recourt.

2. La responsabilité pénale du maître d'ouvrage, au sens de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, est, quant à elle, plus récente, puisqu'elle date de la loi du 31 décembre 1991. La loi a, en effet, introduit à cette date dans le Code du travail la notion de recours « *par personne interposée* ». Cette notion a toute son importance, dès lors que le maître d'ouvrage peut ne pas avoir, dans une chaîne de sous-traitance, de relation contractuelle directe, c'est-à-dire de lien de droit, avec le professionnel qui pratique du travail dissimulé, alors même que ce maître d'ouvrage bénéficie des fruits de son intervention. Sans doute moins souvent retenue, du fait d'une plus grande difficulté à démontrer son caractère

intentionnel, cette responsabilité pénale du maître d'ouvrage n'est pas cependant restée une simple mention formelle inscrite dans le Code du travail (23).

A l'inverse du travail dissimulé, il n'existe pas, assez curieusement, de jurisprudence abondante ou significative relative à la mise en cause pénale du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage qui recourt à un sous-traitant qui emploie de la main-d'œuvre étrangère sans titre de travail (24), alors même que certains secteurs d'activité utilisent notoirement ces salariés (25).

Deux raisons peuvent expliquer cette situation. En premier lieu, une rédaction moins explicite, qui vise l'interposition de personne, des dispositions du Code du travail interdisant et réprimant le recours à un sous-traitant employant de la main-d'œuvre étrangère sans titre de travail (26), ce qui a limité le nombre de procédures susceptibles d'être établies ; en second lieu, un choix des agents de contrôle et des magistrats de ne retenir qu'une seule fois la mise en cause du donneur d'ordre, au titre de la dissimulation d'emploi salarié.

Enfin, en application du droit pénal général, la mise en cause d'autres protagonistes intervenant dans une affaire de travail dissimulé ou d'emploi de salarié étranger sans titre de travail reste possible par les actes de complicité, incrimination, de surcroît trop peu souvent utilisée en droit pénal du travail (27). Pourtant, l'imputation de cette incrimination permet de retenir la responsabilité de toute personne qui joue un rôle actif, voire déterminant, dans la commission du travail dissimulé ou d'emploi de salarié étranger sans titre de travail (28).

B. La mise en cause financière du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage

La mise en cause financière du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage s'ajoute à leur responsabilité pénale. Elle est indépendante de celle-ci, ce qui en fait l'un de ses intérêts. La finalité de la solidarité financière est de nature préventive. Elle doit conduire le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage à être vigilants dans le choix de leurs relations professionnelles et de leurs interlocuteurs.

1. La mise en cause du donneur d'ordre a été rendue

(16) Cass. Crim. n° 03-87752 du 22 juin 2004, *Folymode*.

(17) Y. Saint-Jours « La protection juridique des salariés contre les effets pervers de la sous-traitance » Dr. Ouv. 1998, p. 257.

(18) Cass. Crim. n° 95-82009 du 11 mars 1997, *SCA La Moutonnade*.

(19) Cass. Crim. n° 00-83920 du 13 février 2001, *SCI Had*.

(20) Cass. Crim. n° 00-83820 du 19 décembre 2000, *Framod*.

(21) Cass. Crim. n° 95-84204 du 21 janvier 1997, *Sarl Fraic'Heure*.

(22) Cass. Crim. n° 01-80013 du 4 septembre 2001, *Société Eole*.

(23) Cass. Crim. n° 01-85601 du 3 avril 2002, *Cogédim Tradition*.

(24) Voir cependant Cass. Crim. n° 10-83142 du 7 décembre 2010, *Comme des garçons*.

(25) Les pouvoirs publics évaluent le nombre de salariés étrangers sans titre de travail dans une fourchette située entre 200 000 et 400 000 personnes.

(26) Cette rédaction a été clarifiée par la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, l'intégration et à la nationalité.

(27) Il est significatif que la récente instruction du 12 septembre 2012 du ministère du Travail sur la rédaction des procès-verbaux de l'inspection du travail ne mentionne nullement cette possibilité (cf. paragraphe IV, 4).

(28) Cass. Crim. n° 97-85762 du 20 octobre 1998 ; Cass. Crim. n° 00-83920 du 13 février 2001, *SCI Had*.

théoriquement possible dès l'origine de l'interdiction du travail dissimulé. Cette mise en cause a été par la suite associée, en 1972 (29), à une condamnation pénale préalable de l'auteur du travail dissimulé, ce qui réduisait sensiblement son impact. La loi du 31 décembre 1991 a introduit un mécanisme autonome beaucoup plus opérationnel, fondé sur une obligation de vigilance générale et systématique dans le choix du contractant, qui s'applique à tous les donneurs d'ordre (30), dès lors que le montant du marché est égal ou supérieur à 3 000 euros (31). La loi du 31 décembre 1991 a, par ailleurs, créé un mécanisme spécifique permettant de mettre en cause financièrement, pour la première fois, le maître d'ouvrage.

La mise en cause financière du donneur d'ordre en matière d'emploi d'étranger sans titre de travail a été introduite plus tardivement dans le Code du travail par la loi du 11 mars 1997 et complétée par un ajustement législatif en 2011.

S'agissant du donneur d'ordre, la solidarité financière a pour effet de lui transférer le paiement des sommes dont est débiteur son cocontractant, en matière fiscale et en matière sociale, ainsi que des rémunérations et indemnités dues à ses salariés. Elle permet aussi de lui demander de rembourser les aides publiques dont a bénéficié son cocontractant. Lorsque ce dernier emploie de la main-d'œuvre étrangère sans titre de travail et en situation irrégulière, le donneur d'ordre est également tenu par le paiement de la contribution spéciale et de la contribution forfaitaire (32). Dans certaines affaires, ces différentes sommes représentent des montants élevés.

La solidarité financière est mise en œuvre à la diligence du ou des créanciers intéressés. L'intérêt de la solidarité financière pour le créancier est de lui permettre de choisir son débiteur - sous-traitant ou donneur d'ordre - et de s'adresser directement et exclusivement au donneur d'ordre, *a priori* plus solvable et de meilleure pérennité économique. Cet avantage est d'autant plus appréciable lorsque le sous-traitant est une entreprise étrangère qui n'a aucune existence en France. À ce titre, la solidarité financière est à la fois préventive et dissuasive, puisqu'elle conduit le donneur d'ordre à faire un choix réfléchi de son cocontractant. Le donneur d'ordre avisé, qui ne souhaite pas être tenu au paiement des dettes de son sous-traitant,

évitera de faire appel à la première entreprise venue.

Pour autant, la solidarité financière du donneur d'ordre n'est pas automatique, dès lors que du travail dissimulé ou de l'emploi d'étranger sans titre de travail est constaté. Il faut que le donneur n'ait pas procédé à des vérifications préalables, puis périodiques, auprès de son cocontractant, vérifications très formelles (33) dont il doit rapporter la preuve si son sous-traitant est en infraction avec la loi.

La solidarité financière est applicable même si le donneur d'ordre a bénéficié d'une décision de relaxe au pénal (34). Le montant de 3 000 euros s'apprécie dans la globalité de la relation commerciale entretenue entre le donneur d'ordre et le sous-traitant, lorsque les contrats se succèdent dans le temps (35).

En 2004 (36), une évolution législative inappropriée a conditionné la mise en œuvre de la solidarité financière en matière de travail dissimulé à l'existence d'un procès-verbal établi par un agent de contrôle à l'encontre du sous-traitant, faisant dépendre ainsi l'action des créanciers, et notamment du salarié victime des pratiques de son employeur, de l'intervention préalable de l'administration. Ce faisant, le champ de la solidarité financière a été considérablement réduit, contrairement à l'intention du législateur du 31 décembre 1991 qui avait volontairement conçu un mécanisme autonome, de nature civile, de récupération des sommes dues, à la seule main des créanciers.

Dans la pratique, la solidarité financière est essentiellement utilisée par deux créanciers, les Urssaf en matière de travail dissimulé et l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) pour l'emploi de salariés étrangers sans titre de travail. S'agissant des diligences des Urssaf, tant le rapport annuel de l'Acoss sur la lutte contre le travail illégal (37) que la jurisprudence de la Cour de cassation (38) attestent de l'intérêt soutenu porté par ces organismes de recouvrement à cette procédure. L'activité de l'OFII est moins visible, mais tout aussi réelle, notamment pour obtenir le paiement de la contribution spéciale (39).

Cependant, pour donner à ce mécanisme tout son dynamisme, notamment au bénéfice des salariés dissimulés, il faudrait revenir au texte originel de la loi du 31 décembre 1991 et supprimer l'exigence d'un procès-

(29) Loi n° 72-648 du 11 juillet 1972 définissant et sanctionnant le travail clandestin.

(30) Entreprises, associations, personnes morales de droit public et particuliers.

(31) Article L. 8222-1 du Code du travail.

(32) Article L. 8254-2 du Code du travail.

(33) Articles D. 8222-4 et suivants du Code du travail.

(34) Cass. Civ. 2 n° 06-21961 du 17 janvier 2008, *Mory Team*.

(35) Cass. Civ. 2 n° 06-20594 du 17 janvier 2008, *Maisons Vesta*.

(36) Article 71 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie.

(37) Selon le rapport annuel 2011 de l'Acoss, 12 millions d'euros ont été chiffrés à l'encontre des donneurs d'ordre pour 226 procédures engagées contre eux.

(38) Une dizaine d'arrêts rendus dont le dernier : Cass. Civ. 2 n° 12-40037 du 5 juillet 2012, *Arco*. Décision de non-transmission au Conseil Constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité.

(39) CA Versailles n° 05VE01659 du 18 décembre 2007, *SEGECO*.

verbal préalable d'un agent de contrôle, d'autant que ce procès-verbal est couvert par l'article 11 du Code de procédure pénale (40) et qu'il n'est pas transmissible au salarié créancier. Ce dernier, bien que victime des pratiques de travail illégal de son employeur, est doublement pénalisé par la réforme de 2004.

2. Contrairement au donneur d'ordre, la responsabilité financière du maître d'ouvrage ne peut pas être actionnée immédiatement lors du constat d'une situation de travail dissimulé ou d'emploi d'étranger sans titre de travail du fait d'un sous-traitant avec lequel il n'a pas de relation directe. La loi considère qu'il ne connaît que l'entreprise principale avec qui il a contracté. Il doit donc être, préalablement, mis en demeure de faire cesser sans délai la situation de travail dissimulé ou d'emploi d'étranger sans titre de travail constatée par un agent de contrôle, un syndicat ou un représentant du personnel. Faute d'avoir fait cesser immédiatement le travail dissimulé ou l'emploi d'étranger sans titre de travail dans le processus économique qu'il a initié, le maître d'ouvrage se trouve dans les liens de la solidarité financière et peut se voir réclamer, à l'identique du donneur d'ordre, les dettes fiscales et sociales de tout sous-traitant, quel que soit son rang, ainsi que la contribution spéciale et la contribution forfaitaire dues à l'OFII.

En première analyse, ce mécanisme peut paraître complaisant à l'égard du maître d'ouvrage, qui est censé avoir une connaissance précise de la façon dont se réalise le travail qu'il a commandé et dont il surveille l'exécution. En réalité, cette solidarité financière est une entorse remarquable à la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, puisqu'elle oblige le maître d'ouvrage à intervenir pour régulariser une situation de travail non contractuelle impliquant un sous-traitant avec lequel il n'a aucun lien de droit. Au surplus, si le maître d'ouvrage laisse perdurer la situation de travail dissimulé ou d'emploi d'étranger sans titre de travail après avoir reçu cette mise en demeure, sa responsabilité pénale peut être également retenue puisqu'il aura utilisé, par personne interposée et en toute connaissance de cause, les services d'un sous-traitant en marge de la légalité.

Compte tenu des risques encourus au plan financier et pénal, il est donc rare qu'un maître d'ouvrage reste passif et ne donne pas suite à la mise en demeure de régularisation qu'il reçoit.

3. En tout état de cause, la condamnation pénale d'un donneur d'ordre ou d'un maître d'ouvrage pour avoir

recouru à un sous-traitant qui pratique du travail dissimulé ou emploie un salarié étranger sans titre de travail entraîne de plein droit leur solidarité financière.

Enfin, au nom de la même logique, un mécanisme récent de solidarité financière, introduit dans le Code de la Sécurité sociale (41) autorise les organismes de protection sociale à réclamer, à titre subsidiaire, à la société-mère ou à la société holding à laquelle appartient l'employeur, le paiement de ses cotisations et contributions sociales, ainsi que les majorations et pénalités lorsque cet employeur est verbalisé pour travail dissimulé.

C. Les mesures administratives

Des mesures administratives complètent les sanctions pénales et la solidarité financière. Cinq mesures sont susceptibles d'être mobilisées à l'encontre du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage.

La condamnation pénale d'un donneur d'ordre ou d'un maître d'ouvrage pour avoir recouru à une entreprise qui pratique du travail dissimulé ou emploie un salarié étranger sans titre de travail entraîne leur exclusion automatique des marchés publics pendant cinq ans (42).

Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour recours à un sous-traitant qui pratique du travail dissimulé ou emploie un salarié étranger sans titre de travail peut se voir refuser, pendant cinq ans, des aides publiques à l'emploi et à la formation professionnelle, ainsi que les aides et les subventions publiques à caractère culturel et celles accordées par Pôle Emploi. Les aides et subventions déjà versées dans les douze mois précédant l'établissement du procès-verbal peuvent être remboursées (43).

Lorsqu'ils ont fait l'objet d'un procès-verbal pour du travail dissimulé, ils perdent le bénéfice des exonérations et réductions de cotisations et contributions sociales applicables au titre des rémunérations versées aux salariés qu'ils emploient, pour chacun des mois au cours duquel il est constaté qu'ils ont recouru à du travail dissimulé en qualité de complice de leur sous-traitant, et ce dès l'établissement du procès-verbal (44).

Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour recours à un sous-traitant qui pratique du travail dissimulé ou emploie un salarié étranger sans titre de travail peut faire l'objet de la fermeture administrative de l'établissement qui a servi à commettre l'infraction, pendant trois mois, par décision préfectorale.

(40) L'article 11 du CPP pose le principe du secret de l'enquête et de l'instruction.

(41) Article 75 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification du droit et d'allègement des procédures (article L. 243-7-3 du Code de la Sécurité sociale).

(42) Article 27 de la loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal ; circulaire n° 98-27 du 19 février 1998 du ministère de l'Équipement, des transports et du logement.

(43) Article L. 872-1 du Code du travail.

(44) Article L. 133-4-5 du Code de la Sécurité sociale.

Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour recours à un sous-traitant qui pratique du travail dissimulé ou qui emploie un salarié étranger sans titre de travail peut faire l'objet d'une exclusion des contrats publics, pendant six mois, par décision préfectorale.

Les différents acteurs publics de la lutte contre le travail

illégal disposent ainsi, dans le cadre de leur mission, d'outils juridiques diversifiés et spécifiques pour rechercher et mettre en cause la responsabilité du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage dans le cadre d'une véritable opération de sous-traitance, mais lorsque ces derniers ont bénéficié des services d'une entreprise intervenant en marge de la légalité.

II. La responsabilité du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage qui recourent à une fausse sous-traitance

Lorsque le recours à un sous-traitant se limite à une relation commerciale dont l'objet réel, mais non avoué, est de se procurer un complément de main-d'œuvre, sans autre prestation, la fausse sous-traitance est caractérisée. Bien que celle-ci ne constitue pas, en soi, une infraction, cette utilisation illicite de salarié est susceptible de qualifications juridiques et d'incriminations visant le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage.

A. Les éléments constitutifs de la fausse sous-traitance

La fausse sous-traitance est une appellation familière, dont l'usage a réellement commencé à prospérer dans le monde du travail au début des années 70. La fausse sous-traitance peut se définir comme une organisation frauduleuse du travail qui, sous des apparences de légalité commerciale, vise à faire travailler des salariés en s'affranchissant du respect de la législation fiscale et sociale afférente à ces emplois. Il s'agit de la forme la plus élaborée du travail illégal. Elle n'est pas fortuite ; elle est voulue et organisée.

La fausse sous-traitance se manifeste soit par de la mise à disposition illégale de salarié(s) entre deux entreprises, soit par l'emploi de salarié(s) sous un statut apparent de travailleur(s) indépendant(s). Dans les deux cas, la réalité de la relation de travail subordonné est masquée par un montage commercial.

La fausse sous-traitance par mise à disposition illégale de salariés constitue, en première analyse, les infractions de marchandage et de prêt illicite de personnel (45).

Lorsqu'elle se traduit par l'emploi de faux travailleurs indépendants, elle correspond, à titre principal, à l'infraction de dissimulation d'emploi salarié (46).

1. A défaut de précision dans le Code du travail, la Cour de cassation a posé les critères permettant de faire la distinction entre une vraie sous-traitance et une simple mise à disposition de salariés constituant du marchandage ou du prêt illicite de main-d'œuvre (47). Le premier arrêt de la Haute juridiction qui définit la vraie sous-traitance la présente comme l'exécution d'une tâche nettement définie, rémunérée de façon forfaitaire, avec le maintien de l'autorité du sous-traitant sur son personnel, auquel il verse son salaire et dont il assure l'encadrement, la discipline et la sécurité (48). Depuis cette décision, de très nombreux arrêts sont venus préciser et confirmer la nature des éléments de fait, qui, par la technique du faisceau d'indices, sont à prendre en considération pour analyser la situation de travail litigieuse (49).

Au premier chef, le transfert de la subordination juridique exercée sur les salariés du sous-traitant vers le donneur d'ordre caractérise principalement l'existence d'une fausse sous-traitance (50). A ce marqueur déterminant, dont la preuve nécessite un examen détaillé des relations de travail, s'ajoutent :

- l'absence de savoir-faire ou de technicité spécifique des salariés du sous-traitant ; cela ne signifie pas que ces salariés ne sont pas ou peu qualifiés, mais qu'ils n'ont pas de compétence particulière par rapport aux salariés du donneur d'ordre (51) ;

- le fait que les salariés du sous-traitant s'acquittent

(45) Articles L. 8231-1 et L. 8241-1 du Code du travail.

(46) Article L. 8221-5 du Code du travail.

(47) Si des petites différences existent entre le marchandage et le prêt illicite de personnel, il s'agit fondamentalement de pratiques visant à se prêter des salariés contre rémunération, en dehors des cas autorisés par la loi.

(48) Cass. Crim. du 21 janvier 1986, *TMG* ; voir également Cass. Crim. n° 93-83104 du 3 mai 1994, *SNC*.

(49) L'une des décisions sans doute la plus explicite est l'arrêt *CEA* rendu le 9 décembre 2003 (n° 01-43554) par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans une affaire de prestations informatiques.

(50) Cass. crim. n°84-91628 du 25 juin 1985 *Altra* ; cass. crim. n°91-81653 du 26 janvier 1993 *Rodrigo*.

(51) Cass. Crim. n° 91-40222 du 9 juin 1993, *Sotralentz* ; Cass. Crim. n° 09-80414 du 15 septembre 2009, *S° Ka* ; des ingénieurs et cadres peuvent faire l'objet de marchandage et de prêt illicite de personnel : Cass. Crim. n° 97-80138 du 16 juin 1998, *IPSI*.

de tâches relevant de l'activité normale et habituelle du donneur d'ordre (52) ;

- l'absence de définition précise de la tâche à accomplir par le sous-traitant (53) ;

- la fourniture du mode opératoire, de la matière première, du matériel et des matériaux par le donneur d'ordre, voire la formation du personnel du sous-traitant (54).

Ces éléments peuvent être complétés, en fonction des circonstances de l'affaire, d'autres indices tels que les mentions portées sur les documents commerciaux et les modalités de la facturation.

Par ailleurs, cette mise à disposition de salariés, lorsqu'elle est avérée, doit se faire dans un but lucratif pour être répréhensible et constituer ainsi du marchandage et du prêt illicite de main-d'œuvre. La Cour de cassation donne une définition large du but lucratif, qui facilite la caractérisation de ces deux infractions : soit un bénéfice, un profit ou un gain pécuniaire pour le sous-traitant ou le donneur d'ordre (55). Ainsi, le fait de facturer et de verser une contrepartie financière, y compris à prix coûtant (56), ou le fait pour le donneur d'ordre de ne pas avoir à supporter les salaires et les charges, ou encore le fait pour le donneur d'ordre de bénéficier par cette opération d'un accroissement de la flexibilité (57) relèvent d'un but lucratif.

Pour limiter les effets de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la définition du but lucratif, la loi du 28 juillet 2011, dite loi *Cher pion* (58), précise que le but lucratif du seul prêt de main-d'œuvre n'existe pas lorsque la facturation est faite à prix coûtant, c'est-à-dire en remboursement exclusif des salaires, des charges sociales et des frais professionnels versés au salarié prêté. La loi *Cher pion* encadre, par ailleurs, dans un dispositif assez strict, les modalités de cette mise à disposition, qui s'ajoute à la liste des autres mises à dispositions licites déjà

autorisées par le Code du travail (59).

2. La seconde manifestation de la fausse sous-traitance est l'emploi de salarié sous un statut apparent de travailleur indépendant. Cette fraude à l'emploi de salarié se traduit par de multiples montages, qu'il est possible de classer en deux catégories : d'une part, le recours direct par un donneur d'ordre à un ou plusieurs pseudo-travailleurs indépendants, personnes physiques, et, d'autre part, la création de sociétés commerciales, personnes morales, avec des gérants sans réelle autonomie.

De longue date, les tribunaux utilisent la technique de la requalification des relations contractuelles, qui a donné lieu à une jurisprudence considérable sur le sujet, visant la quasi-totalité des secteurs d'activités (60). Cette technique, visant au respect de l'ordre public social, est illustrée par deux arrêts particulièrement emblématiques de la Cour de cassation, l'un rendu par l'Assemblée plénière (*Barrat*) et l'autre par la Chambre criminelle (*Guégan*) (61). Pour tenter de contrer ou de limiter ces requalifications judiciaires, jugées abusives par certains, des dispositions ont été introduites dans le Code du travail, initialement par la loi du 11 février 1994, dite loi *Madelin* (62). Cette loi conditionnait la requalification de la relation contractuelle à l'existence d'une subordination juridique permanente. Malgré une certaine effervescence juridique autour de cette disposition lors de son insertion dans la loi et plusieurs ajustements législatifs ultérieurs, cette mention a survécu et est toujours inscrite dans le Code du travail (63). Sans grand effet sur les contentieux de faux travail indépendant soumis aux tribunaux, puisque très rapidement la Cour de cassation confirmait, puis maintenait, son analyse antérieure à la loi *Madelin* (64), à partir de la définition de la relation de travail subordonnée donnée dans l'arrêt *Société Générale* (65).

Ainsi donc, la requalification du statut de travailleur indépendant en salarié est prononcée s'il est établi que le donneur d'ordre se comporte à l'égard du travailleur

(52) Cass. Crim. n° 96-80727 du 28 janvier 1997, *Cayeux*.

(53) Cass. Crim. n° 93-80533 du 12 octobre 1993, *CMP*.

(54) Cass. Crim. n° 92-82928 du 22 juin 1993, *Scaramanga*.

(55) Cass. Crim. n° 05-85253 du 20 mars 2007, *Beyer*.

(56) Cass. Crim. n° 96-85090 du 14 octobre 1997, *Nicoletti* ; Cass. Crim. n° 96-86479 du 12 mai 1998, *Sogexpat*.

(57) Cass. Crim. n° 09-69175 du 18 mai 2011, *John Deere*, RDT 2011, p. 503, n. A. Fabre.

(58) Article 40 de la loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels, RDT 2011, p. 572, comm. S. Tournaux.

(59) Dans le cadre du travail temporaire, des agences de mannequins, des entreprises à temps partagé, des pôles de compétitivité, des associations intermédiaires...

(60) J.-P. Laborde « Contrat de travail et activité professionnelle » Dr. Ouv. 2011, p. 418 ; M. Badel « Actualité de la subordination : aspects de Sécurité sociale » Dr. Ouv. 2011, p. 438 ; F. Héas « Être ou ne pas être subordonné » Dr. Ouv. 2009, p. 405, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(61) Cass. Ass. Plén. n° 81-11647 du 4 mars 1983, *Barrat*, Dr. Ouv. 1984, p. 418 ; Cass. Crim. n° 84-95559 du 29 octobre 1985, *Guégan*.

(62) Articles 35 et 49 de la loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle modifiés par l'article 2 de la loi du 11 mars 1997 précitée, l'article 34 de la loi n°2000-37 du 19 janvier 2000, l'article 23 de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003, l'article 63 de la loi n°2005-157 du 23 février 2005 et l'article 11 de la loi n°2008-776 du 4 août 2005.

(63) Article L. 8221-6 du Code du travail.

(64) Cass. Crim. n° 96-86675 du 10 mars 1998, *Bonglet* ; Cass. Crim. n° 97-81873 du 31 mars 1998, *SEO* (pour des faits concomitants à la publication de la loi *Madelin*) et du même jour, pour de faux franchisés, n° 97-82979, Dr. Ouv. 1998, p. 438, n. M. Richevaux ; Cass. Crim. n° 05-82287 du 14 février 2006, *Duret*.

(65) Cass. Soc. n° 94-13187 du 13 novembre 1996, *Société Générale*, RPDS 1997, p. 30, n. L. de La Pradelle.

indépendant comme il le ferait à l'égard d'un salarié, en encadrant son activité, en lui donnant des directives et des instructions, en l'obligeant à rendre compte et en le sanctionnant, ce qui révèle une subordination juridique et non pas l'exercice autonome d'une activité professionnelle.

La création du statut d'auto-entrepreneur et l'entrée de douze nouveaux États dans l'Union Européenne (66) ont créé un effet d'aubaine auprès des donneurs d'ordre et ont augmenté les situations de faux travail indépendant. Mais la technique de la requalification contractuelle, fondée sur la démonstration de l'existence d'une subordination juridique permanente, outil juridique de la lutte contre cette forme de travail illégal, s'applique également à ces manifestations plus récentes de cette fraude.

B. Les qualifications juridiques et les incriminations relevant de la fausse sous-traitance

Le dispositif de lutte contre le travail illégal propose différentes réponses aux fraudes générées par les pratiques de fausse sous-traitance (67), qu'il s'agisse soit de marchandage ou de prêt illicite de personnel, soit de recours à du faux travail indépendant.

1. En présence de marchandage ou de prêt illicite de personnel

Les deux infractions de marchandage ou de prêt illicite de personnel obéissent au même régime de sanctions pénales, civiles, financières et administratives.

a) Au plan pénal, il s'agit de délits inscrits dans le Code du travail depuis le décret loi du 2 mars 1848, qui a aboli l'esclavage, ce qui en fait les dispositions les plus anciennes de ce code. Ces délits sont réprimés par des textes et des peines spécifiques, qui visent à la fois le donneur d'ordre et le sous-traitant, c'est-à-dire l'utilisateur et le fournisseur des salariés objets de l'opération de fausse sous-traitance.

La Cour de cassation a apporté deux précisions importantes relatives à la répression de ces infractions. Elle a tout d'abord indiqué (68) que le donneur d'ordre et le sous-traitant sont co-auteurs, à part égale, de ces infractions. Elle a surtout tiré toutes les conséquences du transfert de la subordination juridique du sous-traitant vers le donneur d'ordre résultant d'une situation de fausse

sous-traitance, en considérant que le donneur d'ordre devenait l'employeur des salariés prêtés (69). En cette qualité, le donneur d'ordre-employeur peut être également condamné pour dissimulation d'emploi salarié (70). S'il s'avère que les salariés prêtés sont des étrangers sans titre de travail, le donneur d'ordre peut se voir condamné pour un troisième délit d'emploi de salarié étranger sans titre de travail (71). Enfin, si le salarié prêté est victime d'un accident du travail au service du donneur d'ordre, ce dernier peut être condamné pour non-respect des règles de sécurité prévues par le Code du travail (72). Il s'agit donc d'un dispositif pénal très dense et, en principe, particulièrement dissuasif, compte tenu du cumul des sanctions potentiellement encourues, notamment du fait de la requalification.

b) Au plan civil, toutes les conséquences de la requalification du donneur d'ordre en employeur n'ont pas encore été tirées, sans doute faute, pour les salariés victimes de ces pratiques, de connaître cette jurisprudence et d'engager des contentieux prud'homaux appropriés. Il est cependant acquis que la position de la Chambre sociale de la Cour de cassation (73) rejoint celle de la Chambre criminelle en considérant, elle aussi, le donneur d'ordre comme l'employeur des salariés prêtés et qui sont, de fait, dissimulés par celui-ci (74). La Chambre sociale considère explicitement qu'un contrat de travail unit le donneur d'ordre et le salarié mis à disposition lors d'une opération de fausse sous-traitance. Cette qualification ouvre des perspectives intéressantes aux salariés pour l'ensemble des droits attachés à l'exécution et à la rupture de leur contrat de travail : application du statut collectif de l'entreprise du donneur d'ordre, indemnités de rupture et reconnaissance de la faute inexcusable de celui-ci, si un accident du travail survenait. Ces perspectives sont d'autant plus réelles et intéressantes que certaines mises à disposition, dans le cas de fausse sous-traitance, peuvent durer de longues périodes (75).

c) Au plan financier et administratif, le donneur d'ordre, utilisateur de la main-d'œuvre qui lui est prêtée, s'expose à plusieurs sanctions qui s'ajoutent aux suites pénales et civiles.

Lorsque les salariés prêtés sont des étrangers sans titre de travail, le donneur d'ordre est redevable, en

(66) Sur ce sujet, v. H. Guichaoua «Fraudes aux prestations de services internationales et au détachement de salariés sur le territoire français», Dr. Ouv. 2011, p. 769.

(67) F. Muller « Détachement, mise à disposition, déplacement de travailleurs, prêt de main-d'œuvre : *what else ?* » Dr. Ouv. 2011, p. 447.

(68) Cass. Crim. n° 87-81212 du 25 avril 1989, *Renault*.

(69) Cass. Crim. n° 90-80060 du 15 octobre 1991, *Sebello*.

(70) Cass. Crim. n° 05-80833 du 31 janvier 2006, *ABC*.

(71) Cass. Crim. n° 96-86679 du 4 juin 1998, *Tessandier* (ce qui devient aussi le cas pour de la fausse sous-traitance avec des entreprises bulgares et roumaines pendant la période transitoire).

(72) Cass. Crim. n° 04-87596 du 21 juin 2005, *PMP Sonorel*.

(73) Cass. Soc. n° 86-4356 du 16 mai 1990, *SMI* ; Cass. Soc. n° 01-43554 du 9 décembre 2003, *CEA*.

(74) Pas de déclaration préalable à l'embauche et pas de remise de bulletin de paie de la part du donneur d'ordre.

(75) Notamment pour des prestations intellectuelles (informatiques) ou dans la grande distribution.

qualité d'employeur, de la contribution spéciale (76) et de la contribution forfaitaire dues à l'OFII, qui peuvent atteindre des montants élevés. Ce mécanisme s'applique également lorsque la fausse sous-traitance intervient dans le cadre d'une prestation de services internationale (77). Le contentieux du recouvrement de ces deux contributions relevant de la juridiction administrative, celle-ci procède à la même analyse que le juge judiciaire, s'agissant de la requalification du donneur d'ordre en employeur.

Par ailleurs, le donneur d'ordre s'expose aux sanctions communes qui s'appliquent aux entreprises qui pratiquent du travail illégal.

La condamnation pénale d'un donneur d'ordre ou d'un maître d'ouvrage pour marchandage, prêt illicite de main-d'œuvre, travail dissimulé ou emploi d'un salarié étranger sans titre de travail entraîne leur exclusion automatique des marchés publics pendant cinq ans (78).

Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour marchandage, prêt illicite de main-d'œuvre, travail dissimulé ou emploi d'un salarié étranger sans titre de travail peut se voir refuser, pendant cinq ans, des aides publiques à l'emploi et à la formation professionnelle, ainsi que les aides et les subventions publiques à caractère culturel et celles accordées par Pôle Emploi. Les aides et subventions déjà versées dans les douze mois précédant l'établissement du procès-verbal peuvent être remboursées (79).

Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour du travail dissimulé perd le bénéfice des exonérations et réductions de cotisations et contributions sociales applicables au titre des rémunérations versées aux salariés qu'il emploie, pour chacun des mois au cours duquel il est constaté qu'il a recouru à du travail dissimulé en qualité de complice de son sous-traitant, et ce dès l'établissement du procès-verbal (80).

Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour recours à un sous-traitant qui pratique du travail dissimulé ou emploie un salarié étranger sans titre de travail peut faire l'objet de la fermeture administrative de l'établissement qui a servi à commettre l'infraction, pendant trois mois, par décision préfectorale.

Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour recours à un sous-traitant qui pratique du travail dissimulé ou emploie un salarié étranger sans titre de travail peut faire l'objet d'une exclusion des contrats publics, pendant trois mois, par décision préfectorale.

C. En présence d'un recours à du faux travail indépendant

Le recours par une entreprise à du faux travail indépendant est assorti de sanctions pénales, civiles, financières et administratives quasiment identiques à celles qui résultent d'une opération de marchandage ou de prêt illicite de personnel.

1. Au plan pénal, la requalification du donneur d'ordre en employeur du faux travailleur indépendant, telle qu'elle résulte des arrêts *Barrat et Guégan*, entraîne sa mise en cause pour le délit de dissimulation d'emploi salarié (81), y compris lorsque les faux travailleurs sont présentés comme des prestataires établis hors de France (82). Dans cette dernière situation, le donneur d'ordre fait l'objet, également, de sanctions pour emploi d'étranger sans titre de travail, lorsque ces personnes requalifiées en salariés devaient posséder une autorisation de travail (83). L'élément intentionnel de l'infraction se déduit du montage frauduleux (84). Le donneur d'ordre encourt également des sanctions pour non-respect des règles de sécurité prévues par le Code du travail si le pseudo-travailleur indépendant est victime d'un accident du travail (85).

Le donneur d'ordre s'expose aux mêmes conséquences pénales lorsque, par un montage commercial *a priori* plus sophistiqué via des contrats de mandat, il a créé un réseau de sociétés commerciales avec des gérants sans autonomie réelle. La société-écran n'est pas un obstacle à la requalification (86).

Dans certaines affaires, les pseudos-travailleurs indépendants sont placés via des intermédiaires, par l'entremise de montages plus ou moins sophistiqués. Ces intermédiaires, qui, contrairement aux donneurs d'ordre, ne sont pas les employeurs de ces personnes, font l'objet de condamnation pour marchandage ou prêt illicite de main-d'œuvre (87).

(76) Cour administrative d'appel de Douai n° 10DA01590 du 22 mars 2012, *Société aniziène de construction*.

(77) CAA Nancy n° 04NC00399 du 14 novembre 2005.

(78) Article 27 de la loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal.

(79) Article L. 8272-1 du Code du travail.

(80) Article L. 133-4-5 du Code de la Sécurité sociale.

(81) Cass. Crim n° 09-86305 du 28 septembre 2010, *Europol*.

(82) Cass. Crim. n° 09-85044 du 2 février 2010, *Bak*.

(83) *Bak* précitée ; Cass. Crim. n° 04-87840 du 13 septembre 2005, *MPDC*.

(84) Cass. Crim. n° 92-84846 du 6 avril 1993, *Sacy*.

(85) Cass. Crim. n° 99-81629 du 19 octobre 1999, *Mata*.

(86) Cass. Crim. n° 01-86388 du 25 juin 2002, *Gifi Center*.

(87) Cass. Crim. n° 01-82290 du 2 octobre 2001, *TSF*.

2. Au plan civil, les nombreuses actions judiciaires, conduites tant par les faux travailleurs indépendants eux-mêmes contre leurs donneurs d'ordre que par les organismes de recouvrement des cotisations sociales, dénotent une plus grande attention et une plus forte sensibilité à l'égard de cette fraude qu'envers les opérations de marchandage et de prêt illicite de personnel.

Sans être la première action judiciaire menée par un pseudo-travailleur indépendant, la procédure engagée par M. Barrat contre l'école des Roches, qui a donné lieu à la décision de principe de la Cour de cassation, avait pour objet d'obtenir des indemnités consécutives à la rupture, qu'il jugeait abusive, de son contrat de travail. Depuis, plusieurs actions judiciaires emblématiques en requalification ont été portées devant les tribunaux, notamment dans le transport routier de marchandises (88), les activités de taxi (89), le portage de bagages en aéroport ou en gare (90), la gérance d'hôtels de chaîne (91) et les commerces de détail non alimentaires (92). Ces actions engagées devant les tribunaux, soit pendant le cours de la période de travail, soit à l'issue de celle-ci, visent à obtenir la transformation de leur statut en salariés, des rappels de rémunération, l'indemnité de congé payé, l'indemnité forfaitaire pour emploi dissimulé ou l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, ainsi que la remise de bulletins de paie.

Les organismes de recouvrement se sont mobilisés, et continuent de le faire, contre cette fraude à l'emploi salarié qui élude le paiement des cotisations sociales (93). L'action en recouvrement de ces cotisations auprès du donneur d'ordre bénéficie d'ailleurs d'un délai de prescription de cinq ans, et non du délai de droit commun de trois ans, puisqu'il s'agit de dissimulation d'emploi salarié (94).

Pour renforcer la lutte contre ce type de fraude, l'action en recouvrement des cotisations sociales éludées dans des affaires de faux travail indépendant, et dans les limites de la prescription, a été formellement prévue par la loi du 11 mars 1997. Cette action en recouvrement a été

supprimée, à la surprise générale, par la loi du 1er août 2003 (95), fragilisant ainsi des procédures en cours engagées par les Urssaf dans des affaires de cette nature avec des fraudes significatives (96). Cette procédure a été fort opportunément rétablie par la loi du 21 décembre 2011 (97), mais en la conditionnant à une condamnation pénale préalable du donneur d'ordre pour dissimulation d'emploi salarié, ce qui retarde et réduit sensiblement les effets de ce mécanisme (98).

La mise en cause du donneur d'ordre en matière de recouvrement de cotisations sociales offre un intérêt supplémentaire lorsque les faux travailleurs indépendants sont présentés comme des prestataires établis hors de France.

3. Au plan financier et administratif, le donneur d'ordre encourt les mêmes sanctions que celles applicables dans une affaire de marchandage ou de prêt illicite de personnel.

Lorsque les faux travailleurs indépendants sont des étrangers sans titre de travail, il est redevable en qualité d'employeur de la contribution spéciale et de la contribution forfaitaire dues à l'OFII. Ce mécanisme s'applique également lorsque la fausse sous-traitance intervient dans le cadre d'une prestation de services internationale (99). Le contentieux du recouvrement de ces deux contributions relevant de la juridiction administrative, celle-ci procède à la même analyse que le juge judiciaire, s'agissant de la requalification du donneur d'ordre en employeur.

Par ailleurs, le donneur d'ordre s'expose aux pénalités administratives communes qui s'appliquent aux entreprises qui pratiquent du travail illégal.

La condamnation pénale d'un donneur d'ordre ou d'un maître d'ouvrage pour dissimulation d'emploi salarié, voire emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, entraîne leur exclusion automatique des marchés publics pendant cinq ans (100).

(88) Cass. Crim. n° 97-80236 du 24 février 1998, *Tournaux* ; Cass. Soc. n°s 01-45147 et 01-45148 du 25 octobre 2005, Dr. Ouv. 2006, p. 137, n. A. de Senga ; Cass. Civ. 2 n° 06-20.480 du 20 mars 2008, Dr. Ouv. 2008, p. 528, n. A. Mazières.

(89) Cass. Soc. n° 98-40572 du 19 décembre 2000, *Labanne*, Dr. Ouv. 2001, p. 241, n. A. de Senga.

(90) Cass. Soc. n° 02-42127 du 9 juillet 2003, *SNCF*.

(91) Cass. Soc. n° 04-40749 du 23 nov. 2005, *HCBM*, Dr. Ouv. 2006, p. 138, n. A. de Senga ; Cass. Soc. n° 09-40478 du 15 décembre 2010, *Etap*.

(92) Cass. Soc. n° 01-41896 du 27 mai 2003, *Besson* ; CA Versailles 24 octobre 2006, Dr. Ouv. 2007, p. 425.

(93) Cass. Civ. 2 n° 08-21817 du 20 mai 2010, *Trois Rois Immobilier* (régime général) ; Cass. Civ. 2 n° 07-15535 du 13 novembre 2008, *MSA des Pyrénées Atlantiques* (régime agricole), Dr. Ouv. 2009, p. 104, n. F. Guiomard ; Cass. Civ. 2 n° 06-20.480 du 20 mars 2008, préc. ; Cass. Civ. 2 n° 03-30741 du 31 mai 2005 (régime général), Dr. Ouv. 2005, p. 487, n. Y. Saint-Jours.

(94) Article L. 244-3 du Code de la Sécurité sociale.

(95) Article 23 de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique.

(96) Cass. Civ. 2 n° 10-22868 du 13 octobre 2011, *Babou*.

(97) Article 125 de la loi n° 2011-1966 du 21 décembre 2011 de financement de la Sécurité sociale pour 2012.

(98) Il aurait été plus judicieux de revenir à la rédaction de l'article 2 de la loi du 11 mars 1997, qui en faisait une procédure autonome du pénal.

(99) CAA Nancy n° 04NC00399 du 14 novembre 2005.

(100) Voir note 40.

Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour dissimulation d'emploi salarié, voire emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, peut se voir refuser, pendant cinq ans, des aides publiques à l'emploi et à la formation professionnelle, ainsi que les aides et les subventions publiques à caractère culturel et celles accordées par Pôle Emploi. Les aides et subventions déjà versées dans les douze mois précédant l'établissement du procès-verbal peuvent être remboursées (101).

Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour dissimulation d'emploi salarié perd le bénéfice des exonérations et réductions de cotisations et contributions sociales applicables au titre des rémunérations versées aux salariés qu'il emploie, pour chacun des mois au cours duquel il est constaté qu'il a recouru à cette fraude en qualité de complice de son sous-traitant, et ce dès l'établissement du procès-verbal (102).

Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour dissimulation d'emploi salarié, voire emploi d'un salarié étranger sans titre de

travail, peut faire l'objet de la fermeture administrative de l'établissement qui a servi à commettre l'infraction, pendant trois mois, par décision préfectorale.

Il peut également faire l'objet d'une exclusion des contrats publics, pendant trois mois, par décision préfectorale.

La mise en cause du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage dans le cadre de la lutte contre le travail illégal est une nécessité bien comprise par tous ceux qui sont impliqués dans cette mission et qui disposent, à cet effet, d'outils juridiques efficaces. Cependant, la difficulté majeure rencontrée dans le cadre de ces enquêtes, notamment pour les affaires de fausse-sous-traitance, complexes par nature (103), est le temps qui est nécessaire pour les mener utilement à leur terme. Un travail en partenariat renforcé entre les services de contrôle et les organismes de recouvrement est, sans doute, de nature à faciliter le traitement de tous les aspects de cette délinquance d'intelligence, y compris pour mieux informer les salariés victimes de ces pratiques des droits dont ils disposent.

Hervé Guichaoua

(101) Voir note 41.

(102) Voir note 42.

(103) Certains montages frauduleux peuvent concerner plusieurs centaines de personnes employées en fraude avec la loi.



Dalloz HyperCours – 2012
ISBN 978 2 247 12173 1
704 pages – 34 €

DROIT DU TRAVAIL (7^e ed.)

par Elsa Peskine et Cyril Wolmark

I. SITUER LE DROIT DU TRAVAIL

Ouvertures
Domaine
Sources

II. L'ACCÈS À L'EMPLOI

Le recrutement
Conclusion du contrat
Le contrat à durée déterminée
Les relations triangulaires de travail
Le contrat de travail à temps partiel

III. LE POUVOIR DE L'EMPLOYEUR

Pouvoir disciplinaire
Pouvoir normateur
Pouvoir et contrat
Pouvoir et droits fondamentaux

IV. LE CONTENU DE L'EMPLOI

Le salaire
Le temps de travail

V. LE CONTRAT PRÉSERVÉ

La suspension du contrat de travail
Transferts d'entreprise

VI. L'EMPLOI PERDU

Qualifications de la rupture
Droit commun du licenciement
Les motifs personnels de licenciement
Le licenciement économique

VII. LES SALARIÉS COALISÉS

La grève
Le syndicat

VIII. LES CONVENTIONS COLLECTIVES

Formation et champ d'application
Modification et destruction des conventions collectives
Les conventions collectives parmi les sources du droit du travail

IX. LES DÉLÉGUÉS DES TRAVAILLEURS

Diversité des délégués des travailleurs
Désignation et élection des représentants

X. LA PUISSANCE PUBLIQUE

L'inspection du travail
Le conseil de prud'hommes