# MODE D'EMPLOI

# POUR LE CONTROLE

# DU TRAVAIL DISSIMULE

## Faire respecter l'ordre public social

**Hervé GUICHAOUA**

**Juriste en droit social**

**Ancien directeur du travail - Ministère du travail**

**rvguichaoua@hotmail.fr**

**https://herveguichaoua.fr/**

**3ème édition**

**Octobre 2021**

## Remerciements

Je remercie très sincèrement les contrôleurs du travail, les inspecteurs du travail, les directeurs adjoints du travail et les directeurs du travail, ainsi que l'inspecteur du recouvrement de l'Urssaf, 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 3ème édition intègre les évolutions juridiques depuis le mois d'avril 2020, notamment celles relatives au travailleur des plateformes numériques, ainsi que la jurisprudence significative, dont celle de la CJUE et de la Cour de cassation, relative à l'opposabilité du certificat de détachement remis au salarié détaché qui vient travailler sur le territoire français.

Le Mode d'emploi est en ligne sur le site de l'auteur à l'adresse suivante : https://herveguichaoua.fr/, rubrique Actualités ou Guides-mode d'emploi, 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 de la fausse sous-traitance 2ème édition Janvier 2020

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

.- Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français 5ème édition Juin 2021

.- Mode d'emploi pour la mise en cause du donneur d'ordre, du maître d'ouvrage et de tous autres dans le cadre du travail illégal et du dumping social 3ème édition Juillet 2019

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

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

# PLAN

**Sommaire p.7**

**Observations générales p.19**

**Un peu de vocabulaire p.22**

**Quelques remarques liminaires à caractère juridique p.24**

**1ère partie** La dissimulation d'activité économique indépendante **p.27**

**2ème partie** La dissimulation d'emploi salarié **p.87**

**3ème partie** Les droits des victimes **p.203**

**4ème partie** Les agents de contrôle habilités et leurs prérogatives **p.295**

**5ème partie** Jurisprudence **p.313**

**Annexes p.365**

- Liste des centres de formalités des entreprises **p.369**
- Tableaux des vérifications relatives à la solidarité financière **p.371**
- Droits du salarié dissimulé **p.385**
- 9 propositions pour améliorer le dispositif juridique **p.393**

## SOMMAIRE

Observations générales **p.19**

Un peu de vocabulaire **p.22**

Quelques remarques liminaires à caractère juridique **p.24**

## 1ère partie Le travail dissimulé par dissimulation d'activité économique indépendante p.27

**.I. Le champ de l'infraction p.30**

**.A.** Quelles activités ? **p.30**

**.B.** Quelles omissions de formalités déclaratives ? **p.32**

**.B.1.** Le défaut de demande d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés (RCS) ou au répertoire des métiers (RM) article L.8221-3 1° du code du travail **p.32**

- **.B.1.1**. Le délai **p.32**
- **.B.1.2.** Le centre de formalités des entreprises **p.33**
- **.B.1.3.** La mention « en cours » **p.34**
- .**B.1.4**. L'établissement principal et l'établissement secondaire **p.34**
- **.B.1.5.** Les autres registres professionnels **p.35**

**.B.2.** Le défaut de déclarations aux organismes de protection sociale ou à l'administration fiscale article L.8221-3 2° du code du travail **p.35**

- **.B.2.1.** Le centre de formalités des entreprises **p.35**
- **.B.2.2.** Le caractère alternatif du défaut de déclarations **p.37**
- **.B.2.3.** Le défaut de déclarations initiale ou périodiques, total ou partiel **p.37**

**.C.** La poursuite de l'activité professionnelle, après radiation **p.38**

**.D.** Quid de la mise en cause d'une entreprise établie à l'étranger ? **p.39**

**.D.1.** L'entreprise étrangère a créé un établissement en France **p.39**

**.D.2.** L'entreprise étrangère n'a pas créé d'établissement en France **p.39**

- **.D.2.1.** L'entreprise étrangère intervient temporairement en France **p.40**

- **.D.2.2.** L'entreprise étrangère ne remplit pas les conditions de la prestation de services en France **p.42**

**.E.** Le but lucratif de l'activité exercée **p.44**

**.E.1** L'activité est exercée par un bénévole **p.45**

**.E.2.** L'activité est exercée par une association **p.47**

**.F.** Le recours à une société de domiciliation **p.47**

**.II. L'interdiction de la publicité pour le travail dissimulé p.49**

**.A.** Le principe **p.49**

**.B.** Les annonces ou les offres de vente ou de service **p.50**

- **.B.1.** La diffusion d'une annonce par une publication papier ou télématique **p.51**
- **.B.2.** La diffusion d'une offre par affichage ou prospectus **p.51**

**.III. Les personnes responsables et les qualifications p.52**

**.A.** L'auteur du délit d'exercice d'un travail dissimulé **p.52**

**.B.** Le dirigeant ou le gérant de fait **p.52**

**.C.** Le donneur d'ordre qui recourt directement au travail dissimulé **p.54**

**.D.** Le maître d'ouvrage qui recourt par personne interposée au travail dissimulé **p.56**

**.E.** Le maître d'ouvrage délégué qui recourt par personne interposée au travail dissimulé **p.56**

**.F.** Les autres opérateurs intervenant dans la chaîne de sous-traitance **p.56**

**.G.** Le complice **p.56**

**.H.** La personne qui blanchit le produit du travail dissimulé **p.57**

**.I.** Le receleur **p.58**

**.IV. Les sanctions et les pénalités p.59**

**.A.** Les sanctions pénales **p.59**

**.A.1.** Les sanctions pénales susceptibles d'être prononcées **p.59**

- **.A.1.1.** A l'égard de la personne physique **p.59**
- **.A.1.2.** A l'égard de la personne morale **p.61**

**.A.2.** La mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage **p.61**

**.A.2.1.** Le donneur d'ordre **p.62**

- **.A.2.1.1.** Les principes **p.62**
- **.A.2.1.2.** Les illustrations jurisprudentielles **p.62**
- **.A.2.1.3.** Les éléments factuels des procédures **p.63**
- **.A.2.1.4.** Et le particulier donneur d'ordre ? **p.65**

**.A.2.2.** Le maître d'ouvrage **p.65**

- **.A.2.2.1** Le principe **p.65**
- **.A.2.2.2.** Quelques illustrations **p.65**
- **.A.2.2.3.** Et le particulier maître d'ouvrage ? **p.66**

**.B.** La solidarité financière **p.67**

**.B.1.** Les créanciers bénéficiaires de la solidarité financière **p.67**

**.B.2.** Le donneur d'ordre et la solidarité financière **p.68**

- **.B.2.1.** Les conditions d'application de la solidarité financière **p.68**
- **.B.2.2.** La mise en œuvre de la solidarité financière **p.70**
- **.B.2.3.** Et le particulier donneur d'ordre ? **p.71**

**.B.3.** Le maître d'ouvrage et la solidarité financière **p.72**

- **.B.3.1.** Les conditions d'application de la solidarité financière **p.73**
- **.B.3.2.** La mise en œuvre de la solidarité financière **p.74**
- **.B.3.3.** Et le particulier maître d'ouvrage ? **p.75**

**.B.4.** L'effectivité de la solidarité financière **p.75**

**.C.** Les sanctions et pénalités civiles **p.76**

**.C.1.** L'opérateur économique qui pratique du travail dissimulé **p.76**

- **.C.1.1.** L'opérateur économique est établi en France **p.76**

- **.C.1.2.** L'opérateur économique n'est pas établi en France **p.77**

**.C.2.** Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui recourt à du travail dissimulé **p.79**

**.D.** Les sanctions administratives **p.81**

**.D.1.** La fermeture temporaire de l'établissement ou l'arrêt temporaire d'activité **p.82**

**.D.2.** L'exclusion temporaire des contrats publics **p.83**

## 2ème partie Le travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié p.87

**.I. Le champ de l'infraction p.90**

**.A.** Quels employeurs ? **p.90**

**.B.** Quelles omissions de formalités ? **p.90**

**.B.1.** La dissimulation directe d'emploi salarié **p.90**

**.B.1.1.** L'employeur est établi en France **p.90**

- **.B.1.1.1.** Le défaut de déclaration préalable à l'embauche article L.8221-5 1° du code du travail **p.91**
- **.B.1.1.2.** Le défaut de remise de bulletin de paie article L.8221-5 2° du code du travail **p.93**
- **.B.1.1.3.** La sous déclaration d'heure de travail sur le bulletin de paie article L.8221-5 2° du code du travail **p.95**
- **.B.1.1.4.** Le défaut de déclaration de la masse salariale article L.8221-5 3° du code du travail **p.99**

**.B.1.2.** L'employeur n'est pas établi en France **p.100**

- **.B.1.2.1.** Le défaut de remise de bulletin de paie ou du document équivalent article L.8221-5 2° du code du travail **p.100**
- **.B.1.2.2.** La sous déclaration d'heure de travail sur le bulletin de paie ou sur le document équivalent article L.8221-5 2° du code du travail **p.101**
- **.B.1.2.3.** Le défaut de déclaration de la masse salariale article L.8221-5 3° du code du travail **p.101**

**.B.2.** La dissimulation d'emploi salarié par requalification judiciaire **p.107**

**.B.2.1.** La dissimulation d'emploi salarié par le recours à un faux statut **p.107**

- **.B.2.1.1.** Le recours à un prétendu bénévole **p.108**
- **.B.2.1.2.** Le recours à un prétendu stagiaire **p.117**
- **.B.2.1.3.** Le recours à un prétendu travailleur indépendant **p.121**
- **.B.2.1.4.** Le non respect des présomptions de salariat **p.130**
- **.B.1.1.5.** Le recours à un prétendu salarié détaché par une entreprise étrangère **p.135**

**.B.2.2.** La dissimulation d'emploi salarié, par le biais d'une mise à disposition, illicite ou licite **p.147**

- **.B.2.2.1.** La dissimulation d'emploi salarié par la fausse sous-traitance **p.148**
- **.B.2.2.2.** La dissimulation d'emploi salarié en dehors de la fausse sous-traitance **p.152**

**.II. Les personnes responsables et les qualifications p.158**

**.A.** L'auteur du délit d'exercice d'un travail dissimulé **p.158**

**.B.** Le dirigeant ou le gérant de fait **p.159**

**.C.** Le donneur d'ordre qui recourt directement au travail dissimulé **p.160**

**.D.** Le maître d'ouvrage qui recourt par personne interposée au travail dissimulé **p.161**

**.E.** Le maître d'ouvrage délégué qui recourt par personne interposée au travail dissimulé **p.162**

**.F.** Les autres opérateurs intervenant dans la chaîne de sous-traitance **p.162**

**.G.** Le complice **p.163**

**.H.** La personne qui blanchit le produit du travail dissimulé **p.164**

**.I.** Le receleur **p.164**

**.III. Les sanctions et les pénalités p.166**

**.A.** Les sanctions pénales **p.166**

**.A.1.** Les sanctions pénales susceptibles d'être prononcées **p.166**

- **.A.1.1.** A l'égard de la personne physique **p.166**
- **.A.1.2.** A l'égard de la personne morale **p.168**

**.A.2.** La mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage **p.168**

**.A.2.1.** Le donneur d'ordre **p.169**

- **.A.2.1.1.** Le principe **p.169**
- **.A.2.1.2.** Les illustrations jurisprudentielles **p.170**
- **.A.2.1.3.** Les éléments factuels des procédures **p.171**
- **.A.2.1.4.** Et le particulier donneur d'ordre ? **p.174**

**.A.2.2.** Le maître d'ouvrage **p.173**

- **.A.2.2.1** Le principe **p.173**
- **.A.2.2.2.** Quelques illustrations **p.173**
- **.A.2.2.3.** Et le particulier maître d'ouvrage ? **p.174**

**.B.** La solidarité financière **p.174**

**.B.1.** Les créanciers bénéficiaires de la solidarité financière **p.175**

**.B.2.** Le donneur d'ordre et la solidarité financière **p.175**

- **.B.2.1.** Les conditions d'application de la solidarité financière **p.175**
- **.B.2.2.** La mise en œuvre de la solidarité financière **p.178**
- **.B.2.3.** Et le particulier donneur d'ordre ? **p.179**

**.B.3.** Le maître d'ouvrage et la solidarité financière **p.180**

- **.B.3.1.** Les conditions d'application de la solidarité financière **p.180**
- **.B.3.2.** La mise en œuvre de la solidarité financière **p.182**
- **.B.3.3.** Et le particulier maître d'ouvrage ? **p.182**

**.B.4.** L'effectivité de la solidarité financière **p.183**

**.C.** Les sanctions et pénalités civiles **p.184**

**.C.1.** L'opérateur économique qui pratique du travail dissimulé **p.184**

- **.C.1.1.** L'employeur est établi en France **p.184**
- **.C.1.2.** L'employeur n'est pas établi en France **p.189**

**.C.2.** Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui recourt à du travail dissimulé **p.193**

**.D.** Les sanctions administratives **p.195**

- **.D.1.** Le refus de versement des aides emploi, formation professionnelle et culturelles **p.196**
- **.D.2.** Le remboursement des aides versées **p.197**
- **.D.3.** La fermeture temporaire de l'établissement ou l'arrêt temporaire d'activité **p.198**
- **.D.4.** L'exclusion temporaire des contrats publics **p.200**

## 3ème partie Les droits des victimes du travail dissimulé p.203

**.I. Les droits du salarié victime de la dissimulation de son emploi p.206**

**.A.** Quels sont les droits du salarié dissimulé ? **p.206**

**.A.1.** Au titre de la législation du travail **p.206**

- **.A.1.1.** Le salarié victime de la dissimulation directe de son emploi par son employeur, par omission de la DPAE ou non remise du bulletin de paie **p.206**
- **.A.1.2.** Le salarié victime de la dissimulation d'heures de travail par son employeur **p.207**
- **.A.1.3.** Le salarié victime de la dissimulation de son emploi par un faux statut **p.208**
- **.A.1.4.** L'indemnité forfaitaire équivalente à six mois de salaire **p.209**

**.A.2.** Au titre de la protection sociale **p.210**

- **.A.2.1.** L'étendue de la protection sociale éludée **p.210**
- **.A.2.2.** Le salarié dissimulé est couvert par la législation en matière d'accident du travail **p.212**
- **.A.2.3.** Le salarié dissimulé est couvert par la législation en matière de maladie professionnelle **p.215**

**.B.** La mise en œuvre des droits du salarié victime **p.215**

**.B.1.** La reconnaissance de ses droits au titre de la législation du travail **p.216**

**.B.1.1.** Quelle(s) juridiction(s) saisir ? **p.216**

**.B.1.2.** Quelle(s) personne(e) mettre en cause ? **p.219**

- **.B.1.2.1.** La mise en cause de l'employeur **p.219**
- **.B.1.2.2.** La mise en cause du donneur d'ordre **p.221**
- **.B.1.2.3.** La mise en cause du maître d'ouvrage **p.223**

**.B.2.** La reconnaissance de ses droits au titre de la protection sociale **p.224**

- **.B.2.1.** La déclaration et la reconnaissance de son accident du travail **p.225**
- **.B.2.2.** La déclaration et la reconnaissance de sa maladie professionnelle **p.226**
- **.B.2.3.** Le versement des cotisations sociales **p.227**

**.II. Les droits des organismes de protection sociale victimes du travail dissimulé p.229**

**.A.** Quels sont les organismes de protection sociale victimes ? **p.229**

**.B.** Quelle(s) personne(s) mettre en cause ? **p.231**

**.B.1.** La mise en cause du travailleur indépendant dissimulé **p.231**

**.B.2.** La mise en cause de l'employeur du salarié dissimulé **p.231**

**.B.2.1.** La mise en cause de l'employeur officiel du salarié dissimulé **p.232**

- **.B.2.1.1.** La mise en cause de l'employeur officiel établi en France du salarié dissimulé **p.232**
- **.B.2.1.2.** La mise en cause de l'employeur officiel non établi en France du salarié dissimulé **p.232**

**.B.2.2.** La mise en cause de celui qui exerce de fait la subordination juridique à l'égard du salarié **p.234**

- **B.2.2.1.** La mise en cause de celui qui emploie un salarié dissimulé mis à sa disposition **p.235**
- **.B.2.2.2.** La mise en cause de celui qui emploie un salarié sous un faux statut **p.240**

**.B.3.** La mise en cause du donneur d'ordre **p.247**

- **.B.3.1.** Le mécanisme de la solidarité financière de l'article L.8222-2 du code du travail **p.247**
- **.B.3.2.** Le mécanisme de la solidarité financière de l'article L.8222-6 du code du travail **p.248**
- **.B.3.3.** Les effets de la solidarité financière **p.249**

**.B.4.** La mise en cause du maître d'ouvrage **p.250**

- **.B.4.1.** Le principe **p.250**
- **.B.4.2.** Les effets de la solidarité financière **p.251**

**.B.5.** La mise en cause de la société mère **p.252**

**.C.** Les droits des organismes de protection sociale **p.252**

- **.C.1.** Le droit de se constituer partie civile et d'obtenir des dommages et intérêts **p.252**
- **.C.2.** Le recouvrement des cotisations et contributions sociales éludées **p.253**
- **.C.3.** Le refus des exonérations et des réductions de cotisations sociales **p.257**
- **.C.4.** L'annulation des exonérations et des réductions de cotisations sociales **p.257**
- **.C.5.** Le refus d'attribuer des aides publiques **p.260**
- **.C.6.** Le remboursement des aides publiques attribuées **p.261**
- **.C.7.** L'action récursoire contre l'employeur lors de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle du salarié dissimulé **p.262**

**.D.** La mise en œuvre des droits des organismes de protection sociale **p.262**

**.D.1.** L'utilisation de la voie pénale **p.262**

**.D.2.** L'utilisation de la voie civile **p.264**

**.D.2.1.** L'utilisation de la voie civile par le recours à la législation du travail **p.264**

- **.D.2.1.1.** Les prérogatives d'enquête et de chiffrage **p.264**
- **.D.2.1.2.** Les prérogatives de mise en recouvrement **p.266**

**.D.2.2.** L'utilisation de la voie civile par le recours aux textes de sécurité sociale **p.269**

- **D.2.2.1.** La saisine et la procédure de recouvrement
- **D.2.2.2** Les mesures conservatoires
- **D.2.2.3.** L'abus de droit

**.III. Les droits des caisses de congés payés (et intempéries) victimes du travail dissimulé p.272**

**.A.** Quelles sont les caisses de congés payés (et intempéries) ? **p.273**

**.B.** Quelle(s) personnes mettre en cause ? **p.273**

**.B.1.** La mise en cause de l'employeur officiel qui dissimule le salarié **p.274**

- **.B.1.1.** La mise en cause de l'employeur officiel établi en France du salarié dissimulé **p.274**
- **.B.1.2.** La mise en cause de l'employeur officiel non établi en France du salarié dissimulé **p.274**

**.B.2.** La mise en cause de celui qui exerce de fait la subordination juridique à l'égard du salarié **p.276**

- **B.2.1.** La mise en cause de celui qui emploie un salarié dissimulé mis à sa disposition **p.277**
- **.B.2.2.** La mise en cause de celui qui emploie un salarié sous un faux statut **p.279**

**.C.** Quels sont les droits des caisses de congés payés (et intempéries) ? **p.284**

- **.C.1.** Le droit de se constituer partie civile et d'obtenir des dommages et intérêts **p.284**
- **.C.2.** Le recouvrement des cotisations éludées **p.285**

**.D.** La mise en œuvre des droits des caisses de congés payés (et intempéries) **p.286**

- **.D.1.** La levée du secret professionnel **p.286**
- **.D.2.** La gestion et le contrôle de la carte d'identification professionnelle dans le BTP **p.286**
- **.D.3.** L'accès à la base SIPSI **286**
- **.D.4.** L'utilisation de la voie pénale **p.286**
- **.D.5.** L'utilisation de la voie civile **p.287**
- **.D.6.** Quid de l'impact de la création de la carte d'identification professionnelle dans le BTP ? **p.288**

**.IV. Les droits des organisations syndicales de salariés p.289**

**.A.** L'utilisation de la voie pénale **p.290**

**.B.** L'utilisation de la voie civile **p.290**

**.C.** Les limites des voies judiciaires **p.291**

**.V. Les droits des organisations professionnelles p.291**

**.VI. Les droits des entreprises et des autres opérateurs économiques p.293**

## 4ème partie Les agents de contrôle habilités et leurs prérogatives p.293

**.I. Quels sont les agents de contrôle habilités ? p.297**

**.II. Quelles sont les prérogatives des agents de contrôle habilités ? p.297**

**.A.** Les prérogatives communes **p.298**

**.A.1.** Le droit de rechercher l'infraction de travail dissimulé **p.298**

**.A.2.** Le droit de constater l'infraction de travail dissimulé **p.298**

**.A.3**. La levée du secret professionnel **p.299**

- **.A.3.1.** La levée du secret professionnel partagée et réciproque **p.299**
- **.A.3.2.** La levée du secret professionnel au seul bénéfice des agents de contrôle habilités **p.303**
- **.A.3.3.** La levée du secret professionnel au bénéfice de partenaires institutionnels **p.304**

**.A.4.** L'accès à des documents sociaux ou à des sources d'information **p.305**

**.A.5.** Le droit d'obtenir une copie immédiate de documents **p.307**

**.A.6.** Le droit d'audition consentie **p.308**

**.A.7.** Le droit d'établir un procès-verbal d'audition **p.309**

**.A.8.** Le contrôle d'identité **p.310**

**.A.9.** Le recours à un interprète **p.310**

**.B.** Les prérogatives propres aux différentes catégories d'agents de contrôle **p.310**

## 5ème partie Jurisprudence p.313


**.**

## OBSERVATIONS GENERALES

**.1.** Le travail dissimulé est un délit prévu et réprimé par le code du travail.

L'article L.8221-1 du code du travail interdit l'exercice du travail dissimulé ; il interdit également à quiconque de recourir à celui qui exerce du travail dissimulé ainsi que de faire de la publicité en faveur du travail dissimulé.

Ces trois interdictions constituent le socle juridique de la lutte contre cette forme de délinquance sociale, économique et financière.

L'interdiction du travail dissimulé est ancienne puisqu'elle remonte à la loi du 11 octobre 1940[1]. A l'époque, le travail dissimulé s'appelait le travail noir ou le travail clandestin. Le changement d'appellation de ce délit, voulu par le législateur pour éviter des confusions intellectuelles avec la situation des salariés étrangers employés sans titre de travail, est intervenu à l'occasion du vote de la loi du 11 mars 1997[2].

**.2.** Au fil du temps, le législateur et le juge ont considérablement élargi le champ de l'infraction de travail dissimulé qui ne vise pas un manquement ou une fraude unique, précisément identifié, mais un ensemble de comportements contraires à la loi, dont chacun, pris isolément, constitue à soi seul l'infraction de travail dissimulé.

A l'origine de la loi du 11 octobre 1940, le travail dissimulé ne visait que la dissimulation d'activité économique à titre indépendant. Depuis cette époque, le dispositif juridique de lutte contre le travail dissimulé a fait l'objet de nombreuses évolutions[3]. L'une des évolutions législatives majeures de la définition du travail dissimulé, et donc de son périmètre et des incriminations, a été de l'étendre à la dissimulation d'emploi salarié, sous diverses modalités, initiée par la loi du 27 janvier 1987[4]. La seconde évolution majeure de la définition du travail dissimulé provient de la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux faux statuts d'emploi (prétendu bénévole, stagiaire, travailleur indépendant ou salarié détaché) et à la fausse sous-traitance.

**.3.** S'agissant des outils juridiques mobilisables pour une meilleure efficience de la lutte contre le travail dissimulé, trois dispositifs, tous issus de la loi du 31 décembre 1991[5], ont amélioré de façon significative la détection et la répression de cette fraude : la déclaration préalable à l'embauche, la mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage et la

[1] Loi du 11 octobre 1940 sur les cumuls d'emplois.
[2] Loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal.
[3] Voir « Quarante ans de lutte contre le travail illégal - bilan et perspectives » Droit Social Janvier 2014 p.51, du même auteur.
[4]. Article 32 de la loi n° 87-39 du 27 janvier 1987 portant diverses mesures d'ordre social.
[5] 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.

levée du secret professionnel. Depuis cette date, ces dispositifs ont été dupliqués, étendus ou affinés, soit dans le cadre de la lutte contre le travail illégal, soit dans le cadre de la lutte contre le dumping social.

Ainsi, la déclaration de détachement, créée en 1994, est la reproduction de la déclaration préalable d'emploi, aux mêmes fins de transparence de l'emploi salarié. La mise en cause du donneur d'ordre a été étendue à l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, ainsi qu'à des situations de dumping social ou d'hébergement indigne de salariés. La levée du secret professionnel a été transposée à de nombreux actes de procédures ou de décisions administratives.

Alors que le dispositif juridique de lutte contre le travail dissimulé a été conçu pour lutter exclusivement contre les pratiques d'entreprises françaises et de leurs donneurs d'ordre[6], il s'est progressivement appliqué aux comportements des entreprises étrangères intervenant sur le territoire français.

**.4.** Le travail dissimulé est la composante principale du travail illégal, tel qu'il est défini à l'article L.8211-1 du code du travail[7]; en terme de verbalisation, le travail dissimulé représente environ 75% des procédures pénales transmises au procureur de la République relevant du travail illégal. Cette part prépondérante du travail dissimulé dans le champ du travail illégal s'explique par le périmètre très large des manquements à la loi et des comportements frauduleux qu'il représente, tant par la rédaction des diverses qualifications formellement mentionnées dans le code du travail que par les qualifications issues de la jurisprudence.

Le travail illégal, contrairement au travail dissimulé, ne constitue pas une infraction au sens du code pénal; il s'agit d'une appellation juridique inscrite dans le code du travail depuis 1993[8], désignant des fraudes majeures aux conditions d'activité économique et d'emploi salarié qui, elles sont chacune constitutives d'infraction.

[6] A une époque pas encore aussi lointaine, l'atelier de confection parisien était souvent cité « en exemple », notamment dans les médias.

[7] Le travail illégal comprend le travail dissimulé, le marchandage, le prêt illicite de main d'œuvre, l'emploi de salarié étranger sans titre de travail, le cumul irrégulier d'emplois et la fraude ou la fausse déclaration pour l'obtention d'allocations de chômage.

[8] Chapitre IV de la loi quinquennale n° 93-1313 du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle.

***Nota***

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

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

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

*Le dumping social, à l'identique du travail illégal, ne constitue pas une infraction au sens du code pénal, ni même une appellation juridique définie et précisée par un texte.*

**Un peu de vocabulaire**

Le travail dissimulé est une infraction précisément définie par le code du travail.

D'autres expressions sont parfois utilisées pour désigner des comportements ou des pratiques de fraude à l'exercice d'une activité économique ou à l'emploi de salarié.

**Le travail illégal** est une expression juridique qui désigne les fraudes majeures à l'activité économique ou à l'emploi salarié ; le travail illégal inclut le travail dissimulé, qui en est une de ses composantes.

**Le travail clandestin** est l'ancienne appellation juridique du travail dissimulé par dissimulation d'activité économique, telle qu'elle existait depuis la loi du 11 octobre 1940 sur les cumuls d'emplois. La loi de 1940 ne mentionne expressément pas les termes de « travail clandestin », mais de « travail noir ». Il faut se reporter à la circulaire du 7 avril 1950[9] pour voir associer et utiliser indifféremment « travail clandestin » et « travail noir », en référence à la loi du 11 octobre 1940. L'appellation « travail clandestin » a été supprimée de la législation par la loi du 11 mars 1997[10]. Mentionner ou évoquer le travail clandestin dans des écrits ou des procédures est sans signification juridique particulière depuis cette date et n'engage que son rédacteur.

**Le travailleur clandestin** est l'ancienne appellation juridique[11] de celui qui pratiquait du travail clandestin par dissimulation d'activité économique. Cette expression a été supprimée par la loi du 27 janvier 1987[12], mais son utilisation a persisté, en modifiant sa signification de façon sensible. En effet, progressivement cette expression, devenue sans validité juridique, a visé et continue de viser un salarié étranger en séjour irrégulier sur le territoire français. Mentionner ou évoquer le travailleur clandestin, qui n'est donc ni auteur, ni victime d'une infraction, dans des écrits ou des procédures n'engage que son rédacteur.

**Le travail noir ou le travail au noir** est une appellation qui a été créée et insérée dans le code du travail par la loi du 11 octobre 1940. L'expression « travail noir », utilisée pour la première fois de façon officielle dans cette loi, a été explicitée dans la circulaire du 7 avril 1950. Elle tendait à désigner une personne (travailleur indépendant ou salarié) qui exercerait une activité professionnelle de façon occulte. Cette appellation a été juridiquement remplacée par l'expression « travail clandestin », dans son périmètre originel, c'est-à-dire la dissimulation d'activité économique, par la loi du 11 juillet 1972[13]. Mentionner ou évoquer le travail au noir ou le travailleur au noir dans des écrits ou des procédures n'engage que son rédacteur et ne correspond pas à une infraction, ni à l'auteur d'une infraction.

**Le travail ou l'emploi non déclaré** est une expression qui a bénéficié d'un statut juridique, puisque elle a été utilisée par le décret du 14 mars 1986[14] pour créer les commissions

---

[9] Circulaire M.O. 8/50 du 7 avril 1950 du ministère du travail et de la sécurité sociale concernant la répression du travail clandestin dit « travail noir ». Voir également une note de la direction de la sécurité sociale de 1969 relative à l'application de la législation du travail en cas de « travail noir ».

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

[11] Loi n° 72-648 du 11 juillet 1972 relative au travail clandestin.

[12] Article 32 de la loi n° 87-39 du 27 janvier 1987 portant diverses mesures d'ordre social.

[13] Idem.

[14] Décret n° 86-610 du 14 mars 1986 portant création d'une commission départementale de lutte contre le travail clandestin, l'emploi non déclaré et les trafics de main d'œuvre.

départementales de lutte contre le travail clandestin, l'emploi non déclaré et les trafics de main-d'œuvre. L'emploi non déclaré de salarié, qui n'a jamais été une infraction prévue et réprimée par le code du travail, vise ce qui est appelé depuis la loi du 11 mars 1997 la dissimulation d'emploi salarié. Depuis cette date, mentionner ou évoquer le travail ou l'emploi non déclaré n'a pas de signification particulière et ne correspond pas une infraction.

**Les trafics de main-d'œuvre** est une expression juridique qui a eu un statut puisque elle a été créée par la loi du 6 juillet 1973[15], puis utilisée par le décret du 14 mars 1986 pour créer les commissions départementales de lutte contre le travail clandestin, l'emploi non déclaré et les trafics de main-d'œuvre. Cette expression, qui ne constitue pas en soi une infraction, désigne l'ensemble des opérations d'intermédiation, de placement, de mise à disposition, de fourniture, de transport, d'acheminement et d'hébergement illicites, et souvent payants, de salariés ou de personnes destinées au marché du travail, de nationalité française ou étrangère. La plupart de ces opérations constituent chacune des infractions à la loi, telles que le marchandage, le prêt illicite de main-d'œuvre, l'hébergement collectif non déclaré ou indigne.

Si l'expression « trafics de main-d'œuvre » a disparu des appellations institutionnelles officielles, elle reste pertinente pour viser de façon générique un ensemble de comportements illicites encore bien présents dans le monde du travail, notamment du fait des fraudes liées au recours aux entreprises étrangères et aux salariés détachés.

[15] Loi n° 73-608 du 6 juillet 1973 relative à la répression des trafics de main-d'œuvre.

## QUELQUES REMARQUES LIMINAIRES A CARACTERE JURIDIQUE

**.a.** Le travail dissimulé est un délit qui vise deux catégories de comportements bien distincts, mais qui peuvent coexister et se cumuler, compte tenu des faits constatés dans une même affaire, à l'égard de la personne mise en cause :

.-la dissimulation d'activité économique exercée à titre indépendant par une personne physique ou morale,

.- la dissimulation de l'emploi d'un ou de plusieurs salariés par leur employeur, personne physique ou personne morale.

Ces comportements constitutifs du délit de travail dissimulé sont donc, en droit, alternatifs ou cumulatifs.

**.b.** La dissimulation d'activité ou de salarié constitutive du délit de travail dissimulé est soit totale, soit partielle ; il n'est pas exigé par la loi que le comportement de la personne mise en cause soit entièrement occulte.

Ainsi, un chef d'entreprise qui se livre à une activité économique qui n'a pas fait l'objet d'une demande d'immatriculation complémentaire au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers et/ou aux déclarations fiscales et/ou sociales en relation avec cette activité économique occulte[16].

Ainsi, un chef d'entreprise qui omet de déclarer aux services fiscaux une partie de son chiffre d'affaires ou un employeur qui dissimule, au sens du code du travail, 2 salariés sur un effectif de 10 personnes commet le délit de travail dissimulé.

Le délit de travail dissimulé par défaut partiel de déclaration fiscale se confond matériellement, dans cette hypothèse, avec la fraude fiscale au sens du code général des impôts et du code pénal. Mais il s'agit de deux infractions autonomes, susceptibles d'être poursuivies séparément.

Par ailleurs, lorsque la personne, soumise aux dispositions du code du travail relatives à l'interdiction du travail dissimulé, est tenue à des déclarations fiscales ou sociales en raison de son activité économique ou de l'emploi de salarié, elle commet le délit de travail dissimulé, non seulement si elle omet de procéder à ses déclarations initiales[17], mais également si elle omet de procéder à ses déclarations périodiques[18].

La combinaison de l'omission partielle et de l'omission périodique, introduites dans le code du travail par la loi du 11 mars 1997, a sensiblement élargi le périmètre de l'infraction de travail dissimulé.

---

[16] Cass. crim. n° 16-87712 du 23 janvier 2018 SNC DISTILLERIE X.

[17] C'est-à-dire aux premières déclarations à laquelle elle est tenue en raison de sa qualité.

[18] Déclarations mensuelles, trimestrielles ou annuelles (DADS ou DSN) en raison de leur nature et de leur objet.

**.c.** L'interdiction du recours au travail dissimulé, directement ou par personne interposée, permet de mettre en cause non seulement celui qui est le client ou donneur d'ordre immédiat de celui qui pratique du travail dissimulé, mais également toute personne qui bénéficie de l'activité économique de celui qui exerce du travail dissimulé, alors même que cette personne n'a pas de relation commerciale avec l'auteur du travail dissimulé. La loi permet ainsi de mettre en cause la totalité des personnes ayant contribué ou participé à une affaire de travail dissimulé ou en ayant bénéficié.

**.d.** La mise en cause d'une personne au titre d'une affaire de travail dissimulé suppose, puisqu'il s'agit d'une matière délictuelle, que soit établi l'élément intentionnel de la commission des faits constitutifs de ces trois infractions (exercice, recours et publicité). L'examen de la jurisprudence rendue par la Cour de cassation sur ce sujet fait ressortir une exigence d'intensité variable, selon la chambre[19] de la Cour de cassation intéressée et selon le manquement constaté ; la chambre sociale, saisie pour les affaires relatives aux droits du salarié victime du travail dissimulé, semble faire preuve d'une plus grande exigence dans la caractérisation de l'intentionnalité.

[19] 2ème chambre civile, chambre criminelle ou chambre sociale.

# 1ère partie

# LE TRAVAIL DISSIMULE PAR DISSIMULATION D'ACTIVITE ECONOMIQUE INDEPENDANTE[20]

## Articles L.8221-1, L8221-3 et L.8221-4 du code du travail

[20] Cette infraction peut se cumuler avec le travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié.

## Le travail dissimulé par dissimulation d'activité économique exercée à titre indépendant

La dissimulation d'activité économique exercée à titre indépendant au titre du travail dissimulé, interdite et réprimée par les articles L.8221-1 et suivants du code du travail, est constituée dès lors qu'un opérateur économique quelconque, qui exerce son activité à but lucratif, s'est soustrait à certaines formalités déclaratives, initiale ou périodiques, qui sont obligatoires en raison de cette activité. Ces formalités déclaratives sont la demande d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, lorsque cette inscription est obligatoire, les déclarations fiscales et les déclarations sociales.

La dissimulation d'activité économique est également constituée si la personne continue à exercer son activité professionnelle après sa radiation du registre du commerce et des sociétés ou après sa radiation du répertoire des métiers.

L'infraction de dissimulation d'activité économique s'applique à l'opérateur économique établi et exerçant en France, ainsi qu'à l'opérateur économique qui n'est pas établi en France, mais qui s'est soustrait à des formalités déclaratives obligatoires à l'occasion de son intervention sur le territoire français.

***Nota sur l'élément intentionnel de l'infraction de travail dissimulé***

*Par une formule souvent utilisée par la chambre criminelle de la Cour de cassation, celle-ci juge que la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou règlementaire implique de la part de son auteur l'intention coupable exigé par l'article 121-3 du code pénal[21]. La chambre criminelle a également jugé dans une décision du 7 mai 2019[22] qu'il n'était pas nécessaire de démontrer l'existence d'un dol spécial, par la preuve d'un montage frauduleux en vue de contourner la législation sociale française, s'agissant de prétendus salariés détachés.*

*Par ailleurs, dans un arrêt du 21 novembre 2000[23], la chambre criminelle juge que le fait d'exercer, en connaissance de cause, l'une des activités énumérées par l'article L.8221-3 du code du travail sans avoir requis son immatriculation au registre du commerce et des sociétés caractérise le délit de travail dissimulé en tous ses éléments, aucune disposition du texte précité n'imposant qu'il soit établi que l'auteur de ce délit ait agi afin de se soustraire à la réglementation sur le commerce.*

[21] Voir la jurisprudence citée 5ème partie p.313.
[22] Cass. crim. n° 17-86426 du 7 mai 2019 AUTOCARS J.
[23] Cass. crim. n° 00-80695 du 21 novembre 2000 SAID AGDB.

## .I. Le champ de l'infraction

### .A. Quelles activités ?

L'absence de formalité déclarative constitutive du délit de travail dissimulé par dissimulation d'activité économique vise toute personne qui se livre à une activité de production, de transformation, de réparation ou de prestation de services ou à l'accomplissement d'actes de commerce de nature agricole, artisanale, commerciale, forestière industrielle ou libérale, y compris les activités de pêche.

La généralité de cette énumération englobe la totalité des activités économiques, sans exception, exercées par une personne physique (appelée travailleur indépendant) ou par une personne morale.

Les actes de commerce, qui confèrent la qualité de commerçant à son auteur, sont ceux mentionnés aux articles L.110-1 et suivants du code de commerce. Cependant, la qualité de commerçant n'est acquise que si les activités mentionnées aux articles L.110-1 et suivants du code du commerce sont exercées à titre habituel, ainsi que le précise l'article L.121-1 du code de commerce ; un acte isolé d'achat pour revendre ne relève pas de l'habitude et n'implique pas la qualité de commerçant. L'intensité de la répétition des actes mentionnés aux articles L.110-1 et suivants du code du commerce, qui implique la reconnaissance de la qualité de commerçant, est soumise à l'appréciation du juge.

Ainsi, il a été considéré, dans une affaire de travail dissimulé par dissimulation d'activité, que la personne qui effectuait une fois par an, depuis 6 ans, un transport de passagers par autocar entre la France et la Turquie exerçait une activité à titre habituel[24].

Par ailleurs, il est nécessaire que la personne mise en cause en qualité de commerçant se livre préalablement à des actes d'achat, avant de vendre ou de revendre. Une personne qui vend ce qu'elle a chiné ou récupéré gratuitement auprès de particuliers, sur la voie publique ou dans un dépôt n'accomplit pas d'actes de commerce conférant la qualité de commerçant et nécessitant son inscription au RCS[25] ; cette activité peut cependant constituer de la dissimulation d'activité économique par défaut de déclaration fiscale et sociale, si elle est exercée de façon fréquente ou importante, en référence aux présomptions de l'article L.8221-4 du code du travail.

En application de l'article L.123-1 du code de commerce, outre les personnes physiques ayant la qualité de commerçants, sont tenues de s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés (RCS):

⇨ les sociétés et groupements d'intérêt économique ayant leur siège dans un département français et jouissant de la personnalité morale,

⇨ les sociétés commerciales dont le siège est situé hors d'un département français et qui ont un établissement dans l'un de ces départements,

⇨ les établissements publics français à caractère industriel ou commercial,

---

[24] Not. Cass. crim. n° 95-85613 du 18 juin 1996 STRIEBIG ; ***voir infra p.313*** 5ème partie Jurisprudence pour davantage de décisions sur ce sujet.

[25] Cass. crim. n° 11-87225 du 4 septembre 2012 PURFER.

⇨ les autres personnes morales dont l'immatriculation est prévue par les dispositions législatives ou réglementaires,

⇨ les représentations commerciales ou agences commerciales des Etats, collectivités ou établissements publics étrangers établis dans un département français.

De même, la qualité de travailleur indépendant nécessitant l'inscription au répertoire des métiers dépend de certaines conditions.

L'activité exercée doit être effectuée à titre principal ou secondaire, en application de l'article 19 I de la loi du 5 juillet 1996[26].

La loi du 5 juillet 1996 a modifié de façon très significative les termes de l'article 3 du décret du 10 juin 1983[27], en élargissant le périmètre des activités nécessitant l'inscription au répertoire des métiers. En effet, l'article 3 du décret du 10 juin 1983 excluait l'inscription au répertoire des métiers pour une activité occasionnelle ou une activité accessoire et de peu importance, restrictions qui ont été supprimées par la loi du 5 juillet 1996. Ainsi, une personne effectuant, à titre lucratif, un seul chantier du bâtiment est tenue de d'inscrire au répertoire des métiers puisque cette activité est secondaire et non principale, tout en étant occasionnelle.

L'activité doit correspondre à l'une de celles limitativement mentionnée soit dans l'annexe au décret du 2 avril 1998 modifié, soit dans l'arrêté du 24 décembre 2015[28]. Une activité non mentionnée dans l'un de ces deux textes règlementaires ne donne pas lieu à immatriculation au répertoire des métiers[29]. Par ailleurs, l'inscription n'est obligatoire pour cette activité, exercée à titre principal ou secondaire, que par une personne physique ou par une personne morale n'employant pas plus de 10 personnes.

Une même activité peut conduire à procéder à deux demandes d'immatriculation, l'une au répertoire des métiers en raison de l'activité et du nombre de personnes employées et l'autre au registre du commerce et des sociétés, en qualité de société commerciale.

Il n'existe pas de définition légale ou règlementaire de la prestation de services, lorsque cette appellation est utilisée en dehors du cadre juridique communautaire. On peut considérer la prestation de services comme tout travail rémunéré, hors fourniture d'un bien et hors salariat, pour le compte d'un bénéficiaire, ce qui permet de ranger dans la prestation de services, et par défaut, de nombreuses activités économiques, dès lors qu'elles ne sont ni commerciales, ni artisanales.

Ainsi, dans une affaire de travail dissimulé, la Cour de cassation a considéré que le médium réalise une prestation de services[30].

---

[26] Loi n° 1996-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat.
[27] Décret n°83-487 du 10 juin 1983 relatif au répertoire des métiers.
[28] Décret n° 98-247 du 2 avril 1998 modifié relatif à la qualification artisanale et au répertoire des métiers et arrêté du 24 décembre 2015 fixant la liste des métiers d'art, en application de l'article 20 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat.
[29] Ce qui n'exclut pas l'obligation de se déclarer au CFE au titre d'une autre activité professionnelle.
[30] Cass. crim. n° 12-80440 du 19 février 2013 MAMADOU.

### .B. Quelles omissions de formalités déclaratives ?

La philosophie de la lutte contre le travail dissimulé par dissimulation d'activité est de sanctionner le défaut de transparence, c'est-à-dire le caractère occulte de l'activité par défaut de certaines déclarations obligatoires liées à cette activité professionnelle. Le défaut de paiement de sommes dues en raison de cette activité professionnelle n'est pas constitutif de cette infraction. La distinction entre défaut de déclarations et défaut de paiement est donc essentielle pour caractériser l'infraction. Le défaut de paiement est pris en compte comme une circonstance ou un élément aggravant de l'infraction par défaut de déclaration.

Tout opérateur économique, personne physique ou personne morale, est tenu de procéder spontanément à des déclarations fiscales auprès de la DGFIP, et, éventuellement auprès des douanes, et à des déclarations sociales auprès des organismes de protection sociale en raison de son activité professionnelle. Lorsque l'opérateur économique exerce une activité rendant obligatoire l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés (RCS) ou au répertoire des métiers (RM), cette demande d'immatriculation s'ajoute aux déclarations fiscales et sociales.

L'omission d'une seule de ces formalités déclaratives est constitutive du délit de travail dissimulé par dissimulation d'activité économique. Il n'est pas exigé de démontrer le cumul ou la répétition de ces omissions pour caractériser l'infraction ; le cumul ou la répétition sont cependant de nature à établir ou à conforter l'élément intentionnel de la défaillance de l'opérateur économique.

Cette législation vaut pour tous les opérateurs économiques, y compris pour l'auto entrepreneur qui peut être mis en cause comme tout autre travailleur indépendant de droit commun.

#### .B.1. Le défaut de demande d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés (RCS) ou au répertoire des métiers (RM) article L.8221-3 1° du code du travail

**.B.1.1.** La demande d'immatriculation au RCS, obligatoire en application de l'article L.123-1 du code de commerce, s'effectue :

.- dans les 15 jours qui suivent le début de l'activité commerciale, lorsqu'elle est exercée par une personne physique (article R.123-32 du code de commerce),

.- sitôt l'accomplissement des formalités prescrites, y compris la publicité, par la législation et la réglementation en vigueur les concernant pour les personnes morales (articles L.123-2 et R.123-37du code de commerce).

Le délai de 15 jours prévu par le code de commerce pour procéder à la demande d'immatriculation au RCS d'un commerçant personne physique nécessite de démontrer pour établir l'infraction, au moment du constat, que la personne exerce cette activité depuis au moins 15 jours[31]. A défaut, l'infraction n'est pas constituée.

La demande d'immatriculation au répertoire des métiers obéit à des règles sensiblement différentes puisqu'elle doit avoir été effectuée avant le début de l'activité. En effet, la

[31] Exemple, à l'occasion d'une activité saisonnière hivernale ou estivale, nécessité de prouver que l'activité prospère depuis plus de 15 jours.

demande d'immatriculation est présentée dans le délai d'un mois avant le début de l'activité. Toutefois, elle peut être présentée au plus tard dans le délai d'un mois suivant le début d'activité, si l'intéressé a notifié la date du début de ses activités au plus tard à la veille de celle-ci, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, au président de la chambre des métiers compétente (article 10 du décret du 2 avril 1998).

Ainsi, au moment du contrôle de l'activité artisanale, et quelle que soit la date de son début, la personne est nécessairement en capacité de présenter un document attestant de sa démarche de déclaration de son activité.

Lorsque l'opérateur économique est tenu d'effectuer une double demande d'immatriculation au RCS et au RM en raison des conditions et modalités d'exercice de son activité, le défaut d'une des demandes d'immatriculation est constitutif du délit de travail dissimulé[32].

**.B.1.2.** Depuis le 1er avril 2021, en application de l'article 1er du 22 mai 2019 dite loi PACTE[33], tout créateur d'entreprise doit utiliser, selon un calendrier de mise en œuvre progressive[34], le guichet unique de téléservice en ligne, appelé guichet-entreprises, pour procéder à la déclaration de son activité. Le guichet-entreprises permet de constituer son dossier et de valider en ligne. Une fois le dossier validé en ligne, le guichet-entreprises le transmet automatiquement et immédiatement au centre de formalités des entreprises (CFE) compétent en raison de l'activité professionnelle[35], qui devient alors son seul interlocuteur pour le traitement et la gestion de sa déclaration d'activité. Le guichet-entreprises permet de simplifier la constitution du dossier et de simplifier l'envoi des documents au CFE.

Lorsque le CFE se considère régulièrement saisi d'une demande d'immatriculation présentée conformément aux dispositions de l'article R.123.8 du code de commerce, il remet ou transmet, lors du dépôt, un récépissé au déclarant ou à son mandataire, conformément à l'article R.123-10 du code de commerce. Si le dépôt est effectué par voie postale, le récépissé est envoyé le jour même ou le premier jour ouvrable suivant.

Le récépissé de dépôt ou d'envoi de la demande d'immatriculation délivré par le CFE est le document officiel qui atteste de la demande d'immatriculation au RCS ou au RM ; en cas de contrôle, ce récépissé est présenté par l'opérateur économique puisqu'il justifie du bon accomplissement de la démarche. La délivrance de ce document est vérifiable également auprès du CFE compétent.

Tant que ce récépissé n'est pas présenté pour l'activité économique qui vient de commencer, et sous réserve du délai de 15 jours dont dispose le commerçant, l'infraction de travail dissimulé est constituée au titre de l'article L.8221-3 1° du code du travail. Par la suite, la preuve de l'immatriculation au registre consulaire s'effectue par la présentation de l'extrait K (personne physique), de l'extrait Kbis (personne morale) ou de la carte (dite carte d'artisan) délivrée par la chambre des métiers.

[32] Cass. crim. n° 08-83982 du 3 avril 2013 Jean Marie X.
[33] Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises.
[34] Décret n° 2020-946 du 1er août 2020 et décret n° 2021-300 du 18 mars 2021.
[35] Articles R.123-1 et R.123-3 du code de commerce.

L'infraction à l'article L.8221-3 1° du code du travail pour défaut de demande d'immatriculation au RCS ou au RM entraine nécessairement l'infraction à l'article L.8221-3 2° du code du travail pour défaut de déclarations fiscales et sociales.

**.B.1.3.** L'opérateur économique ne reçoit pas immédiatement du CFE ou de la chambre consulaire son identifiant ou son numéro d'immatriculation à 14 chiffres, dit numéro SIRET[36], qui est délivré par l'INSEE (avec le code APE/NAF) plusieurs semaines plus tard ; chaque établissement d'une entreprise pluri établissements dispose de son propre numéro SIRET.

Dans l'attente de recevoir son SIRET et d'en faire état, l'opérateur économique mentionne « RCS en cours », « RM en cours » ou « immatriculation en cours » , sur ses papiers d'affaires (devis, factures, bons de commandes, contrats commerciaux) ou dans ses supports publicitaires papier ou en ligne.

Cette mention est licite, sous réserve qu'elle corresponde à une réelle demande d'immatriculation au RCS ou au RM. Dans certaines affaires, il est apparu que cette mention était mensongère pour induire en erreur tout interlocuteur ; l'intéressé n'avait pas requis sa demande d'immatriculation au registre consulaire adéquat.

La personne qui utilise abusivement la mention « RCS en cours », « RM en cours » ou « immatriculation en cours » commet, outre l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'activité économique, les délits de rédaction et d'usage d'un faux en écriture privée.

**.B.1.4.** La demande d'immatriculation au RCS ou au RM vaut pour le siège social, c'est-à-dire le lieu de la domiciliation professionnelle de l'opérateur économique, mais également pour l'établissement principal et tous les établissements secondaires. Celui qui ne demande pas l'immatriculation de l'un de ces établissements commet le délit de dissimulation partielle d'activité économique, en application du 1° de l'article L.8221-1 du code du travail et de la jurisprudence de la Cour de cassation[37].

En fonction de l'organisation de son activité professionnelle, un opérateur économique exerce:

⇨ soit uniquement au siège de son entreprise, avec confusion du lieu du siège et de l'établissement principal, sans établissement secondaire (une seule demande d'immatriculation au RCS ou au RM),

⇨ soit entre le siège et un autre établissement[38], principal ou secondaire (deux demandes d'immatriculation au RCS ou au RM),

⇨ soit entre le siège, l'établissement principal et un ou plusieurs établissements secondaires (trois demandes d'immatriculation, voire davantage, au RCS ou au RM).

L'article R.123-40 du code de commerce définit l'établissement secondaire comme tout établissement permanent, distinct du siège social ou de l'établissement principal et dirigé

[36] SIRET : système informatique pour le répertoire des entreprises sur le territoire.
[37] Not. Cass. crim. n° 93-85460 du 23 mai 1995 EYMARD.
[38] Cet autre établissement existe souvent, dès lors que l'opérateur économique a son siège dans une société de domiciliation qui n'est pas le lieu où il exerce effectivement son activité professionnelle.

par la personne tenue à l'immatriculation, un préposé ou une personne ayant le pouvoir de lier des rapports juridiques avec les tiers.

En application de l'article R.123-41 de ce même code, la demande d'immatriculation d'un établissement secondaire s'effectue dans le délai d'un mois avant ou après son ouverture ; à défaut, le délit de travail dissimulé par dissimulation d'activité est constitué[39].

***Nota***

*Les appellations d'agence, de bureau, de succursale ou de représentation ne permettent pas d'échapper à la qualification d'établissement principal ou secondaire, dès lors que l'activité y est exercée à titre principal ou en qualité d'établissement secondaire au sens de l'article R123-40 du code de commerce. Seul le bureau de liaison, à condition qu'il ne déploie aucune activité commerciale et se limite à des actes préparatoires à la création d'une entreprise, n'est pas en principe un établissement.*

*Voir à cet égard l'arrêt 33/78 du 22 novembre 1978 de la CJUE qui ne fait pas de différence entre succursale, agence et établissement. La succursale et l'agence sont des établissements dès lors que les modalités d'exercice de leur activité correspondent à celle d'un établissement.*

**.B.1.5.** Le défaut d'immatriculation ou d'enregistrement à d'autres registres professionnels que le RCS ou le RM n'est pas constitutif du délit de travail dissimulé par dissimulation d'activité économique.

L'exercice de certaines professions dites règlementées impose de s'inscrire à des registres spécifiques, tels que le registre des transporteurs, le registre spécial des agents commerciaux[40] ; de même une société civile immobilière (SCI) est tenue de s'immatriculer auprès du greffe du tribunal de commerce.

Il en va de même pour le défaut d'agrément, de licence ou d'autorisation d'exercer certaines professions ou métiers ou d'inscription à un ordre professionnel.

Ces différents manquements, qui par ailleurs sont susceptibles de constituer eux-mêmes des infractions à la loi, sont uniquement de nature à conforter l'élément intentionnel du délit de travail dissimulé par dissimulation d'activité économique.

### .B.2. Le défaut de déclarations aux organismes de protection sociale ou à l'administration fiscale article L.8221-3 2° du code du travail

**.B.2.1.** Lorsque l'opérateur économique ne sollicite pas son immatriculation au RCS ou au RM, alors qu'elle est obligatoire, le délit de travail dissimulé par défaut de déclarations sociales et par défaut de déclarations à l'administration fiscale est nécessairement et simultanément constitué, puisque le guichet entreprises et le CFE ***(voir supra p.32)*** ne sont

[39] Not. Cass. crim. n° 16-81944 du 28 mars 2017 Dominique X.

[40] Malgré sa dénomination, un agent commercial n'est pas un commerçant ; il n'est pas visé par le 1° de l'article L.8221-3 du code du travail, mais uniquement par le 2° de cet article.

pas saisis ; le CFE ne transmet pas de déclaration de création d'activité à ses partenaires sociaux et fiscaux qui en sont les destinataires finaux[41].

Dans cette hypothèse, les deux manquements à la loi s'additionnent et se cumulent sur la même personne.

Mais certains opérateurs économiques ne sont pas tenus de s'immatriculer au RCS ou au RM, tels que les exploitants agricoles, les agents commerciaux ou les personnes qui exercent à titre libéral ; en revanche, ces opérateurs économiques sont tenus de procéder aux déclarations sociales et fiscales liées à leur activité professionnelle. Est considérée comme travailleur indépendant, tenue de s'immatriculer au régime de protection sociale des travailleurs indépendants et d'y verser des cotisations et contributions sociales, toute personne physique exerçant, même à titre accessoire, une activité non salariée, et visée aux 1°, 4°, 5°, 6°, 7° et 8° de l'article L.613-1 du code de la sécurité sociale ou à l'article L.722-1 du code rural et de la pêche maritime[42].

Lors de la création de l'entreprise non soumise à immatriculation au RCS ou au RM, les déclarations sociales et fiscales initiales s'effectuent de façon groupée, via le guichet unique entreprises et le CFE compétent ; le CFE délivre le même récépissé et dans le même délai que lors d'une demande d'immatriculation au RCS ou au RM, ainsi que le numéro SIRET et le code APE/NAF. Par la suite, au cours de l'existence de l'opérateur économique, les déclarations périodiques sont effectuées à des dates variables, selon les échéances et dans les conditions prévues par chacun des textes applicables à ces déclarations.

L'infraction mentionnée à l'article L.8221-3 2° du code du travail vise, à titre principal, mais non exclusif, cette seconde catégorie d'opérateurs économiques non assujettis au RCS ou au RM. Mais, un opérateur constitué sous forme de SARL, qui ne procède pas à des déclarations sociales ou à des déclarations à l'administration fiscale périodiques et exhaustives, commet également l'infraction qui relève de l'article L.8221-3 2° du code du travail.

Le délai dans lequel l'opérateur économique est tenu de se déclarer auprès du guichet unique entreprises et du CFE, lorsqu'il n'est ni commerçant, ni artisan, varie selon la nature de son activité. Ainsi, en application de l'article 2 de l'arrêté du 11 juillet 1950 du ministre chargé de la sécurité sociale, tout travailleur indépendant non agricole, tel que l'agent commercial ou le professionnel exerçant à titre libéral, dispose d'un délai de huit jours pour demander son immatriculation au régime de sécurité sociale dont il relève. Lorsqu'il est exploitant agricole, ce délai est de trente jours, en application de l'article R.722-19 du code rural.

Par ailleurs, en application de l'article 286 I 1° et 2° du code général des impôts, l'opérateur économique assujetti à la TVA déclare la création de son entreprise dans les 15 jours du début de l'activité. Dans la mesure où la quasi-totalité des opérateurs économiques, qui sont ni commerçants, ni artisans, sont assujettis à la TVA, ce délai déclaratif s'applique à la très grande majorité des autres opérateurs économiques[43]. Ainsi, l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'activité économique par défaut de déclaration fiscale ou sociale est

[41] Cf. article R.123-1 II du code de commerce.
[42] Cass. civ. 2 n° 14-10994 du 12 février 2015 FEDERATION DEPARTEMENTALE DES CHASSEURS DE CORSE DU SUD.
[43] Agent commercial, professionnel à titre libéral. Mais en sont par exemple exclues les professions médicales.

constituée dès lors que l'opérateur économique, non commerçant et non artisan, n'a pas déclaré le début de son activité professionnelle dans le premier délai qui lui est opposable en raison de la nature de son activité, ce qui nécessite de connaître avec précision la nature de son activité, ainsi que la date du début de cette activité professionnelle.

**.B.2.2.** Le défaut de déclarations constitutif de l'infraction de dissimulation d'activité est alternatif et non pas cumulatif ; il s'agit soit des déclarations à l'administration fiscale, soit des déclarations aux organismes de protection sociale.

L'administration fiscale s'entend des différents services qui reçoivent, à un titre ou à un autre, des déclarations de nature fiscale, c'est-à-dire relatives au paiement d'une somme liée à l'imposition de l'activité et de ses revenus, à la production des biens, des produits, des équipements, au transport, à l'importation ou à l'exportation etc. Il s'agit des services de la DGFIP et des services de la Douane chargés du recouvrement des droits indirects (sur la billetterie, les jeux, les alcools, les tabacs, les produits pétroliers etc).

Les organismes de protection sociale sont ceux qui relèvent de la sécurité sociale et qui reçoivent des cotisations et contributions assises sur ces déclarations, ainsi que Pôle Emploi, au titre de l'assurance chômage. Les caisses de congés payés ne sont pas des organismes de protection sociale. Ne pas être immatriculé à une caisse de congés payés ou ne pas y procéder à ses déclarations périodiques ne constitue pas l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'activité.

Au titre de la sécurité sociale, sont visées les déclarations à effectuer aux organismes du régime de base (Urssaf, MSA, CGSS, ENIM, RSI etc), ainsi qu'aux caisses de retraite complémentaire.

Les déclarations sociales dont le défaut constitue l'infraction à l'article L.8221-3 2° du code du travail sont celles auxquelles est tenu l'opérateur économique au titre de sa propre protection sociale, en tant que travailleur, personne physique non salariée, et celles auxquelles il est tenu en qualité d'employeur, personne physique ou morale, lorsqu'il emploie du personnel salarié.

A cet égard, l'article L.8221-3 2° du code du travail fait partiellement double emploi, depuis la modification législative de 2011[44], avec l'article L.8221-5 3° du code du travail.

**.B.2.3.** Le défaut de déclarations aux organismes de protection sociale ou à l'administration fiscale vise les déclarations initiales ou les déclarations périodiques ; il vise également l'absence totale de déclaration ou la ou les déclaration(s) partielle(s) et incomplète(s).

Le défaut de déclaration annuelle de données sociales (DADS) constitue le délit de dissimulation d'activité économique[45].

Le défaut de déclaration partielle s'entend de l'omission d'une déclaration à un seul destinataire ou d'une déclaration adressée à un destinataire, mais qui est sous évaluée ou minorée.

[44] Article 73-1 de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.
[45] Cass. crim. n° 16-82850 du 20 avril 2017 AUTO-ECOLE TRICOLORE. Même analyse sans doute à venir pour le défaut de déclaration sociale nominative (DSN).

Enfin, il n'est pas nécessaire que l'omission déclarative périodique soit répétée ou réitérée sur plusieurs échéances légales ou règlementaires. Une seule omission périodique suffit pour matérialiser l'infraction. La répétition et la réitération sont uniquement des éléments de nature à conforter l'intentionnalité du défaut de déclaration.

La combinaison de ces différents manquements visés par l'article L.8221-1 1° et par l'article L.8221-3 2° du code du travail confère, dans la pratique, un périmètre très large à la définition de l'infraction de travail dissimulé, qui se recoupe notamment avec ce qui est communément appelé la fraude fiscale.

***Nota***

*La dissimulation partielle d'activité économique constitue également l'infraction de travail dissimulé.*

*Ainsi, un chef d'entreprise qui met à disposition, de façon occulte, d'exploitants agricoles des salariés intérimaires détachés roumains fournis par des entreprises de travail temporaire roumaines commet le délit de travail dissimulé par dissimulation d'activité pour n'avoir pas demandé une inscription complémentaire au RCS au titre de sa propre activité de travail temporaire*[46].

*Ainsi, un employeur qui transforme une partie des salaires en droits à l'image versés par une entreprise tierce commet le délit de travail dissimulé par défaut de déclaration fiscale et sociale, en faisant échapper cette partie de rémunération à ses déclarations périodiques fiscales et sociales*[47].

### .C. La poursuite de l'activité professionnelle, après radiation article L.8221-3 1° et 2° du code du travail

L'opérateur économique qui poursuit son activité professionnelle après sa radiation commet le délit de travail dissimulé par dissimulation d'activité, prévu de façon spécifique au 1° *in fine* et au 2° *in fine* de l'article L.8221- 3 du code du travail.

.- Le 1° *in fine* de l'article L.8221-3 du code du travail vise celui dont l'activité nécessitait l'inscription au RCS ou au RM. L'infraction n'est constituée qu'à la condition qu'une mesure administrative de radiation du RCS ou du RM soit intervenue.

Une personne qui continue d'exercer après une liquidation judiciaire, mais alors que la mesure de radiation administrative n'est pas encore intervenue, ne commet pas l'infraction de travail dissimulé. De même, la personne, qui exerce une activité économique indépendante, malgré une interdiction d'exercer ou de gérer, ne commet pas cette infraction spécifique en tant que telle[48].

[46] Cass. crim. n° 16-87712 du 23 janvier 2018 SNC DISTILLERIE X.
[47] Cass. crim. n° 15-86574 du 5 avril 2018 PSG NIKE.
[48] Le non respect d'une interdiction d'exercer ou de gérer est susceptible de sanctions propres.

.- Le 2° in fine de l'article L.8221-3 du code du travail vise le travailleur indépendant, inscrit ou non au RCS ou au RM[49], qui est radié par l'organisme de sécurité sociale dont il relève, en application de l'article L.133-6-7-1 du code de la sécurité sociale. Cette disposition du code de la sécurité sociale précise qu'à défaut de chiffre d'affaires ou de recettes ou de déclaration de chiffre d'affaires ou de revenus au cours d'une période d'au moins deux années civiles consécutives, un travailleur indépendant est présumé ne plus exercer d'activité professionnelle justifiant son affiliation au régime social des indépendants.

Dans ce cas, la radiation peut être décidée par l'organisme de sécurité sociale dont il relève, sauf opposition formulée par l'intéressé dans le cadre d'une procédure contradictoire. Elle prend effet au terme de la dernière année au titre de laquelle le revenu ou le chiffre d'affaires est connu.

***Nota***

*L'incrimination spécifique au titre du travail dissimulé lorsque l'opérateur économique poursuit son activité fait double emploi avec celle relative au défaut d'inscription au RCS ou au RM et avec celle relative au défaut de déclarations sociales et fiscales.*

*La poursuite d'une activité professionnelle après radiation constitue en effet une activité exercée sans inscription au RCS ou au RM ou une activité exercée sans déclaration fiscale et sociale.*

*Dans cette hypothèse, il est donc judicieux de viser l'ensemble des phrases et des dispositions mentionnées au 1° et au 2° de l'article L.8221-3 du code du travail.*

### .D. Quid de la mise en cause d'une entreprise établie à l'étranger?[50]

Une entreprise étrangère qui se livre à une activité économique sur le territoire français, avec ou sans salarié, peut-t-elle être mise en cause pour travail dissimulé par dissimulation d'activité, en qualité d'opérateur économique ?

Deux situations sont à distinguer.

**.D.1.** L'entreprise étrangère a créé un établissement en France, immatriculé au RCS ou RM ou déclaré aux organismes de protection sociale et à l'administration fiscale. Si cet établissement devient défaillant dans ses déclarations périodiques sociales et fiscales, il commet l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'activité, à l'identique d'une entreprise française de droit commun.

**.D.2.** L'entreprise étrangère exerce une activité économique sur le territoire français, mais n'a pas créé d'établissement, soit parce qu'elle considère intervenir de façon temporaire

[49] Cette disposition a vocation à s'appliquer utilement au travailleur indépendant qui n'est pas inscrit au RCS ou au RM.

[50] Pour plus d'informations sur les incriminations relatives au travail illégal applicables à l'entreprise étrangère, voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » 5ème édition Juin 2021, du même auteur.

dans le cadre d'une prestation de services internationale, soit parce qu'elle considère intervenir de façon temporaire pour son propre compte.

**.D.2.1.** L'opérateur économique établi à l'étranger qui intervient temporairement en France:

**.1.** dans le cadre d'une vraie prestation de services internationale, commet l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'activité par défaut de déclaration à l'administration fiscale soit s'il n'a pas demandé un numéro de TVA intracommunautaire auprès du guichet unique national des entreprises étrangères de la DGFIP (SIEE) à Noisy le Grand 93 ou s'il ne souscrit pas ses déclarations de TVA auprès de ce guichet, lorsqu'il est établi dans un Etat de l'Union européenne, soit s'il n'a pas désigné un représentant fiscal auprès des services fiscaux locaux de la DGFIP, lorsqu'il est établi hors de l'Union européenne. Ces formalités interviennent dans le délai de 15 jours fixé par l'article 286 I 1° du code général des impôts (***voir supra p.32).***

Il commet l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'activité par défaut de déclarations sociales s'il ne s'est pas fait immatriculer auprès du RSI, de la MSA, de la CGSS, de l'ENIM ou de l'organisme de protection compétent en raison de son activité professionnelle indépendante dans le délai prescrit (***voir supra p.32***) ou s'il ne produit pas un certificat de détachement attestant de son maintien au régime de protection sociale de son Etat de domiciliation. En effet, son activité professionnelle sur le territoire français l'oblige à justifier d'une protection sociale conforme, en application des articles L.111-2-2 et L.311-2 du code de la sécurité sociale.

**.2.** pour son propre compte, ne commet pas l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'activité par défaut de déclaration à l'administration fiscale, puisqu'il ne génère pas de chiffre d'affaires en France et ne facture pas. Il n'est donc pas tenu de se déclarer auprès de l'administration fiscale.

Il commet l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'activité par défaut de déclarations sociales[51] s'il ne s'est pas fait immatriculer auprès du RSI, de la MSA, de la CGSS, de l'ENIM ou de l'organisme de protection compétent en raison de son activité professionnelle indépendante ou s'il ne produit pas un certificat de détachement attestant de son maintien au régime de protection sociale de son Etat de domiciliation. En effet, son activité professionnelle sur le territoire français l'oblige à justifier d'une protection sociale conforme, en application des articles L.111-2-2 et L.311-2 du code de la sécurité sociale.

***Nota***

*L'article 99 de la loi Avenir professionnel du 5 septembre 2018[52] a complété l'article L.8221-3 du code du travail par un 3° introduisant dans cette disposition un troisième cas d'incrimination de dissimulation d'activité économique, spécifique à une entreprise étrangère intervenant sur le territoire français et ainsi libellé in extenso :*

[51] La même infraction existe en sus, si cet opérateur économique emploie sur le territoire français un ou plusieurs salariés qui ne justifient pas d'une protection sociale conforme à la législation (***voir infra p.101***).

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

*« Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'activité, l'exercice à but lucratif d'une activité de production, de transformation, de réparation ou de prestation de services ou l'accomplissement d'actes de commerce par toute personne qui, se soustrayant intentionnellement à ses obligations s'est prévalue des dispositions applicables au détachement de salariés lorsque l'employeur de ces derniers exerce dans l'Etat sur le territoire duquel il est établi des activités relevant uniquement de la gestion interne ou administrative, ou lorsque son activité est réalisée sur le territoire national de façon habituelle, stable et continue ».*

*Cet ajout était inutile ; il est mal rédigé et crée de la perplexité et l'insécurité juridique :*

*.- il est inutile car les comportements décrits dans cet ajout étaient déjà considérés depuis fort longtemps par le juge comme du travail dissimulé, sans la moindre hésitation possible ;*

*.- il est mal rédigé car les termes « toute personne » et « l'employeur » semblent désigner deux interlocuteurs différents, alors qu'il s'agit du même interlocuteur,*

*.- il est mal rédigé car cet ajout vise également de la dissimulation d'emploi salarié dans un article du code du travail qui ne concerne que la dissimulation d'activité économique,*

*.- il est mal rédigé et rend perplexe car il ne vise aucun manquement à la législation française ; la question se pose donc de savoir si une citation à comparaître peut se limiter à ne mentionner que le 3° de l'article L.8221-3 du code du travail ou mentionner en sus les 1° et/ou 2° de cet article et/ou les trois cas d'incriminations de l'article L.8221-5 du code du travail relatif à la dissimulation d'emploi salarié. Si la citation doit également mentionner ces autres incriminations, l'ajout de l'article 99 de la loi Avenir professionnel est donc inutile.*

*. –il rend perplexe car la question se pose de savoir si une entreprise étrangère peut désormais être condamnée sur le fondement du 1° et du 2° de l'article L.8221-3 et/ou sur le fondement de l'article L.8221-5 du code du travail, puisque l'article 99 de la loi Avenir professionnel a créé une incrimination spécifique la concernant. Au nom de l'efficacité de la lutte contre le travail illégal et le dumping social, les poursuites devront impérativement continuer à se faire sur le fondement du 1° et du 2° de l'article L.8221-3 et de l'article L.8221-5 du code du travail, sinon les victimes de ces pratiques, le salarié et les organismes de protection sociale, ne pourront plus se constituer partie civile dans les procédures pénales ou se fonder sur des condamnations constatant la violation directe d'obligations sociales leur portant préjudice ou la violation directe de leurs droits.*

*.- il est source d'insécurité juridique car il peut signifier que les procédures dirigées contre des entreprises étrangères, et leurs donneurs d'ordre, avant la loi Avenir professionnel n'avaient pas de fondement juridique.*

*La sagesse et l'efficacité juridiques invitent à ne pas tenir compte de la modification apportée à l'article L.8221-3 du code du travail par l'article 99 de la loi Avenir professionnel ou à ne pas en faire état à titre principal ou exclusif.*

**.D.2.2.** L'opérateur économique établi à l'étranger ne remplit pas les conditions pour exercer en France son activité économique au titre de la prestation de services internationale ou de l'activité pour son propre compte,

⇨ soit parce qu'il ne justifie pas d'une activité significative et prépondérante dans son Etat de domiciliation,

⇨ soit parce qu'il déploie sur le territoire français une activité stable et continue, quel que soit son volume, sa densité ou le pourcentage du chiffre d'affaires réalisé en France,

⇨ soit parce qu'il exerce son activité économique sur le territoire français sans limitation prévisible de durée.

Dans ces trois situations, l'activité économique en France caractérise un établissement, dont la création aurait due être officialisée auprès du CFE compétent (ou à l'avenir le guichet unique électronique des entreprises ***voir supra p.33***), soit par une demande d'immatriculation au RCS ou au RM, soit par les déclarations initiales fiscales et sociales adéquates (activité agricole, forestière, libérale etc).

L'opérateur économique établi à l'étranger, qui s'abstient d'accomplir ces formalités déclaratives de création d'entreprise alors qu'il exerce en France une activité caractérisant un établissement, commet l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'activité[53], autrement dénommée fraude à l'établissement.

L'obligation de créer un établissement en France est notamment confirmée par une décision de principe de la CJUE du 30 septembre 2003[54] qui précise que le fait qu'une entreprise dispose de son siège social dans un Etat membre est sans conséquence sur l'application des règles relatives à la liberté d'établissement dans un autre Etat membre.

Par ailleurs, la Cour de cassation juge dans l'arrêt Bouygues Travaux Publics et autres du 12 janvier 2021[55], rendu après la décision de la CJUE du 14 mai 2020[56]; que le droit communautaire relatif à l'opposabilité du certificat de détachement, qui interdit de constater d'office l'infraction de travail dissimulé par défaut de déclarations sociales (***voir ci-après***), n'interdit pas de constater l'infraction de travail dissimulé sous toutes ses autres modalités (notamment, par défaut d'immatriculation RCS-RM et par défaut de déclarations fiscales).

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/condamnation-de-deux-donneurs-d-ordre-pour-recours-a-une-entreprise-de-travail-temporaire-etrangere-epr-de-flamanvile

[53] Not. Cass. crim. n° 03-86970 du 26 octobre 2004 HOLGER. Il commet également l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, s'il emploie du personnel salarié pour réaliser cette activité (***voir infra p.101***).
[54] CJUE C-167/01 du 30 septembre 2003 INSPIRE ; puis Cass. crim. n° 19-80991 du 2 mars 2021 MISTRAL.
[55] Cass. crim. n° 17-82553 du 12 janvier 2021 BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS ET AUTRES.
[56] CJUE C-17/19 du 14 mai 2020 BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS ET AUTRES.

***Nota***

*L'article 27 de la loi du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017 a codifié dans le code de la sécurité sociale un article L.114-15-1 qui prévoit que le certificat de détachement dont est titulaire un travailleur indépendant établi à l'étranger doit être présenté, lorsque ce document est obligatoire, aux agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé, par celui-ci ou son donneur d'ordre. A défaut, ce défaut de présentation, lorsqu'il est obligatoire, est passible d'une pénalité civile due par le donneur d'ordre.*

*Le montant de cette pénalité est de 3428 euros (plafond mensuel de la sécurité sociale 2021) par salarié. La pénalité civile prévue par l'article L.114-15-1 du code de la sécurité sociale ne doit pas occulter l'existence de l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'activité économique par défaut de déclarations sociales, qui est le manquement le plus significatif d'un défaut de présentation d'un certificat de détachement, lorsque, par ailleurs, le travailleur indépendant ne s'est pas immatriculé auprès du RSI, de la MSA ou de tout autre organisme de protection sociale de non salarié non agricole compétent.*

**Quid de l'impact des décisions C-620/15 A-Rosa du 27 avril 2017, C-359/16 Altun du 6 février 2018, C-370/17 et C-37/18 Vueling du 2 avril 2020 de la CJUE sur le constat d'une infraction de travail dissimulé résultant d'une fraude à l'établissement impliquant un prétendu travailleur indépendant prestataire de services et son donneur d'ordre ?**

⇨ Dans ces décisions, la CJUE a confirmé que l'Etat d'accueil et d'emploi d'un salarié détaché, et donc les autorités françaises et le juge français, ne pouvaient pas remettre en cause la validité d'un certificat de détachement, qui dispense de payer les cotisations et contributions sociales en France. Seule l'institution de sécurité sociale qui a délivré le certificat de détachement est en droit de le retirer ou de l'invalider, à la demande des autorités de l'Etat d'accueil et d'emploi.

Tant que ce document n'a pas été retiré ou invalidé, il ne serait donc pas possible, ni de constater l'infraction de travail dissimulé par défaut de déclarations sociales puisqu'elles ne sont pas obligatoires en France, ni, par suite, de réclamer le paiement des cotisations et contributions sociales au prétendu travailleur indépendant prestataire de services et à son donneur d'ordre, notamment au titre de la solidarité financière.

⇨ Juridiquement, les décisions de la CJUE, c'est-à-dire de la justice communautaire, ne s'appliquent pas au certificat de détachement délivré par un Etat tiers, c'est-à-dire un Etat hors Union européenne (UE), hors Espace économique européen (EEE) et hors Suisse.

⇨ Formellement, aucune de ces décisions ne visent pas expressément une situation d'une fraude à l'établissement par un prétendu travailleur indépendant prestataire de services sur le territoire français qui, grâce à la possession indue d'un certificat de détachement, ne verse pas de cotisations et contributions sociales en France ; mais la généralité des termes de cette jurisprudence communautaire permet sans doute de l'étendre au certificat de détachement détenu par un prétendu travailleur indépendant prestataire de services.

⇨ La différence essentielle entre ces décisions de la CJUE réside dans le fait que les arrêts Altun et Vueling laissent entrevoir la possibilité d'une neutralisation du certificat de détachement par l'Etat d'accueil et d'emploi lorsqu'en présence d'une fraude relative à l'obtention ou à l'utilisation du ce document l'Etat de délivrance du certificat de détachement a retiré ou invalidé ce formulaire ou qu'il n'a pas répondu à la demande de retrait ou d'invalidation dans un délai raisonnable.

Cette évolution de la position de la CJUE est à relativiser sensiblement dès lors qu'il suffit que l'Etat de délivrance du certificat de détachement refuse, dans le délai raisonnable et quelles soient l'évidence et la gravité de la fraude, de le retirer ou de l'invalider.

Le refus de retirer ou d'invalider un certificat de détachement est définitivement opposable à l'Etat d'accueil et d'emploi puisque, dans une autre décision Alpérind C-527/16 du 6 septembre 2018, la CJUE a décidé que l'Etat de délivrance du certificat de détachement n'était pas lié par les conclusions de la Commission administrative de coordination de sécurité sociale saisie d'un recours par l'Etat d'accueil et d'emploi contre cette décision de refus de retrait par l'Etat émetteur du formulaire.

Une condamnation pour travail dissimulé par dissimulation d'activité par non déclarations sociales, c'est-à-dire pour l'une des modalités de fraude à l'établissement par un prétendu prestataire de services, devient impossible. Reste cependant possible une condamnation pour défaut d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés (RCS) ou au répertoire des métiers (RM) et/ou pour défaut de déclarations fiscales.

⇨ A ce jour, on constate que :

.- la CJUE sacralise le certificat de détachement, même si cette jurisprudence ne vise que le formulaire détenu par un prétendu salarié détaché, et non par un travailleur indépendant, prétendu prestataire de services,

.- la Cour de cassation fait une application stricte de la jurisprudence communautaire et censure les décisions civiles et pénales de condamnation des cours d'appel qui s'affranchissent de cette jurisprudence,

.– aucune condamnation pour travail dissimulé par dissimulation d'activité par un prétendu prestataire de services devenue définitive n'a été prononcée à la suite d'un retrait de certificat de détachement, puisqu'aucun retrait n'est intervenu dans le cadre d'une telle procédure.

Voir également :

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

**.E. Le but lucratif de l'activité exercée**

L'article L.8221-3 du code du travail mentionne qu'est réputé travail dissimulé par dissimulation d'activité, l'exercice, à but lucratif, d'activités qu'il énumère. En l'absence de but lucratif, l'infraction n'est pas constituée.

Dans la très grande majorité des affaires de travail dissimulé, la présence, la preuve ou la démonstration d'un but lucratif n'est pas en cause ou mise en cause, car il est notoirement avéré et absent du débat judiciaire.

Cependant, la démonstration de ce but lucratif peut devenir nécessaire pour qualifier et incriminer au titre de la dissimulation d'activité, dans deux catégories de situations bien distinctes :

⇨ en présence d'une personne qui se livre à une activité qu'elle déclare exercée à titre bénévole ou d'entraide ou de *coup de main*,

⇨ en présence d'une activité commerciale ou à but lucratif, exercée sous la forme d'une association.

**.E.1.** La personne en activité présentée comme bénévole ou donnant un *coup de main* est susceptible d'être requalifiée selon les circonstances, soit en travailleur indépendant dissimulé, soit en salarié dissimulé. La différence de requalification est décisive, puisque dans le premier cas la personne est auteur d'un délit, ainsi que le donneur d'ordre qui recourt à ses services, et que dans le second cas elle est victime d'une infraction[57].

Les techniques juridiques de requalification de la prétendue situation de bénévolat sont différentes. Pour requalifier un bénévole en travailleur indépendant dissimulé[58], le code du travail a posé des présomptions de but lucratif ; pour requalifier un bénévole en salarié, la démonstration d'une subordination juridique entre le prétendu bénévole et le bénéficiaire de son travail est nécessaire[59].

La requalification du prétendu bénévole en travailleur indépendant dissimulé passe par l'utilisation des présomptions de but lucratif de l'activité posées par l'article L.8221-4 du code du travail. Ces présomptions ont été créées pour contourner la difficulté de prouver l'existence d'une contrepartie financière ou en nature à l'occasion de l'activité contrôlée, notamment du fait des dénégations de la personne en activité ou de la connivence avec ses différents clients donneurs d'ordre.

L'article L.8221-4 du code du travail dispose que les activités mentionnées à l'article L.8221-3 sont présumées, sauf preuve contraire, accomplies à titre lucratif :

⇨ soit lorsque leur réalisation a lieu avec recours à la publicité sous une forme quelconque en vue de la recherche de la clientèle,

⇨ soit lorsque leur fréquence ou leur importance est établie,

⇨ soit lorsque la facturation est absente ou frauduleuse,

⇨ soit lorsque, pour des activités artisanales, elles sont réalisées avec un matériel ou un outillage présentant par sa nature ou son importance un caractère professionnel.

---

[57] L'exemple type est celui de la personne qui refait la toiture d'une maison : est-il un artisan dissimulé non inscrit au RM ou est-il le salarié dissimulé du propriétaire de la maison en travaux ?

[58] Sauf si l'intéressé le reconnaît.

[59] Voir le « Mode d'emploi des droits des victimes du travail illégal et du dumping social » 2ème édition Avril 2018 p.29 et suivantes, du même auteur.

Ces présomptions, qui sont alternatives et non pas cumulatives, sont régulièrement utilisées par le juge pour requalifier, y compris si le chiffre d'affaires réalisé est modique[60]. Lorsque ces présomptions sont, en tout ou partie, cumulatives, la requalification est davantage justifiée.

A l'appui de ces présomptions légales, qui sont simples et non pas irréfragables, la requalification en travailleur indépendant dissimulé peut être confortée par d'autres éléments de fait spécifiques, tels que l'exercice de l'activité malgré la radiation du RCS ou du RM, ou l'interdiction de gérer ou d'exercer.

***Nota***

*L'entraide, susceptible d'être requalifiée en travail dissimulé par dissimulation d'activité économique, se pratique parfois dans le cadre de réseaux de mise en relation par des sociétés commerciales[61], entre particuliers, pour des « coups de main », des « travaux de bricolage » ou par des associations qui se réclament d'une éthique, d'une philosophie ou d'un mode de vie particulier, tels que les systèmes d'échanges locaux (SEL).*

*Les SEL se donnent pour finalité, dans un esprit de convivialité, d'échanger entre particuliers, dans un périmètre géographique restreint, des produits, des services et des prestations non satisfaits par le secteur concurrentiel et marchand. Aucune contrepartie financière n'est demandée, l'équilibre des échanges étant comptabilisé et respecté en référence à une valeur du produit, du service ou de la prestation, déterminée par la SEL, et appelée "monnaie" pour la circonstance. Les membres du SEL, constitué sous forme associative, interviennent donc gratuitement et pour des contributions modestes.*

*L'activité des SEL a pu localement susciter l'inquiétude des professionnels et l'attention des services de contrôle sur la qualification à donner à ces activités dès lors que les échanges prenaient de l'ampleur et empiétaient sur le secteur concurrentiel et marchand. C'est dans ce contexte qu' a été rendu un arrêt de cour d'appel[62] qui a relaxé des personnes membres d'un SEL à qui il était reproché de faire du travail dissimulé pour n'avoir pas requis leur immatriculation au répertoire des métiers, en raison de leur activité. La cour a considéré que le caractère peu important des prestations qu'ils effectuaient dans le domaine du bâtiment ne permettait pas de les considérer comme des professionnels. Leur activité au sein du SEL relevait ainsi de la sphère du bénévolat et du concours désintéressé. Depuis cette affaire, l'activité des SEL ne semble pas avoir donné lieu à d'autres contentieux.*

*Les présomptions de but lucratif posées par l'article L.8221-4 du code du travail, éventuellement combinées à celles de l'article L.8221-7 pour les annonces et offres publiées en ligne, trouvent toute leur pertinence dans ces affaires pour analyser la véritable nature des activités proposées et exercées dans le cadre de ces réseaux par des personnes présentées comme des particuliers, c'est-à-dire des bénévoles.*

[60] Not. Cass. crim. n° 12-87347 du 17 décembre 2013 LE RECOURS.

[61] Magasins de vente de matériaux ou de matériels de bricolage ou sites en ligne tels que Allovoisins, Frizbiz, Hellocasa, Needhelp, Stootie, Youpijob qui mélangent les services offerts par les particuliers et ceux offerts par les artisans.

[62] Cour appel de Toulouse n° 98/00166 du 17 septembre 1998 EVANS.

**.E.2.** Le responsable d'une association qui exerce une activité commerciale à but lucratif commet le délit de travail dissimulé par dissimulation d'activité. En raison de la nature de l'activité réellement déployée par l'association de façade, cette activité aurait dû donner lieu à immatriculation au RCS ou au RM et/ou à déclarations fiscales et sociales impliquées par cette activité.

La requalification d'une prétendue association en opérateur économique relevant du secteur concurrentiel et marchand, pratiquant du travail dissimulé s'effectue en utilisant les présomptions du but lucratif posées par l'article L.8221-4 du code du travail[63]. Les critères de la requalification au plan pénal ne sont donc pas nécessairement les mêmes que ceux mis en œuvre par la jurisprudence administrative en matière fiscale qui utilise le critère de la gestion désintéressée et la règle des 4 « P » : produit, public, prix, publicité[64].

Voir également l'article de l'auteur :

https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/activite_professionnelle_et_benevolat.pdf

**.F. Le recours à une société de domiciliation**

**.F.1.** La société de domiciliation est une entreprise spécialisée dont l'activité est d'accueillir le siège social d'autres entreprises[65] 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 commerce[66]. 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, avec la tenue et la présence de tous ses documents sociaux.

L'entreprise domiciliée partage les locaux où elle dispose de son siège social avec plusieurs autres entreprises[67].

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 prestige[68], elle dispose a priori d'une image, d'une notoriété ou d'une visibilité utiles à son activité (activité d'import export par exemple).

---

[63] Cass. crim. n° 07-81413 du 16 octobre 2007 Jean Paul X.

[64] Conseil d'Etat n°170289 du 1er octobre 1999 ASSOCIATION JEUNE FRANCE; Conseil d'Etat n° 389299 du 7 décembre 2016 AUDACE. Voir également les instructions fiscales n° 4H-5 98 du 15 septembre 1998 et n° 4H-5 n° 208 du 18 décembre 2006 sur la fiscalité des organismes sans but lucratif.

[65] Entreprise individuelle ou personne morale.

[66] Voir également les articles R.123-166-1 à R.123-166-71 du code de commerce.

[67] Certaines sociétés de domiciliation parisiennes accueillent plusieurs centaines d'entreprises domiciliées à la même adresse.

Mais la domiciliation d'entreprise présente d'autres avantages, tels 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.

**.F.2. L'entreprise qui se domicilie** dans une société de domiciliation n'exerce pas (en règle générale) 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 :

⇨ 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'activité[69].

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.

**.F.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 (***voir infra p.305***). En clair, le responsable ne peut refuser, de façon dilatoire, de présenter ces documents parce que le représentant légal de l'entreprise domiciliée est absent[70] ou qu'il n'a pas son accord ou qu'il attend son accord ou…parce qu'il est tenu au secret professionnel.

---

[68] Sur les Champs Elysées.
[69] Cass. crim. n° 93-85460 du 23 mai 1995 EYMARD.
[70] Ce qui est toujours le cas.

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 inopiné.

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 (***voir infra p.56***).

L'agrément préfectoral pour gérer une société de domiciliation n'est pas attribué à la personne qui a déjà été condamnée pour travail dissimulé.

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.

**.F.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.

**.II. L'interdiction de la publicité en faveur du travail dissimulé**

**.A.** L'article L.8221-1 2° du code du travail interdit de faire de la publicité, par quelque moyen que ce soit, tendant à favoriser, en toute connaissance de cause, le travail dissimulé.

L'interdiction de la publicité pour le travail dissimulé a été posée par la loi du 27 janvier 1987[71].

L'interdiction vise au premier chef l'auteur du travail dissimulé, c'est-à-dire l'opération économique qui exerce son activité professionnelle dans le cadre du travail dissimulé, mais également toute autre personne, telle un ancien client ou une relation, qui communique les cordonnées de cet opérateur ou qui le recommande.

Ainsi, un ancien client qui, satisfait des services rendus, va recommander à un tiers un artisan qu'il sait radié du répertoire des métiers ou un commerçant qui accepte d'afficher dans sa vitrine les cordonnées de cet artisan qui seront ainsi portées à la connaissance de la clientèle de son magasin ou de sa boutique.

D'autres formes de publicité interdite par le code du travail sont plus élaborées. 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.

[71] Article 32 de la loi n° 87-39 du 27 janvier 1987 portant diverses mesures d'ordre social.

***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.*

*La même interrogation vaut pour les sites commerciaux spécialisés dans la mise en relation entre particuliers ou pour les sites spécialisés (**voir supra p.42**), qui proposent de faire effectuer des travaux soit par un artisan, soit par d'autres particuliers.*[72].

*Si le particulier qui réalise les travaux est reconnu effectuer du travail dissimulé, ces intermédiaires peuvent être mis en cause pour publicité en faveur du travail dissimulé et/ou complicité de travail dissimulé.*

Si la publicité effectuée par un tiers se traduit concrètement par des actes de démarchage, la qualification de complicité du travail dissimulé peut être retenue, en complément ou en substitution de celle de publicité.

Si le code du travail considère que le recours à la publicité constitue une présomption du but lucratif de l'activité exercée, il règlemente par ailleurs la diffusion des annonces relatives à une offre de vente ou de service, qui sont le vecteur connu de pratiques professionnelles dissimulées.

**.B.** En 1996[73], ont été insérées à l'article L.8221-7 du code du travail des dispositions règlementant la diffusion des annonces destinées à proposer des services ou de la vente ou à faire connaître son activité professionnelle au public[74].

L'objectif de cette règlementation 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.

Deux pratiques sont règlementées par cette disposition du code du travail.

[72] Ces sites mélangent les offres de services des artisans et les offres de services de particuliers.

[73] 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.

[74] Voir également la circulaire DILTI 99/1 du 1er mars 1997 (BO TR 99/6 p.67) qui présente et commente cette règlementation.

### .B.1. La diffusion d'une offre par une publication papier[75] ou télématique[76]

.- 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,

⇨ tenir pendant 6 mois à compter de la cessation de publication de l'offre ces informations à la disposition des agents de contrôle habilités en matière de lutte contre le travail dissimulé.

.- 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.

Cette règlementation s'applique aux responsables des sites en ligne (***voir supra p.50***) qui mettent en relation des particuliers avec d'autres particuliers ou avec des artisans pour effectuer des travaux).

### .B.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.

***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 règlementation 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.*

[75] Journal, revue, gratuit, bulletin etc…. internet.
[76] Un site internet, par exemple.

### .III. Les personnes responsables et les qualifications[77]

Le travail dissimulé par dissimulation d'activité économique indépendante est un délit dont il convient de prouver le caractère intentionnel.

La lecture des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation se rapportant à ces affaires montre que ce sujet est assez peu évoqué et débattu, y compris dans des affaires importantes et de principe, telles que celles relatives à la fausse prestation de services internationale ; les discussions portent sur d'autres sujets.

Sans dénaturer la jurisprudence de la chambre criminelle, on peut écrire que l'intention de commettre l'infraction résulte de l'inexécution des formalités légales qui sont reconnues ou de la constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou règlementaire. L'élément moral se déduit très souvent de l'élément matériel.

*« Attendu que, contrairement à ce qui est soutenu au moyen, le fait d'exercer, en connaissance de cause, l'une des activités énumérées par l'article L.324-10 du code du travail[78] sans avoir requis son immatriculation au registre du commerce et des sociétés caractérise le délit de travail dissimulé en tous ses éléments, aucune disposition du texte précité n'imposant qu'il soit établi que l'auteur de ce délit ait agi afin de se soustraire à la réglementation sur le commerce[79] ».*

Pour autant, tous les éléments de fait décrivant et caractérisant les circonstances et les modalités de la dissimulation d'activité sont de nature à conforter le comportement intentionnel de la commission de cette infraction.

#### .A. L'auteur du délit d'exercice d'un travail dissimulé

La personne auteur de la dissimulation d'activité économique est soit le travailleur indépendant, personne physique, soit le représentant légal de la personne morale qui exerce l'activité économique, soit la personne morale elle même. La personne morale susceptible de pratiquer de la dissimulation d'activité économique peut être une société commerciale ou agricole (Sarl, SA, SNC, SAS etc), mais également toute autre personne morale exerçant une activité économique à but lucratif. Il existe en effet de nombreuses autres personnes morales, telles que les sociétés civiles, les sociétés de gestion, les structures d'exercice libéral, les sociétés d'économie mixte et les groupements d'intérêt économique…

*A contrario*, les personnes morales exerçant une activité sans but lucratif, telles une association, échappent à l'incrimination de travail dissimulé par dissimulation d'activité, sous réserve de respecter effectivement le caractère non lucratif de leur activité. Sinon, par requalification, le président de la prétendue association commet le délit.

#### .B. Le dirigeant ou le gérant de fait

**.B.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

---

[77] Voir également le « Mode d'emploi pour la mise en cause du donneur d'ordre, du maître d'ouvrage et de tous autres dans le cadre du travail illégal et du dumping social 3ème édition Juillet 2019, du même auteur.
[78] Devenu, après recodification, l'article L.8221-3 du code du travail.
[79] Cass. crim. n° 00-80695 du 21 novembre 2000 SAID.

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).

Le représentant légal peut ne pas être le véritable animateur et responsable de la structure impliquée, par le recours à la technique du dirigeant ou du gérant de fait.

La technique du dirigeant ou du gérant de fait permet au véritable 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 connivence[80], 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 » ou « l'homme ou la femme de paille »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.

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…ou quiconque. La reconnaissance de la qualité de dirigeant ou de gérant de fait ne nécessite pas l'existence d'une délégation de pouvoirs[81].

**.B.2.** La technique du dirigeant ou du gérant de fait est régulièrement utilisée dans les affaires de travail dissimulé.

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 sociale[82] 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.

**.B.3.** Les procédures relatives à des affaires de travail dissimulé par dissimulation d'activité 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.

---

[80] Accord ou connivence qui pourront donner lieu à une rémunération officielle ou occulte pour le service rendu au dirigeant de fait.

[81] Cass. crim. n° 17-84149 du 4 septembre 2018 FERGAL.

[82] Article 124 de la loi du n° 2011-1906 du 21 décembre 2011 de financement de la sécurité sociale pour 2012.

De nombreuses décisions de la Cour de cassation[83] illustrent la mise en cause du dirigeant ou du gérant de fait dans des affaires de travail dissimulé.

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[84], compte tenu du rôle joué par la personne impliquée.

**.B.4.** La mise en cause du dirigeant ou du gérant de fait intervient essentiellement à des fins pénales, pour obtenir sa condamnation en qualité de personne physique. Mais cette mise en cause[85] à des fins pénales peut avoir une incidence directe sur la mise en œuvre des sanctions administratives et civiles à l'égard de l'entité, personne physique ou personne morale, qui gère en droit l'activité économique exercée en marge de la légalité.

Ainsi, la mise en cause pénale du dirigeant de fait pour dissimulation d'activité d'une association qui exerce une activité commerciale permet la fermeture administrative temporaire de cette association par le préfet.

### .C. Le donneur d'ordre qui recourt directement au travail dissimulé

L'article L.8221-1 3° du code du travail interdit à quiconque de recourir directement à celui qui pratique du travail dissimulé. Ce « quiconque » qui recourt directement à du travail dissimulé est communément appelé le donneur d'ordre.

**.C.1.** 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.

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 et contracte directement pour réaliser un travail. Il cumule alors ces deux qualités.

Le terme de donneur d'ordre est parfois peu usité dans certains secteurs d'activité ; on lui préfère l'emploi d'une expression spécifique. Ainsi, dans le travail temporaire, le donneur d'ordre est appelé l'utilisateur ; dans le mannequinat, le donneur d'ordre est appelé le client ou l'utilisateur; dans le spectacle, le donneur d'ordre est appelé le diffuseur ou l'organisateur.

---

[83] ***Voir infra p.313*** 5ème partie Jurisprudence.
[84] ***Voir infra p.56.***
[85] Rapport, procès-verbal ou condamnation.

Ces appellations n'ont aucune incidence sur la qualification et l'incrimination au titre du recours direct à du travail dissimulé.

**.C.2.** La mise en cause du donneur d'ordre est essentielle, lorsqu'elle est juridiquement possible, au titre de l'efficacité ou de l'effectivité de la lutte contre le travail dissimulé.

Le donneur d'ordre peut être mis en cause, c'est-à-dire sanctionné ou actionné financièrement, sur le fondement de trois mécanismes distincts[86] :

⇨ au plan pénal, pour recours intentionnel à un opérateur économique, travailleur indépendant ou société ou association, qui pratique de la dissimulation d'activité économique,

⇨ au plan civil, par la mobilisation de la solidarité financière et des autres dispositifs de pénalités pécuniaires inscrits dans le code de la sécurité sociale,

⇨ au plan administratif, par la mise en œuvre de sanctions à la disposition de l'autorité administrative compétente, en raison de la nature de la sanction.

**.D. Le maître d'ouvrage qui recourt par personne interposée au travail dissimulé**

L'article L.8221-1 3° du code du travail interdit à quiconque de recourir, par personne interposée, à celui qui pratique du travail dissimulé. Cette rédaction de la loi[87] permet de mettre en cause toute autre personne, dont le maître d'ouvrage, autre que le donneur d'ordre, qui recourt, c'est-à-dire qui bénéficie, du travail dissimulé, notamment en présence d'une opération de sous-traitance.

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 réalisé[88]. 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'ouvrage[89].

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 qui recourt par personne interposée au travail dissimulé**

---

[86] ***Voir infra p.62, 68 et 79.***

[87] La notion d'interposition de personne résulte de l'article 3 de la loi no 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.

[88] 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 maitrise d'œuvre privée.

[89] Un sous-traitant de 3ème rang qui sous-traite est un donneur d'ordre, mais pas un maître d'ouvrage.

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 obligations. Il se substitue donc en principe au maître d'ouvrage dans ses obligations légales, dans les limites du mandat qu'il a reçu[90].

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 1985[91]. 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, par application de l'article L.8221-3 3° du code du travail, qui interdit le recours au travail dissimulé par interposition de personne.

### .F. Les autres opérateurs économiques intervenant dans la chaîne de sous-traitance

D'autres opérateurs économiques, différents du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage, intervenant dans une opération de sous-traitance sont susceptibles d'être mis en cause, pour recours au travail dissimulé par personne interposée, compte tenu de la rédaction très large de l'article L.8221-3 3° du code du travail.

Ainsi, une société du secteur du BTP, titulaire d'un marché de la part du maître d'ouvrage, sous-traite ce marché à une entreprise qui vient de se créer (RSC ou RM en cours) et qui n'a pas d'effectif salarié ; ce sous-traitant recourt lui-même à un ou plusieurs artisans radiés du RM. La société, titulaire du marché, qui n'est ni donneur d'ordre des artisans radiés, ni maître d'ouvrage, pourra voir sa responsabilité pénale engagée, compte tenu de la lecture que la chambre criminelle de la Cour de cassation fait de l'article L.8221-3 3° du code du travail.

En fonction du comportement, des diligences et du niveau d'information de l'entreprise intermédiaire, le juge peut considérer que l'infraction de recours à du travail dissimulé par personne interposée est constituée.

### .G. Le complice

Dans une affaire de travail dissimulé, la mise en cause d'une personne au titre de la complicité ne relève pas d'une disposition spécifique inscrite dans le code du travail ; elle ressort de l'application de droit commun du code pénal.

La complicité, telle que définie par l'article 121-7 du code pénal, est une incrimination qui trouve à s'appliquer de plein droit dans les affaires de travail dissimulé, puisqu'il s'agit d'un

[90] Par précaution, il conviendra parfois de demander le contrat de mandat pour connaître les missions précises confiées au maître d'ouvrage délégué.
[91] Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 précitée.

délit. 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 une infraction ou a donné des instructions pour la commettre.

L'acte de complicité se retrouve fréquemment dans les affaires de travail dissimulé, 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 :

⇨ le gestionnaire d'un centre commercial qui accepte sans vérification, et moyennant contrepartie financière, l'installation dans ses galeries d'exposants ou de vendeurs non inscrits au RCS,

⇨ le cabinet de conseil qui démarche des artisans ou des commerçants pour les inciter à se délocaliser hors de France, tout en continuant d'exercer leur activité sur le territoire français,

⇨ le responsable d'une société de domiciliation qui héberge un artisan radié du répertoire des métiers ou un opérateur économique étranger qui aurait dû s'établir en France (***voir supra p.47***),

⇨ 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,

⇨ le responsable d'une discothèque qui accepte qu'une même association de commerçants ou d'étudiants organise régulièrement dans ses locaux, et moyennant contrepartie financière, des défilés de mode.

**.H. La personne qui blanchit le produit du travail dissimulé**

Si l'incrimination au titre de la complicité est assez peu mentionnée dans les procédures et sanctionnée par le juge, celle de blanchiment tend à se développer.

Dans nombre d'affaires de travail dissimulé, le blanchiment ne pose pas en effet DPAEde 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.

Quelques procédures relatives au travail dissimulé ont également retenu cette incrimination, y compris assortie d'une confiscation[92]. Celle-ci est imputable soit à l'auteur du travail dissimulé, soit à un tiers chargé de procéder au blanchiment de sommes d'argent provenant du travail dissimulé.

Le juge reconnaît également le blanchiment en bande organisée[93].

Bien que la détection d'une opération de blanchiment nécessite des investigations particulières, il ne faut pas négliger cet aspect du traitement du travail dissimulé qui vient conforter la sanction de cette délinquance par nature économique et financière et qui est lourdement réprimée par le code pénal[94].

### .I. 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.

Très rarement mentionnée dans les procédures de travail dissimulé, cette incrimination trouve pourtant à s'appliquer à l'égard de toute personne qui, par son comportement, commet cette infraction[95].

Ainsi, il a été jugé que la concubine du responsable d'une entreprise qui employait un salarié qu'elle savait dissimulé commet le délit de recel de travail dissimulé lorsque ce salarié effectue des travaux dans sa résidence personnelle[96].

### .IV. Les sanctions et les pénalités[97]

Le constat d'une situation de travail dissimulé par dissimulation d'activité économique indépendante conduit à la mise en cause possible de plusieurs personnes (***voir supra p.52 et sq.***), dans des conditions différentes, qui varient en fonction de leur qualité de mis en cause.

---

[92] ***Voir infra p.313*** 5ème partie Jurisprudence.
[93] Cass. crim. n° 18-83541 du 20 novembre 2019 FATOUMA.
[94] Dix ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende.
[95] Cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende.
[96] Cass. crim. n° 09-85621 du 22 juin 2010 NULLE PART AILLEURS.
[97] Voir également en annexe, ***infra p.313 5ème partie Jurisprudence***

Les sanctions et pénalités applicables en matière de travail dissimulé sont de nature pénale, de nature civile et financière et de nature administrative ; elles sont prévues par le code du travail, le code de la sécurité sociale et par le code pénal. La mise en œuvre de ces sanctions et pénalités ne se fait pas nécessairement sur le fondement d'un procès-verbal établi par un agent de contrôle habilité en matière de travail dissimulé (***voir infra p.298***); autrement dit, le constat d'une situation de travail dissimulé, déconnecté d'une procédure pénale soumise à l'appréciation du juge, suffit à faire application de certaines de ces sanctions et pénalités.

A l'origine de la lutte contre le travail dissimulé, cette délinquance était uniquement sanctionnée sous l'aspect pénal. Au fil du temps, le législateur a ajouté des sanctions civiles, financières et administratives qui complètent très utilement le traitement pénal, par des procédures autonomes, obéissant à leurs propres règles.

**.A. Les sanctions pénales**

**.A.1. Les sanctions pénales susceptibles d'être prononcées** dans une affaire de travail dissimulé sont nombreuses et variées. Elles s'appliquent indifféremment à l'opérateur économique qui pratique du travail dissimulé, à celui qui recourt, directement ou par personne interposée, à cet opérateur économique, à celui qui fait de la publicité, ainsi qu'au complice de l'une de ces personnes.

Les sanctions pénales sont inscrites aux articles L.8224-1 et suivants du code du travail.

**.A.1.1. A l'égard de la personne physique**

⇨ un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 45 000 euros ;

⇨ le fait d'exercer du travail dissimulé ou de recourir à du travail dissimulé en commettant les faits à l'égard de plusieurs personnes ou d'une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 euros ;

⇨ le fait d'exercer du travail dissimulé ou de recourir à du travail dissimulé en commettant les faits en bande organisée est puni de dix ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende ;

⇨ l'interdiction, soit d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, soit d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale. Ces interdictions d'exercice peuvent être prononcées cumulativement.

⇨ l'exclusion des marchés publics pour une durée de cinq ans au plus ;

⇨ la peine de confiscation dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21 du code pénal ;

⇨ l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues à l'article 131-35 du code pénal. Lorsqu'une amende est prononcée, la juridiction peut

ordonner que cette diffusion soit opérée, pour une durée maximale de deux ans, par les services du ministre chargé du travail sur un site internet dédié;

***Nota sur la liste noire des entreprises condamnées***

*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*[98] *permettant au juge de prononcer contre toute entreprise, établie ou non en France, condamnée pour des faits de travail illégal, dont le travail dissimulé, une peine complémentaire de diffusion de la condamnation pénale sur un site internet. Il ne s'agit donc pas d'une interdiction de contracter ou de soumissionner. Reste donc à savoir quel est l'effet recherché et utile de cette « liste noire ».*

*Le décret n° 2015-1327 du 21 octobre 2015 précise les modalités de mise en œuvre de cette peine complémentaire, via une publication sur un site internet dédié du ministère chargé du travail.*

*L'article 102 de la loi n°2018-771 du 5 septembre 2018, dite Avenir professionnel, a modifié les modalités de cette peine de publicité sur le site dédié, en la rendant obligatoire pour l'infraction de travail dissimulé, lorsque la dissimulation d'emploi salarié vise un mineur soumis à l'obligation scolaire, une personne en état de vulnérabilité ou de dépendance ou lorsque l'infraction de travail dissimulé ou de recours à travail dissimulé est commise en bande organisée, sous réserve que le juge ne se dispense, par décision motivée, de prononcer cette peine devenue accessoire.*

*Adresse du site internet :* https://liste-noire.travail-emploi.gouv.fr/index.html .

⇨ l'interdiction des droits civiques, civils et de famille.

En outre :

⇨ le fait, pour toute personne soumise aux obligations de transparence des annonces ou des offres de vente ou de service (***voir supra p.50***), de diffuser ou de faire diffuser, ou de communiquer au responsable de la publication ou de la diffusion des informations mensongères relatives à son identification est puni d'une amende de 7 500 euros ;

⇨ lorsque l'auteur du travail dissimulé est un ressortissant étranger, il est passible d'une interdiction du territoire français qui peut être prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-30 du code pénal pour une durée de cinq ans au plus.

**.A.1.2. A l'égard de la personne morale**

⇨ l'amende équivalente au quintuple de celle prévue pour la personne physique ;

[98] Notamment au 4° de l'article L.8224-3 du code du travail.

⇨ la dissolution, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés ;

⇨ l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement l'activité professionnelle dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction de travail dissimulé a été commise ;

⇨ le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ;

⇨ la fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés; le prononcé de la peine complémentaire de fermeture provisoire d'établissement n'entraîne ni rupture, ni suspension du contrat de travail, ni aucun préjudice pécuniaire à l'encontre des salariés de l'établissement concerné.

⇨ l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ;

⇨ la peine de confiscation, dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21 du code pénal;

⇨ l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ; lorsqu'une amende est prononcée, la juridiction peut ordonner que la diffusion de la décision soit opérée, pour une durée maximale de deux ans, par les services du ministre chargé du travail sur un site internet dédié (***voir supra liste noire des entreprises condamnées***).

⇨ l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus de percevoir toute aide publique attribuée par l'Etat, les collectivités territoriales, leurs établissements ou leurs groupements ainsi que toute aide financière versée par une personne privée chargée d'une mission de service public.

**.A.2. La mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage**, pour recours direct ou recours par personne interposée, à des fins de sanctions pénales, nécessite de connaître la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation[99] qui précise très utilement la portée du 3° de l'article L.8221-1 du code du travail.

Cette jurisprudence concerne quasi exclusivement le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage professionnel ; très peu de décisions intéressent le particulier donneur d'ordre ou maître d'ouvrage.

**.A.2.1. Le donneur d'ordre**

**A.2.1.1. 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

[99] ***Voir infra p.313*** 5ème partie Jurisprudence..

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 1997[100]. 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.

Ces diligences, qui par nature peuvent être diverses et variées en fonction de la nationalité de l'entreprise, de la nature de l'activité ou de la durée des relations commerciales, sont constatées et appréciées dans un premier temps par les services de contrôle ou de recouvrement, puis par le juge lorsqu'il reçoit leurs procédures[101].

**.A.2.1.2. 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 sociales[102],

⇨ le fait que ce sous-traitant dispose de faibles moyens[103],

⇨ le fait de ne pas lui avoir demandé tous les documents prévus dans le cadre de la solidarité financière[104],

⇨ 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

[100] 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.
[101] Cass. crim. n° 03-87752 du 22 juin 2004 FOLYMODE.
[102] Cass. crim n° 95-82009 du 11 mars 1997 SCA LA MOUTONADE.
[103] Cass. crim. n° 00-83920 du 13 février 2001 SCI HAD.
[104] Cass. crim n° 95-84204 du 21 janvier 1997 FRAIC'HEURE.

incombant et ne s'adonnait pas au travail dissimulé, soit par dissimulation d'activité soit par dissimulation d'emploi salarié[105].

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[106].

***Nota***

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

*.- 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 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,*

*. - un donneur d'ordre qui fait appel à une entreprise établie à l'étranger, sans procéder à des vérifications particulières.*

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.2.1.3. Compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation,** les procédures visant le donneur d'ordre pour recours à du travail dissimulé par dissimulation d'activité économique 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,

[105] Cass. crim. n° 14-85828 du 1er décembre 2015 ASM.
[106] Cass. crim. n° 01-80013 du 4 septembre 2001 EOLE.

.- 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 par l'article L.8222-1 du code du travail au titre de la solidarité financière (***voir infra p.371***),

.- 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 suffisantes[107],

.- si la relation commerciale était ponctuelle ou habituelle,

.- dans l'hypothèse du recours à un opérateur économique établi à l'étranger, les circonstances et les conditions de leur mise en relation.

***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*

[107] 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.

*payé par le donneur d'ordre, alors qu'elle peut être d'une grande efficacité devant le juge pénal.*

### .A.2.1.4. Et le particulier donneur d'ordre?

Le particulier qui recourt à une entreprise pour réaliser un travail (par exemple, à un artisan pour des travaux du bâtiment) 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 responsabilité[108]. 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 loi[109]. 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.2.2. Le maître d'ouvrage

**.A.2.2.1. Le principe.** Le 3° de l'article L.8221-1 du code du travail interdit le recours intentionnel et *par personne interposée* à un opérateur économique 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 personne »* a été notamment introduite à cet effet dans le code du travail pour mettre cause le maître d'ouvrage.

Le maître d'ouvrage, qui n'a pas de relation contractuelle avec cet opérateur économique, qui est un sous-traitant au sens de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, bénéficie cependant au final des prestations réalisées par cet opérateur, 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 ce même opérateur, même s'il est un tiers à son égard, au regard du droit des contrats.

**.A.2.2.2. 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 travail[110]. 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.

---

[108] Voir not. Cass. crim. n° 10-80252 du 9 novembre 2010 VLADO.

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

[110] Cass. crim n° 01-85601 du 3 avril 2002 COGEDIM TRADITION.

On peut évoquer les situations suivantes, dans lesquelles le maître d'ouvrage aurait dû s'assurer des conditions d'exécution de son marché :

.- le maître d'ouvrage confie un travail à une entreprise principale qui ne dispose pas des moyens 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 adresse[111], et qui sous-traite,

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

.- le maître d'ouvrage confie un travail à une entreprise qui vient de se créer, avec un « RCS en cours » ou un « RM en cours » et qui sous-traite à une entreprise également en cours de création,

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

.- le maître d'ouvrage contracte avec une entreprise étrangère qui l'a démarché et qui sous-traite elle-même à une autre entreprise étrangère,

.- 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 habilité[112].

### .A.2.2.3. Et le particulier maître d'ouvrage ?

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 traitées 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.

---

[111] ***Voir supra p.47*** La société de domiciliation.

[112] ***Voir infra p.72.***

### .B. La solidarité financière

Par construction législative, la solidarité financière ne concerne que le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui recourt, directement ou par personne interposée, à un opérateur économique, établi en France ou à l'étranger, qui pratique du travail dissimulé.

La mise en cause financière du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage dans le cadre d'une affaire de travail dissimulé, initialement prévue par la loi du 11 juillet 1972[113], a été sensiblement redéfinie par la loi du 31 décembre 1991[114] et codifiée aux articles L.8222-1 et suivants du code du travail[115].

La finalité de la solidarité financière est de faire payer par le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage les dettes fiscales et sociales de celui auquel il recourt et qui pratique du travail dissimulé. La solidarité financière constitue, notamment avec la déclaration préalable à l'embauche, un outil structurant de lutte contre le travail dissimulé.

#### .B.1. Les créanciers bénéficiaires de la solidarité financière

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

- ⇨ le salarié victime du travail dissimulé***),***
- ⇨ les organismes de recouvrement des cotisations et contributions sociales,
- ⇨ les services fiscaux et le Trésor public,
- ⇨ les douanes (au titre des droits indirects[116]),
- ⇨ les personnes qui ont versé des aides publiques.

Les sommes réclamées au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage par chacun de ces créanciers 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 profession[117].

#### .B.2. Le donneur d'ordre et la solidarité financière

#### .B.2.1. Les conditions d'application de la solidarité financière à l'égard du donneur d'ordre

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

[113] Loi n° 72-648 du 11 juillet 1972 définissant et sanctionnant le travail clandestin.
[114] 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.
[115] Voir également la circulaire interministérielle DILTI du 31 décembre 2005 relative à la solidarité financière des donneurs d'ordre en matière de travail dissimulé.
[116] Billetterie spectacles, taxes sur les alcools, TIPP…
[117] Cass. civ. 2 n° 13-15784 du 13 février 2014 ATH RENATO BENE.

d'ordre et son cocontractant, y compris s'il a procédé à des vérifications, mais considérées comme insuffisantes par le juge.

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

**.2.1.** Le mécanisme « historique[118] » des articles L. 8222-1 et suivants du code du travail qui prévoit plusieurs conditions cumulatives pour mettre en œuvre la solidarité financière[119]:

.- 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'ordre[120].

.- 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.

.- la situation de travail dissimulé est nécessairement constatée préalablement par un procès-verbal relevé par un des agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé, 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 2004[121]. 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 à un mélange des genres et a privé les créanciers de toute action d'initiative contre le donneur d'ordre. Cette restriction, juridiquement injustifiée, apportée aux droits des créanciers n'a jamais été expliquée alors qu'elle affaiblit sensiblement 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

[118] 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.

[119] 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.

[120] 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.

[121] Article71 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie.

du travail[122]. 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 financière[123].

.- 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 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 sincère[124].

***Nota***

*La Cour de cassation[125] considère que l'organisme de recouvrement des cotisations et contributions sociales est fondée à refuser de délivrer au cocontractant, aux fins de la remettre au donneur d'ordre, l'attestation d'obligations à jour ou compte à jour lorsqu'il n'est pas en règle avec ses déclaration sociales et le paiement de ses cotisations et contributions sociales.*

*Ce refus peut être contesté devant le juge des référés.*

**.2.2.** Le mécanisme spécifique aux marchés publics mentionné à l'article L.8222-6 du code du travail[126] 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 dissimulé l'informant que son cocontractant pratique du travail dissimulé. L'envoi d'un tel courrier par

[122] ***Voir infra p.371 et sq.*** Annexes 1-1. à 1-5.

[123] 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).

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

[125] Cass. civ. 2 n° 16-11297 du 9 février 2017 SGC.

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

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 insolvable ou est un opérateur économique établi à l'étranger venu 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.2.2. La mise en œuvre de la solidarité financière[127]

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 successive[128]. 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.

---

[127] 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.

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

Le montant des sommes réclamées au donneur est fixé au *prorata* de la valeur des travaux réalisés, des services fournis, du bien vendu et de la rémunération en vigueur dans la profession. Si l'entreprise qui pratique du travail dissimulé travaille exclusivement pour un donneur d'ordre, celui-ci est redevable de la totalité des sommes dues par ce sous-traitant[129].

Le montant des cotisations et contributions sociales réclamées au donneur d'ordre dans la lettre d'observations est, à peine de nullité de la procédure, détaillé année par année ; un montant global, non ventilé, ne permet pas au donneur d'ordre de se défendre utilement[130].

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. En revanche, 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.62**)*.

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 dues[131]. La prescription est celle de droit commun, sauf pour les organismes de sécurité sociale qui est portée de trois à cinq ans puisqu'il s'agit d'une affaire de travail dissimulé[132] ; ce délai est également porté à cinq ans pour les actions civiles en recouvrement et en exécution de la contrainte non contestée[133].

### .B.2.3. 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 financière[134]. 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

---

[129] Cass. civ. 2 n° 17-21950 du 10 octobre 2019 SOLOGNE ET LOIRE HABITAT.
[130] Cass. civ. 2 n° 17-21114 du 24 janvier 2019 MSA DE CHARENTES.
[131] Tribunal d'instance, tribunal de grande instance, tribunal des affaires de sécurité sociale, conseil de prud'hommes.
[132] Article L.244-11 du code de la sécurité sociale (article 24 V de la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017).
[133] Article L.244-11 du code de la sécurité sociale (article 24 IV 1 de la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017).
[134] ***Voir infra p.371 et sq.*** Annexes 1-1. à 1-5.

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.

***Nota***

***.1.*** *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 cocontractant*[135]*.*

***.2.*** *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 égard*[136]*.*

***.3.*** *L'Urssaf est en droit de refuser de délivrer l'attestation de compte à jour à une entreprise qui pratique du travail dissimulé et qui invoque un recours devant le TASS*[137] *pour contester le redressement qui lui est notifié à la suite de ce constat*[138]*.*

***.4.*** *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*[139]*.*

### .B.3. Le maître d'ouvrage et la solidarité financière

Si la finalité de la solidarité financière du maître d'ouvrage est identique à celle opposable au donneur d'ordre, la solidarité financière du maître d'ouvrage couvre un champ bien plus large que celle du donneur d'ordre. 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.

#### .B.3.1. Les conditions d'application de la solidarité financière à l'égard du maître d'ouvrage

Deux mécanismes sont prévus par le code du travail.

---

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

[136] Cass. civ. 2 n° 06-21961 du 17 janvier 2008 MORY-TEAM.

[137] Depuis le 1er janvier 2019, le TASS est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance, puis au 1er janvier 2020 par le pôle social du tribunal judiciaire.

[138] Cass. civ. 2 n° 16-11297 du 9 février 2017 SGC.

[139] Cass. civ. 2 n° 18-14143 du 4 avril 2019 XPO TRANSPORT

**.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'ordre[140].

.- 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 courrier[141] 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.

.- 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.

### .B.3.2. La mise en œuvre de la solidarité financière

[140] 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.
[141] En LR/AR.

La mise en œuvre de la solidarité financière du maître d'ouvrage suppose une double initiative d'un agent de contrôle habilité[142].

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 dues[143]. La prescription est celle de droit commun, sauf pour les organismes de sécurité sociale qui est portée de trois à cinq ans puisqu'il s'agit d'une affaire de travail dissimulé[144].

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 profession[145].

Par analogie avec la position de la Cour de cassation à l'égard du donneur d'ordre[146], 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.

### .B.3.3. 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

[142] L'initiative possible d'une organisation professionnelle ou syndicale ou des IRP est mentionnée dans la loi à titre symbolique.
[143] Tribunal d'instance, tribunal de grande instance, tribunal des affaires de sécurité sociale, conseil de prud'hommes.
[144] Article L.244-11 du code de la sécurité sociale (article 24 V de la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017).
[145] Cass. civ. 2 n° 13-15784 du 13 février 2014 ATH RENATO BENE.
[146] Cass. civ. 2 n° 06-21961 du 17 janvier 2008 MORY-TEAM.

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 droit[147].

***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 information[148].*

**.B.4. 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.

Par ailleurs, elle implique 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 (***voir infra p.299***).

Voir également l'article de l'auteur :

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/solidarite-financiere-du-donneur-d-ordre

***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 2ème chambre civile de la Cour de cassation qui a refusé de transmettre six QPC au Conseil Constitutionnel, considérant*

[147] ***Voir infra p.380 et sq.*** Annexes 2-1 à 2-3.
[148] ***Voir supra p.65.***

*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 cassation*[149]*.*

*Voir également l'avis du Conseil d'Etat n° 418863 du 6 juin 2018 précisant les modalités de la mise en œuvre de la solidarité financière pour le recouvrement des contributions et taxes fiscales.*

### .C. Les sanctions et pénalités civiles

Les sanctions et pénalités civiles du travail dissimulé sont prévues par le code de la sécurité sociale. Celles relatives à la dissimulation d'activité économique sont identiques à celles disponibles pour la dissimulation d'emploi salarié (***voir infra p.184***). Cependant, ces sanctions et pénalités sont moins nombreuses à recevoir application dans le cas de la dissimulation d'activité, car plusieurs de ces sanctions et pénalités visent de façon spécifique et préférentielle la dissimulation d'emploi salarié.

Les sanctions civiles s'appliquent à l'opérateur économique, auteur du travail dissimulé, ainsi qu'à son donneur d'ordre, voire au maître d'ouvrage.

La mise en œuvre de ces sanctions et pénalités sont à la disposition des organismes de protection sociale lésés (RSI, MSA, professions libérales, ENIM, AGESSA, Maison des artistes…).

#### .C.1. L'opérateur économique qui pratique du travail dissimulé

##### .C.1.1. L'opérateur économique est établi en France

Les sanctions prévues par le code de la sécurité sociale ne s'appliquent, par définition, qu'à l'opérateur économique qui a déclaré la création de son activité à titre indépendant auprès du CFE, mais qui omet, par la suite, de procéder à ses déclarations fiscales ou sociales périodiques. Outre le rappel des cotisations et contributions sociales éludées, ainsi que le paiement de majorations et de pénalités, l'opérateur économique peut faire l'objet des deux mesures suivantes.

.- **En application de l'article L.133-1 du code de la sécurité sociale**, issu de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2017[150], le directeur de l'organisme de recouvrement des cotisations et contributions sociales[151] peut procéder à l'égard de cet opérateur économique, sans solliciter l'autorisation du juge prévue au premier alinéa de l'article L.511-1 du code des procédures civiles d'exécution, à une ou plusieurs des mesures

[149] Cass. soc. n° 04-10667 du 23 novembre 2005 URBAN.
[150] Article 24 V de la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017.
[151] Notamment RSI, MSA, ENIM, URSSAF et CGSS.

conservatoires mentionnées aux articles L.521-1 à L.533-1 du même code, dans la limite des montants de ces cotisations et contributions, sociales éludées, ainsi que des majorations, pénalités et remboursement des exonérations et des abattements dont il est redevable.

La procédure de saisie conservatoire nécessite l'établissement préalable d'un procès-verbal pour travail dissimulé, par l'un des agents de contrôle habilités (***voir infra p.298***), qui est ensuite transmis aux organismes de recouvrement créanciers, sur le fondement de l'article L.8271-6-4 du code du travail.

La procédure de saisie conservatoire permet de faire face à l'insolvabilité, organisée ou non, du débiteur, lorsque celui-ci n'est pas en mesure de présenter des garanties pour payer ses dettes sociales. Elle se substitue à la procédure de flagrance sociale, de création récente[152], mais qui n'a pas prospéré.

**.- En application de l'alinéa 1er de l'article L.133-4-2 du code de la sécurité sociale**, le bénéfice de toute mesure d'exonération ou de réduction totale ou partielle de cotisations ou de contributions sociales est refusé notamment à celui qui pratique à du travail dissimulé par dissimulation d'activité économique. Ce refus n'est pas conditionné par l'existence préalable d'un procès-verbal ou d'une condamnation pénale.

***Nota***

*Les alinéas 2 et 3 de l'article L.133-4-2 du code du travail prévoient l'annulation et le remboursement des exonérations et des abattements dont a bénéficié un assujetti, ce qui serait susceptible de s'appliquer à l'opérateur économique indépendant qui pratique de la dissimulation d'activité économique.*

*Cependant, la rédaction ambigüe de ces deux alinéas de l'article L.133-4-2 du code de la sécurité sociale, qui mélangent la dissimulation d'activité économique et la dissimulation d'emploi salarié, fait douter de son application lorsque seule est constatée une dissimulation d'activité économique. En effet, ces deux alinéas se réfèrent à la rémunération versée au salarié dissimulé, et donc à la situation de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié.*

*La mise en œuvre de l'annulation et du remboursement, dans cette seule hypothèse, à l'encontre du travailleur indépendant qui aurait bénéficié en cette qualité d'exonération ou d'abattement, serait alors sujette à contentieux.*

### .C.1.2. L'opérateur économique n'est pas établi en France

Les sanctions et pénalités civiles prévues par le code de la sécurité sociale n'ont pas été manifestement conçues et rédigées pour être applicables à un opérateur économique non établi en France, qui pratique du travail dissimulé par dissimulation d'activité sur le territoire français.

[152] Article L.243-7-4 du code de la sécurité sociale. Voir le « Mode d'emploi des droits des victimes du travail illégal et du dumping social » 2ème édition Avril 2018 p.186, du même auteur.

Cependant, rien ne s'oppose à ce que cet opérateur économique, lorsqu'il est tenu de procéder à des déclarations sociales en France, et donc d'y verser des cotisations et des contributions sociales, fasse l'objet des procédures de recouvrement et des mesures de majoration ou de contrainte de droit commun.

Deux situations de dissimulation d'activité économique du fait d'un prestataire de services établi à l'étranger sont à distinguer.

⇨ le travailleur indépendant prestataire effectue une vraie prestation de services sur le territoire français, mais il n'est pas titulaire d'un certificat de détachement le dispensant de payer les cotisations et contributions sociales en France. L'organisme de recouvrement (par exemple le RSI) dispose de ses procédures et moyens de recouvrement de droit commun pour demander le paiement de ces sommes à ce prestataire de services.

⇨ le travailleur indépendant prestataire effectue une fausse prestation de services, car il exerce une activité stable et continue sur le territoire français qui aurait dû le conduire à créer un établissement en France et à y verser ses cotisations sociales.

S'il possède un certificat de détachement délivré par un autre Etat de l'Union européenne (UE), de l'Espace économique européen (EEE) ou par la Suisse, ce formulaire est en principe opposable aux organismes de recouvrement, en application de la jurisprudence A-Rosa, Altun et Vueling de la CJUE (***voir supra p.39***), même si cette jurisprudence ne vise par un prétendu travailleur indépendant prestataire de services détaché, mais un prétendu salarié détaché. Pour récupérer les cotisations dues, l'organisme de recouvrement est tenu de solliciter préalablement le retrait ou l'invalidation de ce formulaire auprès de l'institution de sécurité sociale qui l'a émis ; à défaut, les cotisations ne pourront pas lui être réclamées.

Par ailleurs, dans ces deux hypothèses, le travailleur indépendant, vrai ou faux prestataire de services, peut faire l'objet de la mesure de saisie conservatoire prévue par l'article L.133-1 du code de la sécurité sociale.

En application de l'article L.133-1 du code de la sécurité sociale, issu de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2017[153], le directeur de l'organisme de recouvrement des cotisations et contributions sociales[154] peut procéder à l'égard de cet opérateur économique, sans solliciter l'autorisation du juge prévue au premier alinéa de l'article L.511-1 du code des procédures civiles d'exécution, à une ou plusieurs des mesures conservatoires mentionnées aux articles L.521-1 à L.533-1 du même code, dans la limite des montants de ces cotisations et contributions, sociales éludées, ainsi que des majorations, pénalités et remboursement des exonérations et des abattements dont il est redevable.

La procédure de saisie conservatoire nécessite l'établissement préalable d'un procès-verbal pour travail dissimulé, par l'un des agents de contrôle habilités (***voir infra p.298***), qui est ensuite transmis aux organismes de recouvrement créanciers, sur le fondement de l'article L.8271-6-4 du code du travail.

La procédure de saisie conservatoire permet de faire face à l'insolvabilité, organisée ou non, du débiteur, lorsque celui-ci n'est pas en mesure de présenter des garanties pour payer ses

[153] Article 24 V de la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017.
[154] Notamment RSI, MSA, ENIM, URSSAF et CGSS.

dettes sociales. Elle se substitue à la procédure de flagrance sociale, de création récente[155], mais qui n'a pas prospéré.

***Nota***

*La mise en œuvre d'une saisie conservatoire, pour garantir le paiement des créances sociales, contre un opérateur économique non établi en France n'est pas irréaliste, notamment lorsque les sommes dues aux organismes de protection sociale en France sont importantes.*

*Une mesure de contrainte de nature sensiblement équivalente est à la disposition du juge, lorsqu'il est saisi par un organisme de recouvrement qui souhaite obtenir une garantie pour le paiement de ses créances à l'égard d'une entreprise non établie en France.*

*A cet égard, même si le contexte et le fondement juridiques sont de nature différente, il est utile de mentionner que dans le dossier Ryanair, la chambre de l'instruction de la cour d'appel d'Aix en Provence a validé le 3 février 2017 la décision du juge d'instruction qui a décidé, à la demande de l'Urssaf, du placement sous contrôle judiciaire de la compagnie aérienne, assorti notamment de l'obligation de verser un cautionnement de 5 millions d'euros, en garantie du paiement des 6,8 millions d'euros dus à l'organisme de recouvrement.*

*Décision disponible sur le site de l'auteur, rubrique Entreprises étrangères et détachement de salarié, puis sous rubrique Sécurité sociale.*

### .C.2. Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui recourt à du travail dissimulé

Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui recourt, directement ou par personne interposée, à un opérateur économique qui pratique du travail dissimulé s'expose aux sanctions civiles suivantes prévues par le code de la sécurité sociale

**.- En application de l'alinéa 1er 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[156], le bénéfice de toute mesure d'exonération ou de réduction totale ou partielle de cotisations ou de contributions sociales est refusé 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 de celui qui pratique du travail dissimulé, ni à l'égard du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage.

**.- En application de la première phrase de l'alinéa 1er de l'article L.133-4-5 du code de la sécurité sociale**, lorsque le donneur d'ordre (le maître d'ouvrage n'est pas visé) recourt à du travail dissimulé, quelle que soit sa forme, l'organisme de recouvrement procède à

[155] Article L.243-7-4 du code de la sécurité sociale. Voir le « Mode d'emploi des droits des victimes du travail illégal et du dumping social » 2ème édition Avril 2018 p.186, du même auteur.
[156] Exercice, recours et publicité.

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.

**.- En application de la deuxième phrase de l'alinéa 1er de l'article L.133-4-5 du code de la sécurité sociale**, le donneur d'ordre ou 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 en matière de travail dissimulé de faire cesser sa relation commerciale 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 ou le maître d'ouvrage a recouru à une entreprise qui pratique du travail dissimulé ou n'a pas fait cesser ses relations commerciales, après le signalement de l'agent de contrôle habilité.

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

L'annulation des réductions ou des exonérations nécessite l'établissement par un agent de contrôle habilité en matière de travail dissimulé d'un procès-verbal pour travail dissimulé à l'égard du seul cocontractant, auteur du travail dissimulé ; une condamnation pénale préalable n'est pas exigée.

***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 rédaction de l'article L.133-1 du code de la sécurité sociale** relatif à la saisie conservatoire à la disposition des organismes de recouvrement ne vise pas le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage ; cette procédure n'est envisagée que pour garantir le paiement des cotisations et contributions sociales éludées par l'assujetti.

***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 par dissimulation d'activité économique indépendante.*

*Cette transmission est prévue et uniquement sécurisée par l'article L.8271-5 alinéa 2 du code du travail, lorsqu'il s'agit de faire application de l'alinéa 1er de l'article L.133-4-2 du*

*code de la sécurité sociale.*

*En effet, la transmission des procès-verbaux faite exclusivement sur le fondement de l'article L.8271-6-4 et de l'article L.8271-8-1 du code du travail pour faire appliquer cette sanction civile présente une grande fragilité juridique. En effet, ces deux dispositions du code du travail ne visent 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 de l'article L.133-4-2 du code de la sécurité sociale qui vise le remboursement de sommes dues.*

### .D. Les sanctions administratives

Les sanctions administratives sont les mesures contraignantes mentionnées dans le code du travail et prises par l'autorité administrative compétente, à la suite d'un constat de travail dissimulé[157]. En l'espèce, il s'agit exclusivement du préfet, lorsque le travail dissimulé résulte d'une dissimulation d'activité économique indépendante.

Les sanctions administratives prévues par le code du travail n'ont pas été manifestement conçues et rédigées pour être applicables à un opérateur économique qui dissimule son activité et qui n'emploie pas de salarié.

Cependant, rien ne s'oppose en droit et à la lecture des textes à ce que certaines de ces sanctions s'appliquent à la situation de dissimulation d'activité économique indépendante, y compris lorsque l'opérateur économique n'est pas établi en France.

Les sanctions administratives visent indifféremment l'auteur du travail dissimulé, le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage ou celui qui fait de la publicité et sont mises en œuvre dans les mêmes conditions. En effet, les dispositions du code du travail instituant ces sanctions administratives visent, par renvoi, les trois interdictions relatives au travail dissimulé, mentionnées à l'article L.8221-1 du code du travail.

Pour asseoir sa décision, le préfet a la faculté de procéder lui-même à une requalification de la situation de travail, sous réserve de l'appréciation qui sera portée par le juge administratif si un contentieux est engagé[158].

#### .D.1. La fermeture temporaire de l'établissement ou l'arrêt temporaire de l'activité par le préfet (article L.8272-2 du code du travail)

L'auteur de la dissimulation d'activité, son donneur d'ordre, le maître d'ouvrage ou celui qui fait de la publicité en faveur de cette dissimulation d'activité peut faire l'objet d'une mesure préfectorale (arrêté préfectoral) de fermeture de son établissement pour une durée n'excédant pas trois mois. Il s'agit d'une décision discrétionnaire du préfet.

[157] A ne pas confondre avec les peines complémentaires prononcées par le juge.
[158] CE n° 406202 du 22 décembre 2016 SAPE.

La décision de fermeture est prise par le préfet, 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 de la personne visée par la mesure. Les critères relatifs à la situation économique, sociale et financière 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. La mesure de fermeture administrative peut s'accompagner de la saisie à titre conservatoire du matériel professionnel de la personne visée; 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, après avis du maître d'ouvrage ou, à défaut, du *responsable du chantier*[159].

La loi Travail du 8 août 2016[160], puis la loi Avenir professionnel du 5 septembre 2018[161], ont élargi le périmètre de fermeture lorsque l'activité est exercée sur un chantier du bâtiment ou de travaux publics ou dans tout autre lieu que le siège de l'entreprise ou l'un de ses établissements. Dans cette hypothèse, la loi prévoit que la fermeture préfectorale vise ce chantier ou ce site ; par ailleurs, lorsque l'activité est achevée ou interrompu sur le chantier ou sur le site qui a fait l'objet du contrôle, le préfet peut prononcer l'arrêt de l'activité sur un autre site où l'entreprise exerce son activité.

***Nota***

*L'article L.8272-2 du code du travail ne précisait pas quelle était l'autorité préfectorale compétente lorsque l'arrêt d'activité envisagé concerne un autre chantier ou un autre site que celui sur lequel a été constatée l'infraction de travail dissimulé et qui est situé dans un autre département.*

*L'article 6 du décret du 5 mai 2017[162] comble cette lacune, en modifiant et complétant l'article R.8272-9 du code du travai*

*Ainsi, lorsque l'autre site sur lequel l'entreprise exerce son activité est situé dans un département distinct de celui où a été constaté l'infraction ou le manquement, le préfet de ce département en informe le préfet du département dans lequel est situé l'autre chantier et lui communique les documents relatifs au constat de l'infraction ou du manquement, afin qu'il décide, le cas échéant, de l'arrêt de l'activité du site situé dans son département.*

[159] Le « *responsable du chantier* » est une expression familière non juridique, qui vise quelle personne dans le cas présent ?
[160] Article 110 de la loi Travail ; alinéas 4 et 5 de l'article L.8272-2 du code du travail.
[161] Article 98 de la loi Avenir professionnel ; alinéa 4 de l'article L.8272-2 du code du travail.
[162] Décret n° 2017-825 du 5 mai 2017 relatif au renforcement des règles visant à lutter contre les prestations de services internationales illégales.

L'opérateur économique établi à l'étranger, et qui n'a donc pas d'établissement en France, peut faire l'objet d'une mesure de suspension d'activité par décision préfectorale, dès lors qu'il intervient sur un chantier du bâtiment ou de travaux publics ou sur tout autre site, où son activité est par nature temporaire.

La décision préfectorale se fonde, soit sur un procès-verbal constatant l'infraction de travail dissimulé (exercice, recours et/ou publicité), soit sur un rapport spécifique établi à cette fin par un agent de contrôle habilité en matière de travail dissimulé.

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 judiciaire[163]. La décision du préfet n'a de sens que si elle est quasi concomitante à la constatation de l'infraction commise par la personne visée par la mesure.

En application de l'article L.8272-5 du code du travail, la personne visée par la mesure préfectorale 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.

Voir l'article de l'auteur :

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/le-conseil-d-etat-annule-une-suspension-d-un-arrete-prefectoral-de-fermeture-temporaire

### .D.2. L'exclusion temporaire des contrats administratifs par le préfet (article L.8272-4 du code du travail)[164]

L'auteur de la dissimulation d'activité, son donneur d'ordre, le maître d'ouvrage ou celui qui fait de la publicité en faveur de cette dissimulation d'activité 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, 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 de la personne visée par la mesure. Les critères relatifs à la situation économique, sociale et financière ont été ajoutés à la loi par décret, ce qui fragilise ces critères.

La mesure d'exclusion des contrats publics s'applique sans réserve particulière à l'opérateur économique établi hors de France.

[163] Sauf procédure de comparution immédiate.

[164] 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 relative aux sanctions administratives suite à procès-verbal relevant une infraction de travail illégal.

La décision préfectorale se fonde, soit sur un procès-verbal constatant l'infraction de travail dissimulé (exercice, recours et/ou publicité), 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 judiciaire[165]. La décision du préfet n'a de sens que si elle est quasi concomitante à la constatation de l'infraction commise par la personne visée par la mesure.

En application de l'article L.8272-5 du code du travail, la personne visée par la mesure 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.

***Nota***

*Dans une affaire de travail dissimulé, l'exclusion des contrats et des marchés publics de l'auteur (exercice, recours ou publicité) de l'infraction est prévue par les textes suivants :*

*.- l'article 27 de la loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal. Cette disposition prévoit l'exclusion automatique pendant 5 ans des contrats publics de celui qui a été condamné pour infraction à l'article L.8221-1 ; il s'agit d'une exclusion de plein droit, qui ne dépend ni d'une décision spécifique du juge, ni du préfet. L'exclusion intervient quel que soit la nature ou le quantum de la sanction pénale prononcée.*

*.- l'article 45 4° a) et 5° de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;*

*.- l'article 39 4° a) et 5°de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relatives aux contrats de concession.*

*Les dispositions de ces deux ordonnances prévoient une interdiction générale et absolue de soumissionner pendant 3 ans, soit à compter de la date de la condamnation, soit à compter de la date de la décision préfectorale prise en application de l'article L.8272-4 du code du travail. L'exclusion intervient quel que soit la nature ou le quantum de la sanction pénale.*

*Toutefois, ces exclusions ne sont pas applicables à la personne qui établit qu'elle n'a pas fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés publics inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire en application de l'article 775-1 du code de procédure pénale, qu'elle a été condamnée avec sursis, qu'elle a régularisé sa situation, qu'elle a réglé l'ensemble des amendes et indemnités dues, qu'elle a collaboré activement avec les autorités chargées de l'enquête, et qu'elle a pris des mesures concrètes de nature à prévenir la commission d'une nouvelle infraction pénale ou d'une nouvelle faute.*

[165] Sauf procédure de comparution immédiate.

*.- l'article L.8224-3 2° du code du travail pour les personnes physiques et l'article L.8224-5 2° du code du travail pour les personnes morales, qui permettent au juge pénal de prononcer cette peine complémentaire facultative pour une durée de 5 ans ou plus ;*

*.- l'article L.8272-4 du code du travail qui autorise le préfet à prononcer l'exclusion des contrats publics pendant six mois, sur le fondement d'un constat de travail dissimulé effectué par un agent de contrôle habilité (**voir infra p.304**).*

*Ainsi, contrairement à ce qui est parfois écrit, l'exclusion des contrats publics n'est pas réservée et limitée à une condamnation à une amende égale ou supérieure à 30 000 euros.*

# 2ème partie

# LE TRAVAIL DISSIMULE PAR DISSIMULATION D'EMPLOI SALARIE[166]

## Articles L.8221-1 et L.8221-5 du code du travail

[166] Cette infraction peut se cumuler avec le travail dissimulé par dissimulation d'activité économique indépendante.

## Le travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié

La dissimulation d'emploi salarié au titre du travail dissimulé, interdite et réprimée par les articles L.8221-1 et suivants du code du travail, est constituée dès lors qu'un employeur, assujetti au code du travail, s'abstient, de façon intentionnelle, d'accomplir des formalités relatives, soit à la transparence de l'emploi d'un salarié, soit aux déclarations fiscales ou sociales obligatoires, initiale ou périodiques, en relation avec cet emploi.

L'infraction de dissimulation d'emploi salarié s'applique à l'employeur établi en France et à l'employeur établi à l'étranger qui fait travailler un salarié sur le territoire français.

L'infraction de dissimulation d'emploi salarié est une infraction continue, et non pas instantanée[167] ; les faits constitutifs de cette infraction caractérisent également, et nécessairement, l'infraction de travail dissimulé par défaut de déclarations sociales[168].

***Nota sur l'élément intentionnel de l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié***

*La chambre criminelle de la Cour de cassation semble se montrer moins exigeante que la chambre sociale pour caractériser l'élément intentionnel du travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié.*

*Par une formule souvent utilisée par la chambre criminelle, celle-ci juge que la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou règlementaire implique de la part de son auteur l'intention coupable exigé par l'article 121-3 du code pénal[169]. La chambre criminelle a également jugé dans une décision du 7 mai 2019[170] qu'il n'était pas nécessaire de démontrer l'existence d'un dol spécial, par la preuve d'un montage frauduleux en vue de contourner la législation sociale française, s'agissant de prétendus salariés détachés.*

*La chambre sociale semble exiger la démonstration d'une pratique ou d'une démarche volontaire et intentionnelle de l'employeur pour ne pas appliquer la loi, exigence elle-même relative au regard des décisions qu'elle a rendues[171].*

*Mais pour autant la chambre sociale n'exige pas la preuve d'une intention frauduleuse caractérisée de la part de l'employeur, qui est une notion différente de l'intentionnalité[172].*

[167] Cass. crim. n° 17-80744 du 12 mars 2019 BANQUE SYZ et Co.
[168] Idem.
[169] Voir la jurisprudence citée 5ème partie ***infra p.313.***
[170] Cass. crim. n° 17-86426 du 7 mai 2019 AUTOCARS J.
[171] Voir la jurisprudence citée 5ème partie ***infra p.313***.
[172] Cass. soc. n° 14-17976 du 26 novembre 2015 EMMA.

## .I. Le champ de l'infraction

### .A. Quels employeurs ?

Les employeurs susceptibles d'être mis en cause pour des faits de travail dissimulé sont ceux qui sont assujettis de plein droit au code du travail, notamment à la première et à la troisième parties de ce code, et qui, par suite, sont assujettis aux obligations déclaratives fiscales et sociales relatives aux rémunérations versées à leurs salariés.

Ces employeurs sont les entreprises, personnes physiques ou personnes morales de droit privé, les entreprises publiques qui emploient leurs salariés selon les règles de droit privé, les associations, y compris cultuelles, les syndicats et les particuliers ; les employeurs établis à l'étranger, qui relèvent d'une de ces catégories et qui font travailler leurs salariés sur le territoire français, sont visés par les textes relatifs à la dissimulation d'emploi salarié.

Sont exclus d'une possible mise en cause au titre de la dissimulation d'emploi salarié, car non assujettis au code du travail pour les obligations de transparence de l'emploi de leurs salariés, l'Etat, les collectivités locales, les établissements de la fonction publique hospitalière, les établissements publics administratifs, les autres personnes morales de droit public, les ambassades et les consulats[173].

### .B. Quelles omissions de formalités ?

L'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié est constituée lorsque l'employeur a omis intentionnellement d'accomplir certaines formalités administratives, considérées comme essentielles au regard de la transparence de l'emploi du salarié qu'il fait travailler.

Le défaut d'accomplissement de ces formalités se produit dans des circonstances qui varient selon les modalités de la fraude utilisée par l'employeur pour se soustraire à ses obligations.

Compte tenu des modalités possibles de la fraude constatée lors de l'emploi d'un salarié, il est possible de distinguer, d'une part la dissimulation directe d'emploi salarié et d'autre part la dissimulation par requalification d'emploi salarié prononcée par le juge.

#### .B.1. La dissimulation directe d'emploi salarié

La dissimulation directe d'emploi salarié peut être le fait d'un employeur établi en France ou d'un employeur établi à l'étranger qui fait travailler un salarié sur le territoire français.

##### .B.1.1. L'employeur est établi en France

L'employeur établi en France commet le délit de dissimulation directe d'emploi salarié, lorsque, de façon intentionnelle, soit :

- ⇨ il n'a pas procédé à la déclaration préalable à l'embauche (DPAE) du salarié,
- ⇨ il ne lui a pas remis un bulletin de paie,

[173] Il convient cependant de s'assurer, notamment pour les emplois domestiques et familiaux, que le salarié ne travaille pas, à titre privé et hors immunité diplomatique, pour le compte d'un membre de l'ambassade ou du consulat qui l'emploie comme un simple particulier.

⇨ il n'a pas mentionné sur le bulletin de paie la totalité des heures de travail accomplies dans le mois auquel se rapporte le bulletin de paie, sauf à faire application d'une convention ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail,

⇨ il n'a pas procédé aux déclarations relatives aux salaires et aux cotisations assises sur ceux-ci, auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale.

**.B.1.1.1. Le défaut de déclaration préalable à l'embauche (article L.8221-5 1° du code du travail)**

La déclaration préalable à l'embauche (DPAE), créée en 1991[174], est la formalité essentielle dont l'accomplissement est à justifier par l'employeur pour attester de la transparence de l'emploi du salarié. La DPAE est rendue obligatoire par l'article L.1221-10 du code du travail.

.- Elle est adressée à l'organisme de protection sociale du régime de base dont relève l'employeur (Urssaf, MSA, CGSS, ENIM etc.). La DPAE ne connaît aucune exception et vaut pour toute embauche, y compris par les particuliers, et pour tout contrat de travail, y compris pour un contrat de travail à durée déterminée de quelques heures. Elle est effectuée avant la mise au travail du salarié, et donc avant la période d'essai, lorsqu'elle existe.

Ainsi, lorsqu'est constatée l'activité d'un salarié, en quelque lieu ou à quelque moment, l'employeur doit avoir accompli la DPAE. L'accomplissement d'une DPAE tardive, c'est-à-dire après la mise au travail, est constitutif du délit de dissimulation d'emploi salarié[175].

La preuve de l'accomplissement de la DPAE s'obtient auprès de l'employeur déclarant qui a reçu un accusé de réception de l'organisme de protection sociale destinataire, auprès de l'organisme destinataire ou en consultant la base nationale CIRSO[176].

Seul est dispensé de la DPAE l'essai ou test professionnel qui est une période passée au sein de l'entreprise intéressée par la candidature du postulant à un emploi, au cours de laquelle l'entreprise le soumet à des épreuves de courte durée pour s'assurer de sa qualification professionnelle. L'essai ou test professionnel[177] se situe avant l'embauche, et donc avant la période d'essai, avec laquelle elle ne se confond pas. Deux conditions sont posées par le juge[178] pour admettre le test professionnel et non pas une période de travail salarié : la courte durée de ou des épreuves et le fait que la personne n'ait pas été placée en conditions normales d'emploi.

.- Le défaut de DPAE est passible de trois qualifications et de trois sanctions différentes :

⇨ lorsque le défaut de DPAE n'est pas intentionnel, ce manquement constitue une contravention de 5è classe, en application de l'article R.1227-1 du code du travail,

---

[174] 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.

[175] Not. Cass. crim. n° 15-86985 du 28 mars 2017 WLC'S 5th AVENUE.

[176] Accès réservé aux agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé, aux organismes de recouvrement et aux magistrats en charge du traitement judiciaire de ces affaires.

[177] Non prévu par le code du travail, mais admis par la jurisprudence.

[178] Cass. soc. n° 07-42673 du 26 novembre 2008 EXPRESS SERVICES ; cass. soc. n° 07-45485 du 16 septembre 2009.

⇨ lorsque le défaut de DPAE est intentionnel, ce manquement constitue le délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié mentionné aux articles L.8221-1 et L.8221-5 du code du travail,

⇨ dans tous les cas, le défaut de DPAE peut faire l'objet de la pénalité administrative prévue à l'article L.1221-11 du code du travail[179].

Selon la chambre criminelle de la Cour de cassation, le caractère intentionnel du travail dissimulé résulte de la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire qui implique de la part de son auteur l'intention coupable; cette analyse vaut également pour le particulier employeur[180].

Par ailleurs, en présence d'une DPAE tardive, la chambre criminelle considère que le délit de travail dissimulé se trouve caractérisé, l'intention frauduleuse de l'employeur s'induisant de la seule absence de déclaration aux organismes sociaux[181]. Dans une autre affaire de DPAE tardive dans laquelle l'employeur utilisait systématiquement cette méthode pour tester les salariés embauchés, la Cour de cassation a rejeté l'argument de celui-ci qui invoquait sa nationalité étrangère, et donc sa méconnaissance de la loi française, au titre de la cause d'irresponsabilité prévue par l'article 122-3 du code pénal, car son entreprise était implantée de longue date en France et qu'il pouvait solliciter l'avis de l'inspection du travail sur l'étendue de ses obligations en matière d'embauche de salariés[182].

Au regard de cette jurisprudence peu exigeante de la Cour de cassation, le caractère intentionnel du défaut de DPAE est renforcé et conforté, si les éléments suivants (*non exhaustifs*) apparaissent dans la procédure : répétition et réitération de l'absence de DPAE, pourcentage de salariés dissimulés, absence de mention sur le registre unique du personnel, absence de contrat de travail, absence de bulletin de paie, attitude dilatoire ou menaçante de l'employeur, fuite des salariés, emploi de salariés étrangers sans titre de travail, non respect d'autres législations (transports routiers, installations classées, environnement, spectacles vivants ou enregistrés…).

La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation est bien plus nuancée, voire contradictoire. La chambre sociale juge que l'absence de travail dissimulé par défaut de déclaration préalable à l'embauche, invoquée par un salarié pour obtenir le versement de l'indemnité forfaitaire équivalente à 6 mois de salaire (***voir infra p.209***), ne peut en aucun cas résulter du constat de la remise ultérieure de bulletins de paye exacts[183].

A l'inverse, la chambre sociale a considéré ultérieurement que le travail dissimulé par défaut de DPAE n'est pas constitué lorsque l'employeur a remis les bulletins de paie et a prélevé et reversé les cotisations sociales à la sécurité sociale.[184].

---

[179] 300 fois le montant du taux horaire du minimum garanti (3,54 au 1er janvier 2017) ; pénalité administrative non opérationnelle car le décret d'application n'a pas été pris.

[180] Cass. crim. n° 07-87518 du 17 juin 2008 Nadya X ; cass. crim. n° 16-84288 du 10 mai 2017 DOMAINE DU CLOS DU CHAPITRE.

[181] Cass. crim. n° 15-86985 du 28 mars 2017 WLC'S 5TH AVENUE.

[182] Cass. crim. n° 14-80532 du 20 janvier 2015 RAYNER X.

[183] Cass. soc. n° 13-26727 du 1er juillet 2015 TPE LOGISTIQUES.

[184] Cass. soc. n° 18-21326 du 2 octobre 2019 MANAIA DUJARDIN.

***Nota***

*En présence d'une fraude au détachement d'un salarié par une entreprise étrangère, la verbalisation et la condamnation de cette entreprise pour travail dissimulé par défaut de DPAE ne sont pas conditionnées par l'engagement préalable de la procédure de demande de retrait du certificat de détachement, telle que décrite par la CJUE :*

*https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/le-non-retrait-du-certificat-de-detachement-a-t-il-une-incidence-sur-l-obligation-d-effectuer-la-dpae*

*https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/condamnation-de-deux-donneurs-d-ordre-pour-recours-a-une-entreprise-de-travail-temporaire-etrangere-epr-de-flamanvile*

### .B.1.1.2. Le défaut de remise de bulletin de paie (article L.8221-5 2° du code du travail)

La remise du bulletin de paie par l'employeur est prévue par l'article L.3243-2 du code du travail.

.- Au regard de l'efficacité et de la cohérence du dispositif juridique de lutte contre le travail dissimulé, le respect de la remise du bulletin de paie permet de s'assurer de la transparence de l'emploi, et malgré la DPAE, tout au long de la relation de travail entre l'employeur et le salarié.

Dès lors, un employeur, qui a accompli la DPAE, est cependant susceptible d'être mis en cause pour travail dissimulé, si, par la suite, il omet de délivrer intentionnellement un (ou plusieurs) bulletin de paie.

Le bulletin de paie est remis au terme de chaque mois de travail, à échéance fixe, en même temps que le versement du salaire. Ce terme s'apprécie en fonction de la date d'embauche de chaque salarié. Ainsi, un employeur qui embauche un salarié le 14 du mois n'est tenu de le payer et de lui remettre son bulletin de salaire que le 14 du mois suivant, même si le personnel déjà embauché est payé le 30 de chaque mois. Autrement formulé, le délit de dissimulation d'emploi salarié par défaut de remise de bulletin de paie n'est juridiquement constitué qu'à échéance mensuelle.

Mais l'employeur qui verse sa rémunération de façon anticipée à un salarié, sans attendre le délai d'un mois, doit lui remettre concomitamment son bulletin de paie (par exemple, un salarié qui a travaillé une semaine sous contrat de travail à durée déterminée). Dans le cas contraire, le délit de dissimulation d'emploi salarié par défaut de remise de bulletin de paie est juridiquement constitué.

.- Le défaut de remise de bulletin de paie est passible de deux qualifications et de deux sanctions différentes :

⇨ lorsque le défaut de remise de bulletin de paie n'est pas intentionnel, ce manquement constitue une contravention de 3è classe, en application de l'article R.3246-2 du code du travail,

⇨ lorsque le défaut de remise de bulletin de paie est intentionnel, ce manquement constitue le délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié mentionné aux articles L.8221-1 et L.8221-5 du code du travail.

Selon la chambre criminelle de la Cour de cassation, le caractère intentionnel du travail dissimulé résulte de la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire qui implique de la part de son auteur l'intention coupable. Cette analyse vaut pour le défaut de remise de bulletin de paie, y compris à l'égard du particulier employeur qui ne remet pas ses bulletins de paie à une salariée affectée à des travaux familiaux et domestiques[185].

Par ailleurs, des retards dans le versement de la rémunération due au salarié, et donc de remise de bulletin de paie, sont susceptibles de se produire, sans lien avec le travail dissimulé, notamment lorsque ces retards sont imputables à des difficultés économiques. Mais selon la chambre sociale de la Cour de cassation[186], le caractère non intentionnel de l'absence d'accomplissement auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales des déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales ne peut se déduire du seul poids des charges et des difficultés financières de l'employeur pour s'acquitter de ces cotisations.

Pour caractériser l'élément intentionnel de la seule omission de remise de bulletin de paie, les éléments suivants peuvent être utilement mentionnés, malgré la jurisprudence peu contraignante de la Cour de cassation: non déclaration périodique aux organismes de protection sociale, qui est très souvent associée, dans une logique de fraude, au défaut de remise de bulletin de paie, versement du salaire en liquide, répétition et réitération de l'absence de remise de bulletin de paie et du défaut de déclaration aux organismes de protection sociale, pourcentage de salariés concernés, absence de mention sur le registre unique du personnel, absence de contrat de travail, attitude dilatoire ou menaçante de l'employeur, fuite des salariés, emploi de salariés étrangers sans titre de travail, non respect d'autres législations (transports routiers, installations classées, environnement, spectacles vivants ou enregistrés…).

***Nota***

*Plusieurs mesures ont été mises en place, au fil du temps, pour faciliter l'embauche, en réduisant ou en allégeant les formalités administratives incombant à l'employeur, depuis le chèque emploi service universel pour les particuliers employeurs, le titre emploi simplifié agricole, le chèque emploi associatif, le titre emploi simplifié, le GUSO pour les spectacles vivants et enregistrés occasionnels…*

*Ces dispositifs ont, soit conservé la DPAE et/ou le bulletin de paie, soit institué un système équivalent de transparence de l'emploi.*

[185] Cass. crim. n° 07-87518 du 17 juin 2008 Nadya X.
[186] Cass. soc. n° 13-14088 du 21 mai 2014 CFPA SAINT-YAN.

*Au regard de l'incrimination de travail dissimulé, l'analyse est la suivante :*

*.- soit l'employeur respecte dans son intégralité la législation relative à la mesure de simplification dont il se prévaut, tout en accomplissant les autres formalités non visées par la mesure (par exemple, la DPAE) ; dans ce cas, il ne commet pas le délit de dissimulation d'emploi salarié.*

*.- soit l'employeur ne respecte pas dans son intégralité cette législation, dont il ne peut alors se prévaloir ; il relève de facto du dispositif de droit commun relatif à l'embauche et à l'emploi de salarié dont il s'est affranchi. Il commet le délit de dissimulation d'emploi salarié*[187]*.*

### B.1.1.3. La sous déclaration d'heure de travail sur le bulletin de paie (article L.8221-5 2° du code du travail)

L'article R.3243-1 du code du travail détaille les mentions obligatoires que comporte le bulletin de paie remis chaque mois par l'employeur au salarié. Le 5° de l'article R.3243-1 du code du travail précise que le bulletin de paie indique la période et le nombre d'heures de travail auquel se rapporte le salaire, en distinguant s'il y a lieu, les heures payées au taux normal et celles qui comportent une majoration pour heures supplémentaires ou pour toute autre cause et en mentionnant le ou les taux appliqués aux heures correspondantes.

Depuis la loi du 11 mars 1997[188], le fait de ne pas mentionner, de façon intentionnelle, sur le bulletin de paie toutes les heures de travail accomplies dans le mois qui a donné lieu à la délivrance du bulletin de paie constitue le délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié par dissimulation partielle d'heures de travail, mentionné au 2° de l'article L.8221-5 du code du travail.

La sous déclaration d'heures de travail originelle par l'employeur est en principe directe, mais elle résulte également d'une application non conforme de certaines dispositions de la législation du travail dont la caractérisation fait l'objet d'une jurisprudence spécifique de la Cour de cassation.

Le défaut de paiement d'heure de travail ou de toute autre somme due au salarié ne constitue pas de la dissimulation d'emploi salarié par dissimulation d'heure de travail.

#### .a. La sous déclaration directe d'heure de travail

Le bulletin de paie est nécessairement exhaustif, c'est-à-dire transparent et doit refléter toute l'activité professionnelle du salarié et, par suite, toute l'activité économique de l'entreprise lorsqu'elle est l'employeur.

Dans deux décisions de principe du 14 novembre 2018[189], la Cour de cassation précise que le salarié peut prétendre au paiement des heures supplémentaires accomplies, soit avec

[187] Cass. soc. n° 15-16415 du 16 novembre 2016.
[188] Article 6 de la loi n° 97-210 du 11 mars 1997relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal.
[189] Cass. soc. n° 17-16959 du 14 novembre 2018 ADEIHR AGP ; cass. soc. n° 17-20659 du 14 novembre 2018 SUNGARD CONSULTING SERVICES.

l'accord au moins implicite de l'employeur, soit s'il est établi que la réalisation de telles heures a été rendue nécessaire par les tâches qui lui ont été confiées, ce qui implique la mention de ces heures de travail sur le bulletin de paie.

De même, le Cour de cassation reconnaît la dissimulation intentionnelle d'heures de travail lorsque les heures de travail sont imposées par l'employeur et ne sont pas mentionnées systématiquement en totalité sur les bulletins de paie[190].

La loi n'a pas quantifié la dissimulation d'heure de travail ; une heure absente du bulletin de paie suffit pour caractériser le délit. Il peut s'agir d'heure normale, d'heure complémentaire ou d'heure supplémentaire, accomplie en journée, la nuit, un jour férié ou un dimanche. La loi n'a pas non plus décrit ou fixé les modalités de la dissimulation d'heure ; celle-ci peut résulter du non paiement des heures, d'un paiement en espèces, de la transformation d'heures en prime, en indemnité, en jour de repos, de la transformation en avantages en nature, de l'établissement d'un second bulletin de paie au profit d'un tiers…

L'heure non mentionnée sur le bulletin de paie est nécessairement une heure de temps de travail effectif, au sens de l'article L.3121-1 du code du travail, c'est-à-dire correspondant à une période d'activité réelle au service de l'employeur ou une période pendant laquelle le salarié se tient à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer à ses occupations personnelles. Les temps d'attente, de disponibilité, de repos, de récupération ou d'astreinte non travaillés ne sont pas des heures de travail effectif. Ne pas les mentionner sur le bulletin de paie ne caractérise pas le délit de dissimulation d'heures de travail[191], même si, par ailleurs, la non mention de ces heures sur le bulletin de paie et leur non rémunération par l'employeur sont constitutives de contraventions spécifiques au code du travail.

***Nota***

*L'élément déterminant pour retenir l'existence d'un travail effectif, et non pas d'une astreinte, est la mise à disposition permanente et immédiate de l'employeur empêchant le salarié de vaquer à des occupations personnelles (Cass. soc. du 20 février 2013)*.

Ne constitue pas non plus de la sous déclaration d'heure de travail l'absence de mention ou la mention incomplète des droits à repos compensateur.

Mais, *a contrario*, l'employeur est tenu de mentionner sur le bulletin de paie, et de les payer, les heures de travail effectif correspondant à des périodes de gardes de nuit dans un hôtel ; à défaut, il pratique de la dissimulation d'emploi salarié par dissimulation d'heure de travail.[192] De même, pour des périodes de pause qui correspondent en réalité à du temps de travail effectif[193], ou les temps de déplacement pour se rendre d'un client à un autre[194].

[190] Cass. soc. n° 18-21549 du 6 novembre 2019 PROCONSULTANT INFORMATIQUE.
[191] Cass. crim. n° 11-83319 du 5 juin 2012 Martine X.
[192] Cass. crim. n° 00-81230 du 24 octobre 2000 Ronan X.
[193] Cass. soc. n° 13-12160 du 12 juin 2014 PEKIN EXPRESS.
[194] Cass. crim. n° 13-80665 du 2 septembre 2014 DOMIDOM.

Enfin, la période d'intervention du salarié pendant une astreinte est considérée comme un temps de travail effectif, en application de l'article L.3121-9 du code du travail.

La charge de la preuve des heures de travail effectivement accomplies repose à l'origine, par nature, sur le salarié puisqu'il en demande le paiement. Mais d'une part, l'article L.3171-4 du code du travail oblige l'employeur à répondre de façon circonstanciée et documentée au juge. Et d'autre part, dans une décision du 18 mars 2020[195], la Cour de cassation mentionne qu'il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments.

Par cet arrêt, la Cour de cassation infléchit le poids de la charge de la preuve du salarié.

**.b. La forfaitisation ou quantification a priori des heures de travail prévue par le code du travail et un accord collectif de travail sur l'aménagement du temps de travail**, comme dans le secteur de la distribution de prospectus.

Ce mécanisme permet de prédéterminer le temps de travail qui est *a priori* nécessaire à l'accomplissement d'une tâche bien identifiée ; lorsque la tâche est accomplie, l'employeur paie le temps de travail théorique fixé *a priori*. Mais quid si la tâche à accomplir a conduit le salarié à travailler au-delà de cette forfaitisation ou de cette quantification ? Ces heures en sus doivent-elles apparaître sur le bulletin de paie et être payées par l'employeur ?

La Cour de cassation répond par une divergence de jurisprudence entre la chambre sociale et la chambre criminelle.

La chambre sociale de la Cour de cassation[196] considère que la quantification forfaitaire des heures de travail autorisée dans le secteur d'activité de la distribution et du portage de documents par l'article D.3171-9-1 du code du travail[197] et la convention collective nationale de la distribution directe du 9 février 2004 étendue par arrêté ministériel et déclinée par un accord d'entreprise n'interdit pas au salarié de rapporter la preuve, en application de l'article L.3171-4 du code du travail, qu'il accomplit davantage d'heures de travail et d'en demander la mention sur le bulletin de paie et le paiement complémentaire.

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/distribution-de-prospectus-quantification-prealable-dissimulation-d-heures-de-travail

La chambre sociale de la Cour de cassation[198] juge également que le non paiement des heures de travail accomplies au-delà de la quantification forfaitaire est susceptible de constituer du travail dissimulé par dissimulation d'heures de travail justifiant le versement au salarié de l'indemnité forfaitaire équivalente à six mois de salaire.

---

[195] Cass. soc. n° 18-10919 du 18 mars 2020 GETI.

[196] Cass. soc. n° 10-10928 du 22 septembre 2011 ADREXO ; cass. soc. n° 10-10928 du 22 septembre 2011 ADREXO.

[197] Annulé par l'arrêt du Conseil d'Etat n° 303396 du 11 mars 2009 ; article devenu, après son annulation, D.3171-9 du code du travail.

[198] Cass. soc. n° 17-23228 du 5 juin 2019 ADREXO.

La chambre criminelle de la Cour de cassation[199] considère que la dissimulation d'heures de travail résultant du non respect de cette même convention collective dérogatoire étendue sur l'aménagement du temps de travail n'entre pas dans le champ de l'infraction définie à l'article L.8122-5 2° du code du travail, compte tenu de la rédaction de cet article. Faute d'élément légal, l'infraction de dissimulation d'heures n'existe pas, même si celle-ci est matériellement avérée et non discutée. Ce qui sous entend, de façon indue, que le législateur n'aurait pas voulu sanctionner au titre du travail dissimulé la dissimulation d'heures de travail résultant du non respect d'un texte conventionnel étendu sur l'aménagement du temps de travail.

Des arguments juridiques solides sont disponibles pour proposer une évolution de l'analyse de la chambre criminelle de la Cour de cassation[200], puisque, bien entendu, le législateur a entendu sanctionner toutes les pratiques de dissimulation d'heures de travail et que la rédaction du 2° de l'article L.8221-5 du code du travail n'autorise pas la dissimulation d'heures de travail conventionnelles.

**.c. La forfaitisation ou quantification a priori des heures de travail par décision unilatérale de l'employeur**, comme pour le nettoyage des chambres d'hôtels.

Certains employeurs, gestionnaires d'hôtel ou prestataires de services en milieu hôtelier, décident de façon péremptoire, que le nettoyage d'une chambre d'hôtel nécessite un temps prédéterminé, sur la base duquel le salarié sera payé, même si le nettoyage de la chambre demande davantage de temps. L'employeur refuse de payer ce temps de travail supplémentaire, même s'il est établi et non contesté. La Cour de cassation considère que ce temps de travail supplémentaire doit être mentionné sur le bulletin de paie, payé et donner lieu à paiement de cotisations sociales. A défaut, l'employeur pratique de la dissimulation d'emploi salarié, par dissimulation d'heure de travail[201].

**.d. Les conventions de forfait prévues par le code du travail et l'accord collectif de travail.** L'employeur a la faculté de faire travailler un salarié sous le régime d'une des trois conventions de forfait prévues par la législation du travail : la convention de forfait en heures sur une semaine ou un mois (article L.3121-38 du code du travail), la convention de forfait annuel en heures et la convention de forfait annuel en jours (article L.3121-39 du code du travail). Outre la convention individuelle, les deux dernières conventions de forfait nécessitent une déclinaison par un accord collectif de travail.

La pratique des conventions de forfait, qui constitue une dérogation au droit commun de la durée du temps de travail et du décompte et du paiement des heures de travail, est licite dès lors qu'elle respecte les conditions posées par la loi (en particulier l'autonomie du salarié[202]) et la jurisprudence, notamment lors de sa déclinaison par un accord collectif de travail ou par l'employeur.

---

[199] Cass. crim. n° 12-81767 du 16 avril 2013 ADREXO.

[200] Voir le commentaire de l'arrêt ADREXO du 16 avril 2015 dans Droit Ouvrier Août 2013 p.563, du même auteur.

[201] Cass. crim. 92-85227 du 10 août 1993 BLIN; cass. crim. n° 09-86401 du 28 septembre 2010 LA CITADELLE. Voir également commentaire dans Droit Ouvrier Septembre 2014 p. 600, du même auteur.

[202] Cass. soc. n° 11-21200 du 27 mars 2013 ALDI MARCHE.

A défaut, le juge est en droit de considérer ces conventions inopposables au salarié, notamment pour cause de nullité, ce qui permet de caractériser de la dissimulation d'emploi salarié par dissimulation d'heure de travail, dès lors que des heures de travail accomplies au-delà du forfait illicite ne sont pas mentionnées sur le bulletin de paie[203].

**.e. La qualité indue de cadre dirigeant.** Avoir la qualité de cadre dirigeant mentionnée à l'article L.3111-2 du code du travail exonère l'employeur de l'application des dispositions du code du travail relatives à la durée du travail, à la répartition et à l'aménagement des horaires. La qualité de cadre dirigeant est susceptible d'être contestée par le salarié devant le juge pour obtenir des rappels de salaire et d'indemnité de congés payés. Lorsque le juge fait droit à sa demande, le salarié se trouve dans une situation de dissimulation d'emploi salarié par dissimulation d'heures de travail[204].

Il n'existe pas à ce jour de jurisprudence significative, notamment de la chambre criminelle de la Cour de cassation, caractérisant l'infraction de dissimulation d'emploi salarié par le biais de l'emploi d'un prétendu cadre dirigeant.

La chambre sociale de la Cour de cassation considère que la qualité de cadre dirigeant nécessite de démonter que le salarié remplit les critères de l'article L.3111-2 du code du travail et qu'il participe à la direction de l'entreprise ; ces critères sont cumulatifs[205].

Le défaut de mention de toutes les heures de travail sur le bulletin de paie est donc passible de deux qualifications et de deux sanctions différentes :

⇨ lorsque le défaut de mention n'est pas intentionnel, ce manquement constitue une contravention de 3è classe, en application de l'article R.3246-2 du code du travail,

⇨ lorsque le défaut de mention est intentionnel, ce manquement constitue le délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié mentionné aux articles L.8221-1 et L.8221-5 2° du code du travail.

Compte tenu de la variété des modalités possibles de dissimulation d'heure de travail, l'élément intentionnel s'apprécie en fonction de chaque situation rencontrée, et au regard de l'analyse de la Cour de cassation pour certaines de ces modalités.

### .B.1.1.4. La non déclaration relative aux salaires et aux cotisations sociales (article L.8221-5 3° du code du travail)

Cette incrimination, ajoutée récemment dans le code du travail[206], apporte très peu de *plus-value* par rapport aux précédentes incriminations du 2° de l'article L.8221-3 et du 2° de l'article L.8221-5 déjà mentionnées dans le code du travail (***voir supra p.31 et 99***).

Cette nouvelle incrimination qualifie de travail dissimulé la pratique de l'employeur qui ne déclare pas, en tout ou partie, aux organismes de protection sociale ou aux services fiscaux la totalité de la masse salariale servant de calcul aux cotisations et contributions sociales.

---

[203] Cass. soc. n° 12-35033 du 14 mai 2014 AUDIT ET DIAGNOSTIC. Sur ce sujet, pour plus de décisions ***voir infra p.313*** 5ème partie Jurisprudence.

[204] Cass. soc. n° 14-10529 du 25 novembre 2015 BOUYGUES IMMOBILIER.

[205] Cass. soc. n° 14-14079 du 22 juin 2016 CAP BOULANGER.

[206] Article 73-1 de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité (Quelle relation avec l'objet de la loi?).

En effet, le 2° de l'article L.8221-3 du code du travail vise déjà, par sa généralité et l'esprit du législateur de l'époque, ce comportement défaillant de l'employeur.

Par ailleurs, l'employeur qui ne remet pas de bulletin de paie ou qui sous déclare les heures de travail ne procède pas aux déclarations assises sur les salaires, et réciproquement.

La redondance du 3° de l'article L.8221-5 du code du travail rend peu visible son utilité, en tant qu'incrimination autonome. Cette incrimination trouverait, par exemple, à s'appliquer pour une association ou un particulier employeur qui délivrerait un bulletin de paie exact et complet, mais qui ne procéderait pas, en tout ou partie, aux déclarations assises sur ces salaires formellement mentionnées sur le bulletin de paie.

Dans un souci de rigueur juridique, le 3° de l'article L.8221-5 aurait d'ailleurs dû mentionner les *rémunérations* et non pas les *salaires*.

A ce jour, il n'existe pas de jurisprudence connue condamnant un employeur sur le seul fondement du 3° de l'article L.8222-5 du code du travail.

### .B.1.2. L'employeur n'est pas établi en France

L'employeur qui n'est pas établi en France, commet le délit de dissimulation directe d'emploi salarié, lorsque, de façon intentionnelle, soit :

.- il n a pas remis au salarié détaché un bulletin de paie ou un document équivalent au bulletin de paie, défini par voie règlementaire,

.- il n'a pas mentionné sur ce bulletin de paie ou ce document équivalent au bulletin de paie la totalité des heures de travail accomplies dans le mois auquel se rapporte ce document,

.- il n'a pas procédé aux déclarations relatives aux salaires et aux cotisations assises sur ceux-ci, auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale.

#### .B.1.2.1. Le défaut de remise du bulletin de paie ou du document équivalent au bulletin de paie (article L.8221-5 2° du code du travail)

Cette incrimination a été introduite très récemment dans le code du travail[207], pour combler un vide juridique qui existait depuis 9 ans[208] qui interdisait depuis 2007 de relever à l'encontre de l'entreprise étrangère le délit de défaut de remise de bulletin de paie 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 2è 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.

[207] Article 105 II de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, dite loi Travail.

[208] Par amendement parlementaire. Cf le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » 1ère édition Septembre 2015. Propositions pour améliorer le dispositif juridique et opérationnel p.174, du même auteur.

La remise au salarié détaché du bulletin de paie ou du document équivalent au bulletin de paie par l'employeur non établi en France est prévue par l'article R.1263-1 II 3° et 4° du code du travail.

Le bulletin de paie n'existant pas nécessairement dans tous les autres Etats, le législateur a donc visé soit le bulletin de paie (lorsqu'il est prévu par la législation de l'Etat de domiciliation de l'employeur), soit un document équivalent de substitution (pour les autres employeurs) dont la remise est spécifique à la période de travail sur le territoire français.

La restauration de cette incrimination dans le code du travail constitue un renforcement considérable de l'outillage juridique relatif à la lutte contre les fraudes sociales du fait des entreprises étrangères et de leurs donneurs d'ordre.

Si l'entreprise remet au salarié détaché un bulletin de paie ou un document équivalent ne mentionnant pas toutes les informations visées à l'article R.1263-1 II 3° et 4° du code du travail, il est possible de considérer que ce document non conforme n'existe pas et n'a pas été remis au salarié détaché, en se référant à l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 27 septembre 1994[209].

Dès lors, l'infraction de dissimulation d'emploi salarié par défaut de remise de bulletin de paie est constituée.

#### .B.1.2.2. La sous déclaration d'heure de travail sur le bulletin de paie ou sur le document équivalent au bulletin de paie (article L.8221-5 2° du code du travail)

La modification récente de la rédaction du 2° de l'article L.8221-5 du code du travail permet également d'incriminer, par voie de conséquence, le fait pour un employeur établi à l'étranger de remettre au salarié détaché un bulletin de paie ou un document équivalent qui ne mentionne pas la totalité des heures accomplies par ce salarié sur le territoire français.

#### .B.1.2.3. La non déclaration relative aux salaires et aux cotisations sociales (article L.8221-5 3° du code du travail)

A l'identique de l'employeur établi en France, cette incrimination, ajoutée récemment dans le code du travail[210], apporte très peu de *plus-value* par rapport aux précédentes incriminations du 2° de l'article L.8221-3 et du 2° de l'article L.8221-5 déjà mentionnées dans le code du travail (***voir supra p.99***).

L'imputation de cette incrimination à l'égard de l'employeur non établi en France ne concerne que celui qui est assujetti de plein droit au régime français de sécurité sociale lorsqu'il détache un salarié sur le territoire français[211].

Est assujetti de plein droit au régime français de sécurité sociale, l'employeur non établi en France qui ne justifie pas que son salarié reste maintenu au régime de sécurité sociale de l'Etat de son lieu d'emploi habituel.

---

[209] Cass. crim. n° 93-84665 du 27 septembre 1994 Thomas X.

[210] Article 73-1 de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité (Quelle relation avec l'objet de la loi?)

[211] Les cas de fraude à la loi sont traités ***infra p.135.***

Le maintien au régime de sécurité sociale de l'Etat du lieu d'emploi habituel se prouve par la présentation d'un certificat de détachement délivré par l'institution de sécurité sociale de l'Etat d'emploi habituel.

***Nota***

*Le maintien au régime de sécurité sociale de l'Etat du lieu d'emploi habituel n'est pas juridiquement possible pour tous les salariés détachés ; il ne vaut potentiellement que pour les salariés qui travaillent dans un autre Etat de l'Union européenne (UE), dans un Etat de l'Espace économique européen(EEE)[212], en Suisse ou dans un des autres Etats tiers qui a signé une convention bilatérale de sécurité sociale avec la France[213].*

*Ainsi une entreprise russe, qui détache en France un salarié russe, ne peut produire un certificat de détachement ; son assujettissement à la sécurité sociale française est automatique.*

A défaut d'avoir présenté un certificat de détachement, et quelle qu'en soit la raison, l'employeur non établi en France et son salarié détaché sont assujettis de plein droit à la sécurité sociale française, en application de l'article L.111-2-2 du code de la sécurité sociale.

L'employeur non établi en France n'est pas en capacité de s'exonérer de cet assujettissement de plein droit par une assurance privée ; l'assurance privée ne permet que de compléter la couverture sociale offerte par l'assujettissement de plein droit au régime français de sécurité sociale.

L'employeur non établi en France est alors tenu de s'immatriculer au guichet national unique compétent :

⇨ le centre national des firmes étrangères (CNFE) à l'Urssaf de Strasbourg, pour le régime général, y compris pour les DOM,

⇨ l'Urssaf des Alpes Maritimes pour les entreprises monégasques,

⇨ l'Urssaf du Gard pour les entreprises du secteur de la tauromachie,

⇨ la MSA d'Alsace pour le régime agricole, y compris pour les DOM.

A cet effet, l'entreprise étrangère accomplit quatre formalités auprès du guichet unique:

⇨ deux formalités, via la DUE : l'immatriculation en qualité de primo employeur et l'immatriculation du salarié détaché en qualité de primo salarié en France,

⇨ la déclaration mensuelle ou trimestrielle de la masse salariale et des cotisations sociales afférentes,

⇨ le paiement effectif des cotisations sociales.

[212] Islande, Liechtenstein et Norvège.
[213] Voir la liste des Etats sur le site du CLEISS.

A défaut d'avoir effectué la déclaration mensuelle ou trimestrielle de la masse salariale afférente au calcul des cotisations et contributions sociales, et *a fortiori* de ne pas s'être immatriculé au guichet national unique compétent, l'employeur non établi en France commet à titre principal le délit de dissimulation d'emploi salarié par défaut de déclaration de l'assiette salariale de calcul des cotisations et contributions sociales en France.

L'article 27 de la loi du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour2017 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 salarié détaché doit être présenté, lorsque ce document est obligatoire, aux agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé, par l'employeur établi à l'étranger, son représentant, le salarié ou le donneur d'ordre. A défaut, ce défaut de présentation, lorsqu'il est obligatoire, est passible d'une pénalité civile due par le donneur d'ordre.

Le montant de cette pénalité est de 3428 euros (plafond mensuel de la sécurité sociale 2021) par salarié. La pénalité civile prévue par l'article L.114-15-1 du code de la sécurité sociale ne doit pas occulter l'existence de l'infraction de travail dissimulé par défaut de déclarations sociales, qui est le manquement le plus significatif d'un défaut de présentation d'un certificat de détachement, lorsque, par ailleurs, l'entreprise étrangère ne s'est pas immatriculée au guichet unique (CNFE ou autre).

***Nota***

***Quid de l'impact des décisions C-620/15 A-Rosa du 27 avril 2017, C-359/16 Altun du 6 février 2018, C-370/17 et C637/18 Vueling du 2 avril 2020 de la CJUE sur le constat d'une infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, impliquant une entreprise étrangère et son donneur d'ordre ?***

⇨ *Dans ces décisions, la CJUE a confirmé que l'Etat d'accueil et d'emploi d'un salarié détaché, et donc les autorités françaises et le juge français, ne pouvaient pas remettre en cause la validité d'un certificat de détachement, qui dispense de payer les cotisations et contributions sociales en France. Seule l'institution de sécurité sociale qui a délivré le certificat de détachement est en droit de le retirer ou de l'invalider, à la demande des autorités de l'Etat d'accueil et d'emploi.*

*La CJUE ajoute qu'il appartient au juge de l'Etat d'accueil et d'emploi de s'assurer du respect de la procédure de demande de retrait ou d'invalidation de ce formulaire et de son réexamen dans un délai raisonnable par l'institution émettrice.*

*Tant que ce document n'a pas été retiré ou invalidé, il ne serait donc pas possible ni de constater l'infraction de travail dissimulé par défaut de déclarations sociales lié à une dissimulation d'emploi salarié, puisqu'elles ne sont pas obligatoires en France, ni, par suite, de réclamer le paiement des cotisations et contributions sociales.*

⇨ *Juridiquement, les décisions de la CJUE, c'est-à-dire de la justice communautaire, ne s'appliquent pas au certificat de détachement délivré par un Etat tiers, c'est-à-dire un Etat hors Union européenne (UE), hors Espace économique européen (EEE) et hors Suisse.*

⇨ *La différence essentielle entre ces décisions de la CJUE réside dans le fait que les arrêts Altun et Vueling laissent entrevoir la possibilité d'une neutralisation du certificat de détachement par l'Etat d'accueil et d'emploi lorsqu'en présence d'une fraude relative à l'obtention ou à l'utilisation du ce document l'Etat de délivrance du certificat de détachement a retiré ou invalidé ce formulaire ou n'a pas répondu à la demande de retrait dans un délai raisonnable.*

*Cette évolution de la position de la CJUE est à relativiser sensiblement dès lors qu'il suffit que l'Etat de délivrance du certificat de détachement refuse, dans le délai raisonnable et quelles soient l'évidence et la gravité de la fraude, de le retirer ou de l'invalider.*

*Le refus de retirer ou d'invalider un certificat de détachement est définitivement opposable à l'Etat d'accueil et d'emploi puisque dans une autre décision Alperind C-527/16 du 6 septembre 2018 la CJUE a décidé que l'Etat de délivrance du certificat de détachement n'était pas lié par les conclusions de la Commission administrative de coordination de sécurité sociale saisie d'un recours par l'Etat d'accueil et d'emploi contre cette décision de refus de retrait par l'Etat émetteur du formulaire.*

*Une condamnation pour travail dissimulé sur le fondement de l'article L.8221-5 du code du travail semble devenir impossible, dès lors que la prévention vise le défaut de déclarations sociales par dissimulation d'emploi salarié en France. Reste cependant possible une condamnation pour défaut de déclarations sociales sur le fondement de l'article L.8221-3 du code du travail, lorsque la dissimulation d'emploi salarié provient d'une préalable fraude à l'établissement.*

⇨ *A ce jour, on constate que :*

*.- la CJUE sacralise le certificat de détachement et la procédure de demande de retrait de ce formulaire,*

*.- la Cour de cassation fait une application stricte de la jurisprudence communautaire et censure les décisions civiles et pénales de condamnation des cours d'appel qui s'affranchissent de cette jurisprudence,*

*.– aucune condamnation définitive pour travail dissimulé n'a été prononcée à la suite d'un retrait de certificat de détachement, puisqu'aucun retrait n'est intervenu dans le cadre d'une telle procédure.*

⇨ *Dans ce contexte, il convient de considérer sept arrêts récents de la Cour de cassation :*

*.- l'arrêt du 22 décembre 2017*[214] *de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation, l'arrêt du 9 mai 2018*[215] *de la 2ème chambre civile de la Cour de cassation et les deux arrêts du 18 septembre 2018*[216] *de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui ont censuré des décisions de cours d'appel qui avaient condamné des entreprises étrangères pour défaut de paiement de cotisations sociales en France dans le cadre d'une fraude à l'établissement ; décisions censurées en référence à l'arrêt A-Rosa de la CJUE puisque les certificats de*

[214] Cass. Ass. Plén. n° 13-25467 du 22 décembre 2017 A-ROSA.
[215] Cass. civ. 2 n° 16-25995 du 9 mai 2018 KRAKBAU.
[216] Cass. crim. n° 11-88040 du 18 septembre 2018 RYANAIR et Cass. crim. n° 13-88632 CITY JET.

*détachement n'avaient pas fait l'objet d'une demande de retrait.*

*.- les deux arrêts des 20 décembre 2018[217] et 24 janvier 2019[218] de la 2ème chambre civile de la Cour de cassation qui ont censuré des décisions de cours d'appel ayant condamné des donneurs d'ordre, requalifiés en employeur de fait de prétendus salariés détachés dans des affaires de fausse prestation de services internationale, à payer des cotisations sociales ; décisions censurées en référence à l'arrêt A-Rosa de la CJUE puisque les certificats de détachement n'avaient pas fait l'objet d'une demande de retrait. Il est à noter que dans ces dossiers, les donneurs d'ordre avaient été cependant condamnés au pénal pour travail dissimulé, marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre.*

*.- l'arrêt du 7 mai 2019 de la chambre criminelle de la Cour de cassation[219] qui a censuré une décision de relaxe d'une cour d'appel au bénéfice d'une entreprise française poursuivie pour dissimulation d'emploi salarié de prétendus salariés détachés, notamment par défaut de déclarations sociales, au motif que le juge du fond n'a pas suffisamment recherché si les salariés ne se trouvaient pas dans un lien de subordination juridique avec cette entreprise, d'autant que ces salariés résidaient en France et y réalisaient la majeure partie de leur activité.*

*https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/affiliation-a-l-etranger-et-certificat-de-detachement-frauduleux*

*Voir également :*

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

**Et la carte d'identification professionnelle dans le BTP ?**

La carte d'identification professionnelle dans le BTP a été créée par l'article 282 IV de la loi du 6 août 2015[220], dite loi Macron ; l'objet de cette mesure est de faciliter la vérification de la transparence de l'emploi des salariés employés sur les chantiers du BTP, qu'ils soient en emploi direct par une entreprise établie en France ou détachés par une entreprise étrangère.

**.1.** La carte d'identification professionnelle a été refusée par le gouvernement lors de la préparation et du vote de la loi du 31 décembre 1991[221], alors qu'à l'époque, certaines organisations professionnelles du BTP souhaitaient déjà la mettre en place. Plusieurs raisons ont conduit à cette position du gouvernement, après expertise par la MILUTMO, le ministère du travail et le ministère de la justice :

⇨ un risque fort d'anti constitutionnalité car cette mesure crée une rupture d'égalité de traitement et une différence de traitement entre les entreprises, qui ne sont pas

[217] Cass. civ. 2 n° 17-21706 du 20 décembre 2018 STJ.
[218] Cass. civ. 2 n° 17-20191 du 24 janvier 2019 BATIVAL.
[219] Cass. crim. n° 17-86426 du 7 mai 2019 AUTOCAR J.
[220] Art. 282 IV de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. Art. L.8291-1 du code du travail.
[221] La loi du 31 décembre 1991 est la première grande loi structurante de lutte contre le travail illégal.

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

⇨ une mesure redondante et inutile pour déceler la fraude à la dissimulation d'emploi salarié. La loi du 31 décembre instaurait la DPAE et le gouvernement considérait que la DPAE suffisait, la carte n'apportant aucune plus value de transparence de l'emploi par rapport à la DPAE[222].

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

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

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

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

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

Cette analyse, qui date de 1991, reste d'actualité, d'autant qu'en 1994 a été créée la déclaration de détachement dont l'objet est précisément de vérifier, comme par la DPAE, la transparence de l'emploi du salarié détaché.

**.2.** De plus, la carte d'identification professionnelle n'a aucun lien avec le dispositif juridique de lutte contre le travail dissimulé et le travail illégal, ni pour les qualifications, les incriminations et les sanctions, ni pour les droits sociaux des salariés. Le défaut de déclaration d'un salarié à l'UFC-BTP (CIBTP) pour obtenir une carte d'identification ne constitue pas une infraction relevant du champ du travail dissimulé et du travail illégal ; il peut néanmoins démontrer ou conforter le caractère intentionnel de la dissimulation d'emploi du salarié.

[222] Depuis, la déclaration de détachement, créée en juillet 1994, remplit, pour le salarié détaché, le même objectif que la DPAE

Par ailleurs, l'UFC-BTP (CIBTP) n'a publié aucune étude ni aucun bilan sur l'incidence de la carte d'identification professionnelle à l'égard de l'évolution du montant des cotisations versées aux caisses régionales, notamment par les entreprises étrangères[223].

### B.2. La dissimulation d'emploi salarié par requalification judiciaire

Une personne, physique ou morale, qui fait travailler autrui pour son compte, peut contester, par divers arguments, être son employeur. Le juge, saisi par un agent de contrôle, un organisme de recouvrement ou le travailleur, a la possibilité de requalifier la relation contractuelle entre le bénéficiaire du travail et l'auteur du travail, pour les considérer dès lors respectivement employeur et salarié.

Le bénéficiaire du travail, reconnu employeur, commet le délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, sous ses trois modalités (absence de DPAE, absence de remise de bulletin de paie et absence de déclaration de la masse salariale).

La dissimulation d'emploi salarié par requalification judiciaire peut être le fait d'un employeur établi en France ou d'un employeur établi à l'étranger qui fait travailler un salarié sur le territoire français sous une autre apparence.

La requalification s'opère essentiellement sur la démonstration de l'existence d'une subordination juridique, c'est-à-dire sur le fait que le bénéficiaire du travail réalisé fournit le travail à réaliser, encadre, dirige et contrôle l'activité de celui qui fournit le travail. La subordination juridique caractérise l'existence d'un contrat de travail et donc d'une relation entre un employeur de fait et un salarié, quel que soit l'apparence ou l'habillage donné à cette relation de travail.

Il existe de très nombreuses décisions de la Cour de cassation sur cette fraude à l'emploi salarié parmi lesquelles les arrêts *Barrat*, *Guégan* et *Société générale*[224], ce dernier arrêt donnant une définition unique et uniforme de la relation de travail salariée, au regard de la législation du travail et de la législation de sécurité sociale.

L'apparence ou l'habillage qui dissimule le salariat revêt des formes et des modalités plus ou moins élaborées ou sophistiquées, selon les affaires. Mais, il est possible de classer ces dissimulations d'emploi salarié en deux catégories :

.- la dissimulation d'emploi salarié par le recours à un faux statut,

.- la dissimulation d'emploi salarié par le biais d'une mise à disposition, illicite ou licite.

#### .B.2.1. La dissimulation d'emploi salarié par le recours à un faux statut

La dissimulation d'emploi salarié par le recours à un faux statut recouvre l'emploi d'un prétendu bénévole, d'un prétendu stagiaire, d'un prétendu travailleur indépendant ou d'un prétendu salarié détaché par une entreprise étrangère, ainsi que le non respect des présomptions de salariat.

---

[223] La CIBTP, ni le ministère du travail, n'ont d'ailleurs jamais publié aucun chiffre sur le paiement des cotisations par les entreprises étrangères depuis 1994, date de l'obligation pour ces entreprises de cotiser aux caisses de congés payés-intempéries en France.

[224] Cass. Ass. Plén. n° 81-11647 du 4 mars 1983 BARRAT ; cass. crim. n° 84-95559 du 29 octobre 1985 GUEGAN ; cass. soc. n° 94-13187 du 13 novembre 1996 SOCIETE GENERALE.

### .B.2.1.1. Le recours à un prétendu bénévole[225]

Cette forme de contournement de la loi se présente elle-même sous différentes modalités qu'il convient d'analyser et d'apprécier chacune dans le contexte et l'environnement où elles sont constatées, mais toujours par la mise en évidence d'une subordination juridique.

***Nota***

*.- L'absence de versement ou l'absence de preuve du versement d'une contrepartie financière n'interdit pas de requalifier vers le statut de salarié. Le versement d'une rémunération n'est pas un critère de l'existence d'une relation subordonnée et d'un contrat de travail ; ce n'est que la conséquence de l'existence du salariat. La fraude consiste précisément à ne pas rémunérer une personne qui devrait l'être.*

*.- La législation du travail n'interdit pas de rémunérer un salarié exclusivement par des avantages en nature, sous réserve que leur valeur atteigne le minimum légal ou conventionnel ; a contrario, le fait de rémunérer une personne exclusivement en avantages en nature n'interdit pas de la qualifier de salarié.*

**.a. L'activité bénévole**, au sens usuel de ce terme, se rencontre de façon privilégiée dans le secteur associatif[226]. Pour autant, toute personne qui déploie une activité dans une association n'est pas bénévole. La Cour de cassation reconnaît la qualité de bénévole en milieu associatif lorsque l'intéressé n'a aucun horaire de travail, gère lui-même son activité, choisit les activités et orientations à mettre en œuvre, ne reçoit aucune instruction pour le travail et participe aux activités selon son bon vouloir et selon les modalités qu'il détermine lui-même. Ces conditions de participation à l'activité de l'association excluent l'existence d'un lien de subordination[227].

Si le bénévolat se rencontre essentiellement dans le milieu associatif, aucun texte, ni aucune jurisprudence n'interdit cependant le bénévolat dans le secteur concurrentiel et marchand, même si cette situation reste en principe exceptionnelle. Ainsi, il a été admis, dans une affaire *Entremont*[228], très médiatisée à l'époque des faits, qu'une laiterie a pu remplacer, en toute légalité, ses chauffeurs de véhicules de ramassage de lait qui étaient en grève par des producteurs de lait, considérés par les juges comme des bénévoles. La Cour de cassation a estimé que l'employeur a en effet la faculté d'organiser librement son entreprise pour assurer la continuité de son activité et, qu'à ce titre, il a pu accepter le concours bénévole des producteurs de lait, alors que ce concours a été, dans le cas d'espèce, hautement profitable à l'entreprise.

---

[225] Le prétendu bénévole est susceptible d'être requalifié, soit en salarié dissimulé, soit en travailleur indépendant dissimulé (***voir supra p.44***); la distinction est fondamentale puisque dans le premier cas le prétendu bénévole est victime de la fraude et dans le second cas, il en est l'auteur.

[226] Environ 14 millions de bénévoles œuvrent dans le secteur associatif.

[227] Cass. soc. n° 99-21111 du 31 mai 2001 ASSOCIATION CACS DU QUARTIER SAINT LAURENT.

[228] Cass. soc. n° 97-22025 du 11 janvier 2000 ENTREMONT.

De même, une personne a pu avoir une activité bénévole pendant plus de deux mois dans un commerce de vente de fleurs, dès lors qu'elle apportait de sa seule initiative une aide ponctuelle à son amie vendeuse dans ledit magasin[229]. Une autre personne n'a pas été reconnue salariée parce qu'elle n'avait pas été placée dans des conditions normales d'emploi excluant donc toute subordination juridique, alors même qu'elle avait procédé pendant trois jours à l'étiquetage de bijoux pour une société[230]. Par ailleurs, la conjointe d'un chef d'entreprise exerçant en société commerciale, et qui avait tenu le poste de caissière pendant neuf ans, s'est vu refuser la qualité de salariée au motif que son activité relevait de l'entraide familiale et qu'elle l'avait exercée en toute liberté[231]. Enfin, la Cour de cassation a annulé une décision d'une cour d'appel qui n'avait pas caractérisé l'existence d'un lien de subordination juridique à l'égard de trois membres d'une famille travaillant dans un magasin de chaussures le jour des soldes[232].

***Nota***

*Dans le secteur agricole, la pratique du wwoofing a donné lieu à une décision du 4 mai 2021 de la cour administrative d'appel de Paris, saisie d'une contestation portant sur le recouvrement de la contribution spéciale, qui a considéré que six personnes de nationalité étrangère en activité au sein d'une association, mais présentées comme des bénévoles par celle-ci, devaient être qualifiées de salariés.*

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/wwoofing-le-juge-adminstratif-considere-qu-il-s-agit-d-un-salariat

**.b). L'entraide** est une appellation souvent utilisée pour présenter la personne en activité comme bénévole, mais pas exclusivement, dans le cadre familial. L'entraide ne fait l'objet d'un encadrement juridique que dans le milieu agricole. Les autres relations d'entraide sont examinées en fonction du contexte dans lequel elles sont invoquées.

Le code rural[233] reconnaît depuis 1962 l'entraide comme un mode particulier de fourniture d'une prestation pour le compte d'autrui, qui échappe à la qualification d'une activité professionnelle exercée à titre salariée (ou à titre indépendant). Pour être admise sous ce régime spécifique, l'entraide agricole doit satisfaire aux conditions suivantes: être effectuée entre agriculteurs, être réciproque, être équilibrée et proportionnée et enfin donner lieu à un simple remboursement des frais exposés. La quasi-totalité des contentieux relatifs à l'entraide agricole est consécutive à un accident survenu pendant la période d'entraide, à la suite duquel la victime ou ses ayants droits souhaitent voir être reconnu en accident du

[229] Cass. soc. n° 10-20912 du 16 février 2012.
[230] Cass.soc. n° 10-25365 du 26 septembre 2012 SOCIETE NATURE ET HORIZON.
[231] Cass. soc. n° 95-43629 du 2 juillet 1997 BOUCHERIES AMIENOISES.
[232] Cass. civ. 2 n° 18-25640 RDC.
[233] Article L.325-1 du code rural et de la pêche maritime.

travail[234]. Dès lors que les conditions posées par le code rural sont réunies, l'entraide est admise et le bénéfice de la législation sur les accidents du travail est écarté[235].

A défaut de se référer à un texte particulier[236], les autres relations qualifiées d'entraide, hors agriculture, sont appréciées au regard des critères habituels de la relation de travail salariée (ou indépendante), y compris dans le cadre familial, parfois entendu au sens très large par les protagonistes. En cas de litige, cette entraide est regardée et appréciée avec d'autant plus d'attention que les liens familiaux, amicaux ou d'affectation ne sont pas incompatibles avec l'existence d'un contrat de travail qui, de surcroît, peut être revendiqué par les intéressés eux mêmes.

L'entraide familiale est admise plus aisément, mais de façon non systématique[237], entre conjoints, sans doute en raison du devoir d'assistance et de secours et de la contribution aux charges du mariage prévus par le code civil[238]. Pour autant, la jurisprudence qui dénie la qualité de salarié à un conjoint de chef d'entreprise se réfère autant à sa liberté d'organiser à sa guise son activité qu'aux dispositions du code civil. L'entraide entre ascendants et descendants ou entre alliés est, quant à elle, fait l'objet d'une jurisprudence variable[239], mais qui n'exclut pas la recherche d'un lien de subordination juridique[240]. Un arrêt de la Cour de cassation de 1971[241] laisse la porte ouverte à la reconnaissance de cette entraide familiale, qui serait la contrepartie de nourrir et de loger prévue par d'autres dispositions du code civil[242]. Compte tenu de la densité de la jurisprudence inverse qui reconnaît l'existence d'une relation de travail subordonnée dans ce contexte particulier, il est difficile de considérer que les liens familiaux, mêmes étroits, éclipsent a priori l'existence du contrat de travail[243].

Cette notion d'entraide est par ailleurs plus facilement reconnue lorsqu'il s'agit du conjoint d'un chef d'entreprise individuelle (agricole, artisanale, commerciale ou libérale) et non pas du conjoint du représentant légal d'une entreprise exerçant sous forme de société ou de toute autre personne morale ; en effet dans cette seconde hypothèse, il ne s'agit pas d'entraide entre conjoints, personnes physiques, mais de contribution à l'activité économique d'une personne morale, qui est distincte de la personne du chef d'entreprise.

---

[234] Cass. soc. n° 69-14646 du 22 avril 1971 et cass. soc. n° 71-12560 du 21 mars 1972.
[235] Cass. soc. n° 82-10390 du 16 mars 1983.
[236] Il n'existe pas dans le code du travail un texte équivalent à l'article L.325-1 du code rural et de la pêche maritime.
[237] La qualité de conjoint ne prive pas celui-ci, par nature, du statut de salarié, de collaborateur ou d'associé expressément prévu par la loi (article L.121-4 du code de commerce).
[238] Articles 212 et 214 du code civil.
[239] Cass. crim. n° 95-81288 du 3 juillet 1996 Y. BERNARD.
[240] Cass. civ. 2 n° 18-25640 du 9 juillet 2020 RDC.
[241] Cass. soc. n° 69-13123 du 14 janvier 1971 (entre une mère et sa fille).
[242] Articles 203 à 206 du code civil.
[243] Voir également dans ce sens, lettre circulaire ACOSS n°2003-121 du 24 juillet 2003.

***Nota***

*La détermination du statut applicable au conjoint du chef d'entreprise artisanale, commerciale ou libérale a été sensiblement modifiée par l'article 8 de la loi du 22 mai 2019[244], qui a reformulé et complété l'article L.121-4 du code du commerce.*

*Dès lors que le conjoint de ce chef d'entreprise exerce une activité professionnelle régulière, il opte pour le statut de conjoint collaborateur, conjoint salarié ou conjoint associé.*

*Au regard de cette obligation, l'article 8 de la loi du 22 mai 2019 précise que le chef d'entreprise est tenu de déclarer l'activité professionnelle régulière de son conjoint dans l'entreprise et le statut choisi par ce dernier auprès des organismes habilités à enregistrer l'immatriculation de l'entreprise. Seul le conjoint collaborateur fait l'objet d'une mention dans les registres de publicité légale à caractère professionnel.*

*A défaut de déclaration d'activité professionnelle, le conjoint ayant exercé une activité professionnelle de manière régulière dans l'entreprise est réputé l'avoir fait sous le statut de conjoint salarié.*

*A défaut de déclaration du statut choisi, le chef d'entreprise est réputé avoir déclaré que ce statut est celui de conjoint salarié.*

*Ainsi, en absence de déclaration, c'est-à-dire d'exercice de cette activité régulière hors statut officiel, le risque de requalification systématique du conjoint en salarié devient réel compte tenu de cette détermination par la loi ; et par suite, le chef d'entreprise s'expose à une mise en cause directe pour pratiquer du travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié.*

La qualité de concubin n'est pas de nature, pour ce seul état, à favoriser la reconnaissance d'une entraide. Un arrêt de la Cour de cassation, dans un litige portant à titre principal sur un autre sujet, a cependant reconnu la possibilité pour une personne d'apporter à son concubin dans un commerce une aide bénévole très temporaire[245].

De façon plus générale, l'entraide familiale n'est pas admise lorsque le bénéficiaire de l'activité est une personne morale, parce que cette activité est exercée en son sein et à son bénéfice. Ainsi l'entraide familiale n'est pas reconnue dans un restaurant exploité par une société commerciale[246]. Le bénéficiaire de l'entraide n'est pas un membre de la famille, mais un opérateur économique constitué sous la forme d'une personne morale.

L'entraide amicale ou de bon voisinage ne bénéficie pas plus d'une analyse juridique particulière pour la distinguer d'une activité professionnelle. La Cour de cassation reconnaît, à l'occasion d'un accident, la réalité de l'entraide entre deux particuliers, dès lors que la

[244] Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises.
[245] Cass. soc. n° 02-42818 du 11 juin 2003 ETABLISSEMENT THERMAL DE BALARUC LES BAINS.
[246] Cass. crim. n° 17-82894 du 10 avril 2018 CHEN.

personne rendait occasionnellement des menus services à un tiers avec qui elle entretenait des relations amicales[247].

**.c). Les activités pratiquées dans le cadre d'un parcours d'insertion sociale** au sein d'une structure dédiée elle-même à la réalisation de cet objectif relèvent du bénévolat. Dans un arrêt *Emmaüs*[248], la Cour de cassation censure un arrêt de cour d'appel qui avait reconnu la qualité de salarié à une personne travaillant au sein de l'association; la Haute juridiction considère qu'en intégrant la communauté Emmaüs en qualité de compagnon, l'intéressé s'est soumis aux règles de vie communautaire qui définissent un cadre d'accueil comprenant la participation à un travail destiné à l'insertion sociale des compagnons et qui est exclusive de tout lien de subordination. Cette analyse a été cependant sensiblement atténuée par un arrêt ultérieur[249], qui n'a pas bénéficié de la même notoriété, alors même que les personnes en activité œuvraient au sein d'une association dédiée à l'insertion sociale et professionnelle. La Cour de cassation, confirmant l'arrêt d'appel, a constaté que les personnes avaient été, dans l'exécution de leur activité, encadrées par un animateur salarié de l'association et avaient perçu de celle-ci des indemnités et avantages en contrepartie de leur travail; elle a considéré qu'elles avaient agi sous le contrôle et la direction de l'association et se trouvaient de ce fait, vis-à-vis de celle-ci, dans un lien de subordination.

Par détermination de la loi, la personne qui se livre à des activités au titre du volontariat de solidarité internationale ou du service civique jouit d'un statut spécifique qui l'assimile à un quasi bénévole, sans qu'elle puisse invoquer l'existence d'un contrat de travail[250]. La personne qui exerce une activité humanitaire pour le compte d'une structure hors de ce cadre législatif peut se voir reconnaître a contrario la qualité de salarié[251].

**.d). L'appellation *amateur*,** dans le secteur des spectacles vivants et dans la pratique du sport, sert souvent à désigner des personnes bénévoles ou, à tout le moins, non titulaires d'un contrat de travail.

.- Dans le domaine des spectacles vivants, un décret de 1953[252] reconnaissait l'existence du groupement d'amateurs qui organise et produit des manifestations artistiques et dont les membres ne reçoivent aucune rémunération dans la mesure où ils tirent leurs moyens habituels d'existence de salaires ou de revenus étrangers aux diverses activités artistiques des professions du spectacle.

Le décret historique de 1953 a été remplacé par l'article 32 (non codifié) de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine qui a créé un statut d'artiste amateur, non soumis à la présomption de salariat de l'article L.7121-3 du code du travail (***voir infra p.130***), dès lors qu'il pratique à titre non professionnel et qu'il

[247] Cass. soc. n° 64-14237 du 19 décembre 1968 LEMONNIER.
[248] Cass. soc. n° 98-46158 du 9 mai 2001 EMMAUS.
[249] Cass. civ. 2 n° 03-30592 du 20 septembre 2005 COMPAGNONS BATISSEURS DE BRETAGNE.
[250] Loi n° 2005-159 du 23 février 2005 relative au contrat de volontariat de solidarité internationale et loi n° 2010-241 du 10 mars 2010 relative au service civique.
[251] Cass. civ. 2 n° 06-21321 du 7 février 2008 AFVP.
[252] Décret n° 53-1253 du 19 décembre 1953 relatif à l'organisation des spectacles amateurs et à leurs rapports avec les entreprises de spectacles professionnelles.

n'en tire aucune rémunération[253].

L'article 32 de la loi du 7 juillet 2016 a fait l'objet du décret d'application n° 2017-1049 du 10 mai 2017 et de l'arrêté du 25 janvier 2018 qui posent de nombreuses conditions à la légalité des répétitions et des représentations sous la qualité d'amateur.

***Nota***

*L'article 32 de la loi du 7 juillet 2016 appelle les remarques suivantes :*

*.- l'article L.7121-3 du code du travail mentionne déjà l'existence d'une rémunération pour faire application de la présomption de salariat; l'apport de l'article 32 est (en principe) neutre.*

*.- afficher le fait que ne pas rémunérer une personne permet de la soustraire au salariat est assez peu compatible avec la lutte contre la dissimulation d'emploi salarié, et peut susciter des effets d'aubaine,*

*.- hors présomption de salariat, la rémunération n'est pas un critère du salariat, mais la conséquence de celui-ci,*

*.- hors présomption de salariat, le critère du salariat reste la subordination juridique de droit commun ; et si la personne est subordonnée, elle exerce à titre professionnel.*

*Les nombreuses conditions posées par le décret du 10 mai 2017 et l'arrêté du 25 janvier 2018 attestent que les pouvoirs publics ont entendu faire du statut d'amateur une dérogation stricte et encadrée à la présomption de salariat posée par le code du travail. Le non respect de ces conditions devrait également faciliter la requalification de l'amateur bénévole en salarié.*

*Cependant, il n'est pas certain que l'article 32 apporte une contribution décisive pour permettre au juge de distinguer entre amateur/bénévole et salarié dans le monde des spectacles vivants et enregistrés, puisque l'analyse juridique ne devient pas binaire (amateur ou présomption de salariat), mais reste ternaire (amateur, présomption de salariat ou salarié de droit commun avec subordination juridique avérée, même si les nombreuses conditions posées par l'article 32 et ses deux textes d'application sont réunies).*

.- S'agissant du sportif, la loi et la convention collective applicables[254] considèrent que le sportif professionnel est un salarié. La convention collective définit le sportif professionnel comme celui qui exerce cette activité à titre exclusif ou principal. A contrario, le sportif amateur pratiquerait son activité, de façon individuelle ou collective, hors contrat de travail.

[253] L'article 32 répond à une demande très ancienne des organisateurs de festivals qui souhaitaient que certains artistes qu'ils produisent ne soient pas considérés comme des salariés, avec respect des minima de rémunération conventionnels et paiement des cotisations et contributions sociales.

[254] Article L.222-2 du code du sport; article D.1251- 1 et articles 12-1 et suivants de la convention collective nationale du sport.

Cette distinction n'est pas cependant validée par la Cour de cassation[255]. Celle-ci rappelle que, quelle que soit la dénomination donnée par les parties à leur relation contractuelle, un joueur de rugby qui pratiquait ce sport à titre accessoire, par rapport à son activité salariée de chauffeur livreur à temps plein, doit être considéré également comme salarié de l'association sportive au sein de laquelle il pratiquait quelques heures par semaine, dès lors qu'un lien de subordination juridique est reconnu. En l'absence de subordination juridique, le sportif amateur est déclaré bénévole[256]. Pour autant, lorsque la qualité de salarié est déniée au sportif, cela ne signifie pas nécessairement qu'il exerce une activité non professionnelle bénévole; celle-ci peut relever d'un travail indépendant[257].

**.e). Les contributions apportées au sein de structures cultuelles** ont donné lieu à de nombreuses jurisprudences pour qualifier la nature de ces activités au regard des règles sociales, tant à l'égard de religieux que de laïcs.

L'engagement religieux, et par suite l'activité qu'il génère, sont exclusifs d'une relation de travail subordonnée. Le religieux qui n'accomplit son activité que pour le compte et au bénéfice de sa congrégation ne peut se réclamer du salariat[258]. Certes le religieux se trouve dans un lien hiérarchique très prégnant avec sa congrégation ou son association cultuelle, mais, par nature, différent d'une subordination juridique. Cette incompatibilité avec le salariat ne vaut que pour l'engagement au sein d'une congrégation ou d'une association cultuelle légalement établie[259]. Cependant, un religieux peut se prévaloir de l'existence d'un contrat de travail s'il exécute un travail, détaché de sa qualité de ministre du culte, pour le compte d'un tiers, personne physique ou personne morale. Il en va ainsi pour une activité au sein d'un orphelinat[260] ou d'une université[261].

La situation du laïc, qui s'engage dans une association en raison de sa foi et de ses croyances, ne peut se rattacher à celle d'un religieux et exclure ainsi le contrat de travail, qu'à la condition d'œuvrer au sein d'une congrégation ou d'une association cultuelle légalement établie, ce qui n'est pas le cas d'une simple association de fidèles[262]. Par ailleurs, l'engagement religieux d'un laïc au sein d'une association cultuelle relève du bénévolat s'il jouit d'une totale liberté, sans recevoir ni ordres, ni instructions[263], mais n'exclut pas nécessairement l'existence d'un contrat de travail dès lors qu'il apporte sa contribution dans le cadre d'une subordination juridique[264].

Les relations d'activité au sein de la mouvance sectaire sont susceptibles, le cas échéant, de faire l'objet de diverses qualifications juridiques en fonction de ses comportements ou de ses modes d'organisation ou de fonctionnement. Cette qualification juridique peut concerner également la nature, bénévole ou salariée, de la contribution apportée par les

---

[255] Cass. soc. n° 10-15573 du 28 avril 2011 ASSOCIATION MARSEILLE PROVENCE; dans le même sens, cass.soc. n° 04-46795 du 14 juin 2006 ASSOCIATION AVIRON BAYONNAIS FC.
[256] Cass. soc. n° 97-14916 du 9 mars 2000 ASSOCIATION SPORTIVE DE SAINT PRIEST.
[257] Cass. soc. n° 91-44041 du 24 mars 1993 UNION SPORTIVE D'ORLEANS.
[258] Cass. Ass. Plén. n° 87-20036 du 8 janvier 1993 LINARES.
[259] Cass. soc. n° 08-45568 du 8 juin 2001 FEDERATION DES EGLISES ADVENTISTES DU 7ème JOUR.
[260] Cass. Ch. mixte n° 69-11290 du 26 mai 1972 ORPHELINAT SAINT JEAN D'ALBI.
[261] Cass. soc. n° 88-11451 du 20 décembre 1990 UNIVERSITE CATHOLIQUE DE L'OUEST.
[262] Cass. soc. n° 08- 42207 du 20 janvier 2010 COMMUNAUTE LA CROIX GLORIEUSE.
[263] Cass. soc. n° 95-41817 du 25 mars 1998 COLAS.
[264] Cass. soc. n° 07- 44766 du 29 octobre 2008 LE VERBE DE VIE et cass.soc. n° 83-41787 du 6 mai 1986 FARFOUR.

membres ou les adhérents de la structure. Une cour d'appel, se référant au contenu des conventions signées par les intéressés, a refusé de leur reconnaître la qualité de salarié[265].

**.f). Le travail au pair pour le compte d'un particulier** n'est pas assimilé à du bénévolat[266]. Dans ce cadre, le particulier fournit le logement à une personne qui, en contrepartie, s'engage à lui assurer des taches domestiques ou familiales, voire des petits travaux d'entretien, de remise en état ou d'espaces verts. La relation est subordonnée et met en présence un employeur (le particulier) et un salarié (le locataire).

Le travail au pair ne se confond pas avec la venue au pair de jeunes, appelés parfois des stagiaires aides familiaux, dans des familles d'accueil, dans le cadre de l'accord du Conseil de l'Europe sur le placement au pair du 24 novembre 1969. Selon ce texte, le jeune au pair, qui vient pour approfondir sa connaissance de la culture et de la langue françaises, travaillant dans ce cadre, au sein d'une famille d'accueil agréée, pour accomplir de légères tâches domestiques et familiales n'est pas un salarié et relève d'un statut *sui generis,* même s'il perçoit une contrepartie financière appelée pécule et que des cotisations sociales sont versées par la famille d'accueil. Il en serait autrement si la famille n'était pas agréée.

**.g). L'essai ou le test professionnel**, lorsqu'il est réalisé pour le compte d'un employeur potentiel, se distingue de la période d'essai et se situe avant l'embauche du salarié. Cette situation n'est pas évoquée par le code du travail et très peu souvent par les conventions collectives. Sa validité a été cependant admise par les tribunaux. L'essai ou le test professionnel est une période passée au sein de l'entreprise intéressée par la candidature du postulant à un emploi, au cours de laquelle l'entreprise le soumet à des épreuves de courte durée pour s'assurer de sa qualification professionnelle[267]. Cette période d'activité, hors contrat de travail, ne fait pas l'objet des formalités sociales obligatoires et n'est pas rémunérée.

Dans la mesure où la période d'essai ne se présume pas, il en va a fortiori pour l'essai ou le test professionnel soumis par ailleurs à aucun formalisme, d'où le risque de contentieux. La distinction entre essai ou test professionnel hors contrat de travail et période d'essai relevant du contrat de travail n'est pas aisée, mais devient nécessaire si, par exemple, la personne en activité est victime d'un accident du travail. Deux conditions se dégagent particulièrement de la jurisprudence[268] pour reconnaître l'essai ou le test professionnel: la courte durée de la ou des épreuves et le fait que la personne n'ait pas été placée en conditions normales d'emploi.

---

[265] Cour d'appel d'Orléans n° 682/97 du 17 novembre 1997 BRENTI Décision infirmative de relaxe d'un jugement de condamnation de première instance. Pas de pourvoi en cassation.

[266] Cass. crim. n°07-87518 du 17 juin 2008 Nadya X; voir également le site de l'Urssaf rubrique "particuliers".

[267] Par exemple, dans un garage, savoir changer des plaquettes de frein sur un véhicule.

[268] Cass. soc. n° 07-42673 du 26 novembre 2008 Express services et cass. soc. n° 07-45485 du 16 septembre 2009.

***Nota***

*Faut-il prouver le versement d'une rémunération pour requalifier un bénévole en salarié et établir la dissimulation d'emploi salarié?*

*Non. Ce qui est déterminant, c'est l'existence d'une subordination juridique.*

*Le versement d'une rémunération n'est que la conséquence du contrat de travail, pas une cause ou un critère de celui-ci. Sinon, il suffirait de ne pas verser une rémunération ou de cesser de verser une rémunération pour dénier la qualité de salarié à une personne en activité subordonnée*[269]*.*

*Mais la preuve de l'existence d'une rémunération, quelle que soit sa forme, est de nature à conforter la requalification en employeur et en salarié*[270]*.*

*L'administration de cette preuve est facilitée par la législation du travail qui donne une définition très large de la rémunération, y compris sous forme d'avantages en nature. L'article L.3121-3 du code du travail dispose en effet que constitue une rémunération le salaire ou traitement ordinaire de base au minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier.*

*Dès lors que le prétendu bénévole reçoit un ou plusieurs avantages en nature (hébergement, transport, nourriture, vêtements, bons de réduction, bons d'achats, billets d'entrée gratuits, mise à disposition d'un moyen de transport, produits en nature…), à l'occasion et en raison de son activité, il s'agit d'une rémunération au sens de la législation du travail.*

*Sauf à ce que le bénéficiaire de l'activité, c'est-à-dire l'employeur de fait, ne démontre que les sommes versées correspondent à des remboursements de frais réellement exposés et proportionnels à ceux-ci*[271]*. Lorsque les sommes versées excèdent le remboursement des frais, elles sont susceptibles d'être analysées comme une rémunération, d'autant que celle-ci est entendue de façon extensive par le code du travail et par la jurisprudence.*

*Compte tenu de la définition très large de la rémunération donnée par le code du travail, la jurisprudence reconnaît le salariat, même si la personne est exclusivement rémunérée par des avantages en nature*[272]*.*

Voir également l'article de l'auteur :

https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/activite_professionnelle_et_benevolat.pdf

[269] Not. Cass. crim. n° 15-87422 du 8 mars 2017 Marc X.
[270] Cass. soc. n° 07-43992 du 11 mars 2009 SOCIETE C3T.
[271] Cass. soc. n° 99-42697 du 29 janvier 2002 CROIX ROUGE.
[272] Not. Cass. soc. n° 14-10802 du 9 juin 2015; cass. crim. n° 15-87422 du 8 mars 2017 Marc X.

### .B.2.1.2. Le recours à un prétendu stagiaire

**.a. La législation distingue six catégories de stagiaire** :

.1.- l'élève ou l'écolier, relevant du 2° de l'article L.4153-1 du code du travail, qui pendant sa scolarité et au titre de cette scolarité est accueilli dans une structure pour une période de découverte, d'initiation et d'information,

.2.- l'élève ou l'écolier, relevant du 3° de l'article L.4153-1 du code du travail qui suit un enseignement alterné ou un enseignement professionnel durant les deux dernières années de sa scolarité obligatoire, qui accomplit un stage d'initiation, d'application ou une période de formation en milieu professionnel,

.3.- la personne, salarié ou demandeur d'emploi, qui, dans le cadre de la formation professionnelle continue mentionnée dans le code du travail, est admise à suivre un stage comportant une période d'accueil dans une structure,

.4.- l'étranger, relevant des articles L.426-23, R.421-51 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), en général majeur et déjà salarié dans son pays, qui vient temporairement en France effectuer un stage pratique dans une structure d'accueil,

.5.- la personne, qui n'appartient pas à l'une de ces 4 catégories, relevant de l'article L.124-1 du code de l'éducation, qui est accueillie en entreprise dans le cadre d'un enseignement, dans la perspective d'obtenir un diplôme, une certification ou de favoriser son insertion professionnelle,

.6.- le jeune au pair ou stagiaire aide familial de nationalité étrangère, qui est accueilli au sein d'une famille, dans le cadre de l'accord du Conseil européen du 24 novembre 1969[273].

Le risque de dissimulation d'emploi salarié concerne essentiellement les stages en entreprise visés aux paragraphes 4 et 5 et le stage d'aide familial visé au paragraphe 6.

Depuis la loi du 31 mars 2006[274], le stagiaire en entreprise, mentionné au paragraphe .5-, relève d'un statut spécifique inscrit dans le code de l'éducation. Ce statut, plusieurs fois modifié et ajusté depuis 2006, est destiné à éviter les abus des entreprises d'accueil tentées par l'emploi de salarié à bas coût sous cette appellation indue.

Les conditions de fond et de forme posées par le code de l'éducation n'ont pas fait cesser pour autant le recours à de prétendus stagiaires et à la dissimulation d'emploi salarié sous cette qualité.

La dissimulation d'emploi salarié dans le cadre de l'accueil d'un jeune au pair stagiaire aide familial mentionné au paragraphe .6- se traduit par le fait qu'une famille d'accueil, peu scrupuleuse, le fait travailler comme un employé de maison, pour des tâches domestiques et/ou familiales[275]. Cette dissimulation d'emploi domestique salarié peut se combiner avec

[273] Voir également circulaire DPM n° 20 du 23 janvier 1990 paragraphe 3.5.
[274] Article 9 de la Loi n°2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances.
[275] Le stagiaire aide familial reçoit de la famille d'accueil une somme modique, appelée pécule, d'un montant mensuel variant de 264 à 316,80 euros ; la famille verse par ailleurs des cotisations sociales très allégées. Employer indûment sous ce statut un salarié présente un avantage pécuniaire non négligeable.

de l'abus de vulnérabilité et des conditions d'hébergement indignes, voire de l'esclavage moderne.

**.b.** Le stage en entreprise mentionné aux paragraphes .4. et .5. et l'accueil dans une famille d'un stagiaire aide familial mentionné au paragraphe .6. font l'objet d'un encadrement destiné à garantir leur bonne et loyale exécution et à éviter les dérives.

La qualité de stagiaire de nationalité étrangère relevant des articles L.426-23, R.421-51 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) est préalablement vérifiée par le service de main-d'œuvre étrangère de l'unité départementale de la Direccte, puis par le consulat de France à l'étranger lors de la délivrance du visa, et enfin par la préfecture lorsqu'elle délivre une carte de séjour temporaire pour le stage en France d'une durée supérieure à trois mois.

La qualité de stagiaire relevant de l'article L.124-1 du code de l'éducation doit répondre à des conditions de fond et de forme dont le respect engage l'établissement ou l'organisme de formation et l'entreprise d'accueil. Au titre de ces conditions, la signature d'une convention de stage, des objectifs pédagogiques, une durée limitée du stage et un nombre limité de stagiaires accueillis dans l'entreprise.

La qualité de stagiaire aide familial, relevant de l'accord du Conseil européen du 24 novembre 1969, est préalablement vérifiée par le service de main-d'œuvre étrangère de l'unité départementale de la Direccte, puis par le consulat de France à l'étranger lors de la délivrance du visa, et enfin par la préfecture lorsqu'elle délivre une carte de séjour temporaire pour l'accueil en famille d'une durée supérieure à trois mois.

**.c.** L'existence d'un encadrement juridique assez formel de l'accueil d'un stagiaire dans une entreprise ou d'une famille, parfois assorti d'un contrôle a priori de l'administration, n'a pas fait disparaître les abus et les fraudes à la loi. Un salarié s'expose encore à être employé sous un statut apparent de stagiaire.

La qualité de stagiaire ne se présumant pas, une entreprise ou une famille d'accueil d'un stagiaire aide familial, qui ne respecte pas les règles formelles qui régissent l'accueil d'un stagiaire, n'est pas recevable à présenter la personne accueillie comme un stagiaire ; l'absence de convention de stage ou d'accord de placement au pair en est l'une des illustrations la plus significative.

Mais *a contrario*, le respect des règles formelles par l'entreprise ou la famille d'accueil n'équivaut pas à la reconnaissance irréfragable de la qualité de stagiaire. Il s'agit au plus d'une apparence de légalité valant présomption simple de cette qualité. La requalification en salarié demeure possible.

Certains éléments ne sont pas cependant opérants à eux seuls, pour procéder à cette requalification :

.- l'exercice d'une activité dans l'entreprise ou au sein de la famille d'accueil, puisque, par nature, le stagiaire ne se contente pas d'écouter ou de regarder ; il se livre à des activités de production intellectuelle ou matérielle, participe à des réunions, accompagne les salariés de l'entreprise.

.- le fait que le stagiaire soit soumis aux règles de vie collective de l'entreprise ou de la famille : respect d'horaires, de consignes ou du règlement intérieur. A ce titre, il est quasi subordonné.

.- le versement d'une contrepartie financière, puisque le versement d'une gratification est possible, voire obligatoire à partir du 3ème mois de stage[276].

Le prétendu stagiaire sera requalifié en salarié lorsque[277] :

.- le contenu de sa convention de stage n'est pas respecté,

.- il n'est pas réellement suivi par un tuteur ou un maître de stage,

.- il ne reçoit pas de formation au sein de l'entreprise d'accueil,

.- son activité dans l'entreprise est sans lien avec son cursus pédagogique et la nature de sa formation,

.- il occupe un poste de travail nécessaire au fonctionnement de l'entreprise,

.- il est placé dans des conditions normales d'emploi,

.- il est intégré aux équipes de travail,

.- son activité présente un intérêt économique pour l'entreprise,

.- le nombre de stagiaires accueillis dans l'entreprise exclut tout suivi pédagogique sérieux,

.- un ou plusieurs stagiaires sont accueillis en permanence dans l'entreprise, sans discontinuer.

Comme souvent en matière de requalification, le juge se prononcera sur la base d'un faisceau d'indices dont les plus déterminants sont précités.

***Nota***

*Quelle est l'incidence civile du non respect des seuils et des quotas d'accueil des stagiaires en entreprise mentionnés aux articles R.124-10 et suivants du code de l'éducation ?*[278] *Le non respect de ces normes est-il suffisant à lui seul pour obtenir la requalification du stagiaire en salarié ?*

*Ces questions méritent d'être posées dès lors que ces normes répondent à un double objectif : garantir une qualité pédagogique au stage et éviter le stage « bidon ».*

*Il n'est donc pas irréaliste de penser que le juge pourra considérer qu'une entreprise, qui n'a pas respecté sur ce point les règles d'ordre public encadrant l'accueil de stagiaires, s'est placée d'elle-même en dehors de ce cadre juridique, ce qui permet de constater de la dissimulation d'emploi salarié.*

[276] Seule une gratification particulièrement élevée serait susceptible d'interpeller.

[277] Parmi les arrêts rendus par la Cour de cassation et mentionnés, ***voir infra p.313*** 5ème partie Jurisprudence : Cass. crim. n° 09-87689 du 28 septembre 2010 SCEA/LE CEDRE ; cass.soc. n° 11-27536 du 13 mars 2013 NEW AXIS AIRWAYS ; cass. soc. n° 13-16349 du 7 juillet 2015 PI DELTA.

[278] Ces normes sont fixées par le décret n° 2015-1359 du 26 octobre 2015.

**.d. Cas particulier de l'étudiant d'une Junior-Entreprise**

**.d.1.** Aux six catégories de stagiaires mentionnées ***supra .a.***, il faut ajouter l'étudiant qui est missionné dans une entreprise par une Junior-Entreprise[279] pour y effectuer des études à caractère pédagogique et dont le « statut » atypique relève d'un simple arrêté ministériel de la direction de la sécurité sociale du 20 juin 1988[280].

Ce statut atypique, sans doute le résultat d'une bienveillance administrative de l'époque, est juridiquement fragile et original ; ce statut met l'étudiant entre le salarié et le stagiaire relevant de l'article L.124-1 du code de l'éducation.

En effet, l'étudiant placé par une Junior-Entreprise peut relever du salariat, car il réalise une étude utile pour l'entreprise qui l'accueille; il reçoit une contrepartie financière de la part de la Junior-Entreprise qui verse des cotisations sociales (forfaitaires et réduites). Il peut également relever du stagiaire car son immersion et son activité dans l'entreprise d'accueil se situe dans le cadre de son cursus pédagogique accompli dans une université ou une grande école[281].

Pour autant, cet étudiant n'est ni salarié, ni stagiaire de l'article L.124-1 du code de l'éducation car l'arrêté du 20 juin 1988 n'a pas été abrogé et continue d'être appliqué.

Le caractère atypique et original de ce statut est renforcé par le mode de fonctionnement d'une Junior-Entreprise qui s'apparente *grosso modo* à celui d'une entreprise de travail temporaire. Elle fournit (elle place) un étudiant à une entreprise qui, immergé pendant plusieurs semaines ou plusieurs mois, va réaliser une étude utile à cette entreprise (par exemple, une étude sur l'amélioration de la gestion des stocks). Cette étude est d'autant plus utile à l'entreprise que cette étude va être payée par l'entreprise à la Junior-Entreprise et que celle-ci va rémunérer l'étudiant pour cette étude ; cette rémunération donne lieu à cotisations sociales dans les conditions prévues par l'arrêté DSS du 20 juin 1988 précité.

Compte tenu de l'encadrement des stages en entreprise intervenu depuis 2007 et des critères du contrat de travail, il devient juridiquement difficile de soutenir que l'étudiant Junior-Entreprise n'est ni l'un (stagiaire) ni l'autre (salarié). D'autant que l'arrêté DSS du 20 juin 1988 est un texte de circonstance, destiné à échapper aux conséquences de l'arrêt de la Cour de cassation du 15 juin 1988[282], qui avait assujetti ces étudiants au régime général de la sécurité sociale, c'est-à-dire les a considérés comme des quasi salariés. Cette décision de la Cour de cassation, un peu oubliée aujourd'hui, peut retrouver toute sa pertinence.

**.d.2.** En tout état de cause, un étudiant placé par une Junior-Entreprise pour effectuer un travail sans lien avec la nature de ses études, tel qu'un inventaire ou de la manutention, ne relève pas de l'arrêté DSS du 20 juin 1988 ; il est salarié en CDD de fait. En effet, l'arrêté DSS du 20 juin 1988 précise que l'immersion en entreprise se fait dans le cadre du cursus

[279] La Junior-Entreprise est une association d'étudiants rattachée à une université ou à une grande école (voir le site de la confédération nationale des Junior-Entreprises).

[280] Arrêté du 20 juin 1988 ; lettre DSS du 1er août 1988 ; lettre circulaire ACOSS 88/55 du 19 août 1988. Voir aussi la notice d'information Urssaf du mois de janvier 2006.

[281] La création d'un statut de stagiaire mentionné à l'article L.124-1 du code de l'éducation autorise à s'interroger sur la validité juridique de ce statut Junior-Entreprise qui relève d'un simple arrêté, publié pour des raisons de circonstance aujourd'hui discutables.

[282] Cass. soc. n° 86-10732 du 15 juin 1988 URSSAF de SAINT ETIENNE.

pédagogique.

Par ailleurs, cette requalification en salarié souffre encore moins d'hésitation lorsque l'association d'étudiants n'est pas reconnue comme Junior-Entreprise par la Confédération nationale des Juniors-Entreprises (CNJE). Il s'agit alors d'une association dite « job services » qui exerce illégalement une activité d'entreprise de travail temporaire, ce qui a été sanctionné par le juge au titre du marchandage et du prêt illicite de personnel[283].

Ces associations d'étudiants «job services» se font passer pour des Juniors-Entreprises, afin de facturer à moindre coût aux entreprises les heures de travail des étudiants, par l'application des taux de cotisations sociales réduits de l'arrêté DSS du 20 juin 1988. Les emplois occupés par les étudiants des associations « job services » sont sans lien avec la nature de leur études puisqu'ils font de la mise en rayon, de la distribution de prospectus, des inventaires…

### .B.2.1.3. Le recours à un prétendu travailleur indépendant

La dissimulation d'emploi salarié par le recours à un prétendu travailleur indépendant est une forme de fraude à l'emploi ancienne, mais qui s'est développée avec la création du statut d'auto entrepreneur et la libre prestation de services internationale.

Le salarié dissimulé par son employeur sous l'apparence d'un prétendu travailleur indépendant est, soit établi et résident en France, soit abusivement détaché en France sous ce statut, depuis un autre Etat.

S'il est vrai que l'utilisation de cette fraude à l'emploi concerne en majorité des faux travailleurs indépendants établis en France, notamment sous le régime de l'auto entrepreneur, l'élargissement de l'Union européenne, avec la reconnaissance de la libre prestation de services, a favorisé et optimisé cette fraude à l'emploi transnational, notamment depuis 2004[284].

La jurisprudence de la Cour de cassation, qui fixe la ligne de partage entre le vrai et le faux travailleur indépendant, s'est construite dans les affaires mettant en relation un pseudo donneur d'ordre et un prétendu travailleur indépendant établi en France. Pour autant, cette jurisprudence est transposable sans réserve, lorsque le prétendu travailleur indépendant est établi hors de France ; ce sont les mêmes critères de requalification qui permettent au juge de s'affranchir des apparences et de prononcer la requalification de sa situation contractuelle[285].

Lorsque la requalification est prononcée, le travailleur indépendant devient un salarié et son donneur d'ordre devient son employeur qui pratique de la dissimulation d'emploi salarié.

---

[283] Cass. crim. n° 03-86681 du 16 mars 2004 SACIP.

[284] Voir notamment le 1er arrêt de requalification de faux artisans détachés : Cass. soc. n° 95-18115 du 27 mars 1997 DEBEZY/LADRISOL.

[285] Dans une affaire n° 15-85129, la chambre criminelle de la Cour de cassation a requalifié des prétendus auto entrepreneurs roumains.

***Nota***

*Le faux travailleur indépendant n'est pas nécessairement et uniquement une personne physique qui exerce son activité sous la forme d'une entreprise individuelle. Des fraudes sophistiquées dissimulent également le salarié sous le statut apparent de gérant ou d'associé d'une société spécifiquement créée par le véritable employeur pour échapper à la législation sociale. L'exemple type est celui des commerces de détail non alimentaire (vente de chaussures, parmi d'autres) qui organisent un montage commercial complexe et frauduleux de leurs points de vente pour ouvrir le dimanche, avec des gérants de paille ou des associés de façade, totalement subordonnés.*

**.a.** La situation apparente d'un travailleur indépendant se traduit d'une part, par l'accomplissement de formalités déclaratives, et d'autre part, par l'édition ou la signature de documents commerciaux.

Ainsi :

- le prétendu travailleur indépendant est immatriculé au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, en qualité de personne physique ou de personne morale.

Lorsque l'exercice du métier est règlementé, il est également inscrit aux registres spécifiques : registre des agents commerciaux, registre des transporteurs ; il dispose de l'agrément pour les professions de la sécurité privée.

- le prétendu travailleur indépendant est connu en tant que tel des organismes de recouvrement sociaux et des services fiscaux auprès desquels il procède à ses déclarations périodiques,

- il émet des devis et des factures ; il tient une comptabilité.

- il dispose, éventuellement, d'un contrat commercial (contrat de sous-traitance, contrat de franchise, contrat d'intégration dans l'agriculture ; contrat d'apporteur d'affaires, contrat d'agent commercial, contrat de mandat, de concession ou de représentation…), de bons de commandes, d'ordres de service,

- Il est gérant mandataire ou associé d'une société,

- il peut lui-même être employeur de salarié.

**.b.** Dans une perspective de requalification de la relation contractuelle, deux situations sont à distinguer.

**.b.1.** La qualité même apparente de travailleur indépendant n'est pas opposable dès lors que le travailleur ou son donneur d'ordre n'est pas en mesure de justifier du respect de ces formalités déclaratives, par la production de l'immatriculation aux registres consulaires, aux registres professionnels ou des déclarations fiscales et sociales.

Le statut de travailleur indépendant ne se présume pas ; il se prouve et se démontre, y compris lorsqu'est invoqué par le donneur d'ordre la qualité d'auto entrepreneur de celui qui travaille pour lui.

La preuve de la qualité apparente de travailleur indépendant se pose avec une acuité et une importance particulières pour la personne établie hors de France et qui est présentée par son donneur d'ordre comme un « prestataire », c'est-à-dire un travailleur indépendant dans l'Etat de sa provenance ou de sa nationalité, venu travailler temporairement en France.

Pour être apparemment considéré comme un prestataire de services établi à l'étranger, le donneur d'ordre doit justifier que le travailleur respecte au moins 5 conditions :

.- être juridiquement constitué dans l'Etat de résidence, c'est-à-dire être immatriculé ou enregistré,

.- y exercer son activité économique de façon habituelle,

.- y exercer son activité de façon significative,

.- avoir satisfait à ses obligations fiscales déclaratives en France, c'est-à-dire, soit avoir obtenu un numéro de TVA communautaire en France s'il est prestataire de services établi dans l'Union européenne, soit avoir procédé à la désignation de son représentant fiscal en France auprès d'un service local de la DGFIP,

.- avoir satisfait à ses obligations sociales déclaratives en France, c'est-à-dire, soit s'être immatriculé auprès du RSI, ou auprès de tout autre organisme de protection sociale compétent pour les non salariés, via le centre de formalités des entreprises (CFE) idoine, soit être en possession d'un certificat de détachement délivré par son institution de sécurité sociale dans l'Etat de résidence professionnelle.

***Nota***

*Lorsque le prestataire est établi dans un Etat tiers (hors UE, Espace économique européen et Suisse), il n'est pas toujours en capacité de présenter ce certificat de détachement :*

*.- soit parce qu'il réside dans un Etat qui n'a pas signé de convention bilatérale de sécurité sociale avec la France,*

*.- soit parce qu'il réside dans un Etat qui a signé une convention bilatérale de sécurité sociale avec la France, mais qui ne vise que les salariés détachés, pas les travailleurs indépendants*[286]*.*

*Dans ces 2 cas, le prestataire de services étranger doit s'immatriculer au RSI, à la CIPAV, à la MSA, à l'ENIM ou à tout autre organisme de protection sociale non salarié, via le CFE compétent, selon la nature de son activité.*

[286] La liste de ces Etats est disponible sur le site du CLEISS.

La requalification en salarié d'un prétendu statut de travailleur indépendant, dès lors qu'aucune apparence formelle déclarative ou autre atteste de cette qualité, ne suscite pas de difficulté. Sauf à ce que son donneur d'ordre démontre qu'il travaillait de façon autonome et indépendante, ce qui n'est pas nécessairement à l'avantage de ce donneur d'ordre puisqu'il reconnaît de ce fait qu'il recourt à une personne qui exerce du travail dissimulé.

**.b.2.** La seconde situation est celle plus habituellement rencontrée d'un salarié qui est employé sous l'apparence formelle d'un travailleur indépendant. Selon les circonstances, le salarié a pris le statut de travailleur indépendant, de façon plus ou moins volontaire, mais objectivement, il travaille dans le cadre d'une relation juridiquement subordonnée.

L'apparence du statut de travailleur indépendant pour un salarié prend des formes variées, voire sophistiquées, selon les secteurs d'activité, depuis l'auto-entrepreneur, le franchisé, le prestataire de services détaché, le contrat d'intégration dans l'agriculture, la société en participation et le gérant mandataire d'une SARL intégrée à un groupe hôtelier ou de commerce au détail non alimentaire.

La complexité du montage commercial imposé par le donneur d'ordre, s'il a pour objet notamment de dissuader les démarches de requalification, n'est jamais un obstacle juridique pour le juge, dès lors que le dossier est documenté et étayé.

Seuls les faits font le droit[287].

**.c.** La requalification de la situation apparente de travailleur indépendant s'effectue en démontrant que celui-ci n'exerce pas son activité professionnelle de façon libre et autonome pour le compte de son donneur d'ordre, mais qu'il travaille dans les mêmes conditions qu'un salarié. Son activité professionnelle n'est pas indépendante ; elle est subordonnée.

La requalification de pseudo travailleur indépendant en salarié ne se fait pas au regard des conditions d'exercice de la totalité de son activité professionnelle, mais dans le cadre de chacune des relations qu'il entretient avec ses différents donneurs d'ordre, lorsqu'il travaille pour plusieurs donneurs d'ordre[288]. L'action judiciaire en requalification, au pénal ou au civil, visera le ou les donneurs d'ordre impliqués.

Les dernières décisions de justice remarquables relatives à la requalification visent les travailleurs déployant leur activité professionnelle via une plateforme numérique .

Voir les deux articles de l'auteur :

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/plateforme-de-mise-en-relation-en-ligne-et-faux-auto-entrepreneurs

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/plateforme-de-mise-en-relation-en-ligne-et-faux-auto-entrepreneur-vtc

[287] Tiennot Grumbach, avocat.
[288] ***Voir infra p.313*** 5ème partie Jurisprudence.

A cet égard, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs censuré une disposition de la loi Mobilités du 24 décembre 2019 qui interdisait la requalification en salarié du travailleur mobile œuvrant pour le compte d'une plateforme numérique :

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/loi-mobilites-censure-du-conseil-constitutionnel-sur-l-interdiction-de-requalification-judiciaire

La subordination juridique du salarié au donneur d'ordre se caractérise par les éléments (non exhaustifs) suivants :

.- le donneur d'ordre a contraint le salarié à prendre le statut de travailleur indépendant pour lui confier du travail ; le salarié n'était pas auparavant un travailleur indépendant. Prendre le statut de travailleur indépendant n'est pas le libre choix du salarié.

.- les conditions de travail imposées par son donneur d'ordre (horaires notamment) lui interdisent d'avoir sa propre clientèle,

.- son donneur d'ordre organise et encadre l'activité, détermine le mode opératoire, détermine les tâches à accomplir, lui donne les ordres, directives et instructions,

.- son donneur d'ordre fixe et contrôle ses horaires de travail, ses jours de repos ou de congés,

.- le salarié prétendu travailleur indépendant pointe ses heures de début et de fin de travail,

.- le salarié prétendu travailleur indépendant est formé par son donneur d'ordre au début de leur relation contractuelle,

.- le salarié prétendu travailleur indépendant est soumis à une période d'essai ou une période probatoire,

.- le salarié prétendu travailleur indépendant est soumis à des pénalités de même nature que des sanctions disciplinaires,

.- il est un ancien salarié du donneur d'ordre ; il continue de travailler dans les mêmes conditions.

.- le salarié prétendu travailleur indépendant n'a pas la libre disposition de son outil de travail ; l'outil de travail est fourni par le donneur d'ordre uniquement quand le donneur d'ordre le fait travailler pour son compte[289].

.- son donneur d'ordre lui impose d'utiliser un matériel ou un équipement d'un modèle ou d'une nature bien déterminé,

.- le donneur d'ordre valide a priori l'embauche de salarié par le prétendu travailleur indépendant, lorsque celui-ci est lui-même employeur,

.- le donneur d'ordre valide a priori les jours et les horaires d'ouverture à la clientèle, lorsque le prétendu travailleur indépendant gère une activité commerciale,

[289] Cas d'un pilote d'hélicoptère ou d'un moniteur de saut en parachute.

.- son donneur d'ordre dispose du matériel et des équipements, mais pas du personnel salarié[290],

.- le salarié prétendu travailleur indépendant travaille exclusivement pour le donneur d'ordre ; il ne dispose pas d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal.

.- le salarié prétendu travailleur indépendant apparaît dans l'organigramme de son donneur d'ordre au même titre que les salariés de celui-ci ; il est destinataire des notes de service que le donneur d'ordre adresse à son propre personnel et il doit participer aux réunions de service du donneur d'ordre,

.- le salarié prétendu travailleur indépendant rend compte au quotidien de son activité à son donneur d'ordre et lui en réfère chaque fois que nécessaire, (au besoin par des fiches imposées par le donneur d'ordre),

. le salarié prétendu travailleur indépendant qui travaille pour le compte d'une plateforme numérique se connecte à celle-ci par une application qui est dotée d'un système de géolocalisation qui suit son activité, comptabilise ses heures de travail et pénalise ou sanctionne son activité professionnelle et les revenus qu'il en tire,

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/plateforme-de-mise-en-relation-en-ligne-et-faux-auto-entrepreneurs

.- son donneur d'ordre lui fixe le prix de ses prestations et les délais de paiement, et non l'inverse,

.- en présence de plusieurs prétendus travailleurs indépendant travaillant pour le même donneur d'ordre, les contrats commerciaux sont rédigés en termes identiques (contrat type) et imposés; le prix et les délais de paiement sont identiques et imposés.

.- son donneur d'ordre lui établit ses factures,

.- le salarié prétendu travailleur indépendant effectue les mêmes tâches que les salariés de son donneur d'ordre,

.- son donneur d'ordre se réserve le droit de le révoquer à tout moment,

.- le salarié prétendu travailleur indépendant ne dispose pas d'un savoir faire différent du personnel de son donneur d'ordre,

.- les travaux et les tâches qui lui sont confiés ne sont pas précisément définis, notamment en l'absence de contrat commercial écrit,

.- des écrits contenant des mentions explicites (devis, contrats[291], factures, bons de commande, bons de travaux, ordres de services) font état d'un contrôle très poussé du donneur d'ordre sur l'activité du salarié prétendu travailleur indépendant,

.- le salarié prétendu travailleur indépendant a été recruté par voie d'annonces, voire via Pôle Emploi,

---

[290] Une entreprise de transport routier qui dispose de 10 camions mais d'aucun conducteur salarié.
[291] Par exemple, un document intitulé « Contrat de délégation de personnel ».

.- le client ignore que le travail est effectué par un travailleur indépendant sous-traitant,

.- le salarié prétendu travailleur indépendant se présente ou est présenté comme un salarié du donneur d'ordre.

Il est à noter que dans deux décisions récentes de la chambre sociale de la Cour de cassation[292], celle-ci a semblé accorder un intérêt déterminant au critère du service organisé, qui avait été relativisé par la décision Société Générale du 16 novembre 1996[293].

Ces différents éléments ne sont pas bien entendu cumulatifs. En fonction des conditions d'emploi du prétendu travailleur indépendant, seuls certains de ces éléments seront présents et suffiront à caractériser la relation de travail subordonnée devant le juge.

***Nota***

*Depuis la loi Madelin du 11 février 1994[294], le code du travail a été modifié à plusieurs reprises pour tenter d'encadrer[295] , voire de limiter, les requalifications prononcées par le juge et ainsi donner plus de sécurité juridique aux entreprises. A cet effet, a été introduite la notion de subordination juridique permanente. Les dernières modifications du code du travail, qui s'inspirent de la philosophie de la loi Madelin, sont codifiées aux articles L.8221-6 et L.8221-6-1 du code du travail qui posent une présomption de non salariat[296].*

*Ces modifications successives du code du travail tendant à créer une présomption de non salariat, qui se sont traduites par des formulations rédactionnelles plus ou moins différentes, n'ont jamais modifié la position de la Cour de cassation sur l'appréciation de la subordination juridique, que la relation de travail soit de courte durée ou non, que le prétendu travailleur indépendant soit établi en France ou à l'étranger ou que le prétendu travailleur indépendant exerce en entreprise individuelle ou en société.*

*Dans la même perspective, l'article 44 de la loi d'orientation des mobilités du 24 décembre 2019[297], dite loi LOM, offrait la possibilité aux responsables des plateformes numériques de mise en relation d'élaborer de façon unilatérale une chartre de responsabilité sociale relative aux conditions de d'emploi et de travail des travailleurs indépendants mobiles auxquels ils recourent, soit pour la conduite d'un véhicule de transport avec chauffeur, soit pour effectuer de la livraison de marchandises au moyen d'un véhicule à deux ou trois roues, motorisé ou non, charte dont le contenu ne permettait pas d'être invoqué pour requalifier en salarié un travailleur indépendant exerçant son activité professionnelle pour son compte.*

[292] Cass. soc n° 15-14267 du 1er mars 2017 MAJOR SERVICES ; cass. soc. n° 17-22670 du 28 novembre 2018 SAGEM.
[293] Cass. soc. n° 94-13187 du 13 novembre 1996 SOCIETE GENERALE.
[294] Articles 35, 49 et 50 de la loi° 94-126 du 11 février 1994 sur l'initiative et l'entreprise individuelle.
[295] Trois interventions législatives depuis la loi Madelin.
[296] Reprise à l'article L.311-11 du code de la sécurité sociale.
[297] Loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités.

*Dans sa décision du 20 décembre2019[298], le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition de l'article 44 de la loi LOM, considérant, au nom des principes généraux du droit du travail, qu'il relevait de la seule compétence du législateur de définir les éléments constitutifs du contrat de travail (et de la relation subordonnée) :*

*https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/loi-mobilites-censure-du-conseil-constitutionnel-sur-l-interdiction-de-requalification-judiciaire*

*Le législateur s'est donc heurté à deux reprises, soit au juge, soit au Conseil constitutionnel, pour limiter ou interdire la démarche de requalification d'un prétendu travailleur indépendant.*

*La décision du 28 novembre 2018 de la chambre sociale de la Cour de cassation reste d'actualité et conserve sa pertinence[299].*

*On notera enfin le statut de travailleur indépendant par détermination de la loi du vendeur-colporteur de presse dès que les conditions de l'article 11 de la loi du 18 octobre 2019 sont réunies[300].*

**Quel est l'impact des décisions C-620/15 A-Rosa du 27 avril 2017, C-359/16 Altun du 6 février 2018, C-370/17 et C-37/18 Vueling du 2 avril 2020 de la CJUE sur le constat d'une situation de travail dissimulé résultant d'une dissimulation d'emploi salarié par une entreprise française qui recourt à un prétendu prestataire de services travailleur indépendant?**

⇨ Dans ces décisions, la CJUE a confirmé que l'Etat d'accueil et d'emploi d'un salarié détaché, et donc les autorités françaises et le juge français, ne pouvaient pas remettre en cause la validité d'un certificat de détachement, qui dispense de payer les cotisations et contributions sociales en France. Seule l'institution de sécurité sociale qui a délivré le certificat de détachement est en droit de le retirer ou de l'invalider, à la demande des autorités de l'Etat d'accueil et d'emploi.

La CJUE ajoute que le juge de l'Etat d'accueil et d'emploi est tenu de s'assurer du respect de la procédure de demande de retrait ou d'invalidation de ce formulaire et de son réexamen dans un délai raisonnable par l'institution émettrice.

Tant que ce document n'a pas été retiré ou invalidé, il ne serait donc pas possible ni de constater l'infraction de travail dissimulé par défaut de déclarations sociales en relation avec une dissimulation d'emploi salarié, puisqu'elles ne sont pas obligatoires en France, ni, par suite, de réclamer le paiement des cotisations et contributions sociales.

---

[298] Décision n° 2019-794 DC du 20 décembre 2019.

[299] Cass. soc. n° 17-20079 du 28 novembre 2018 TAKE EAT EASY.

[300] Art. 11 de la loi n° 2019-1063 du 18 octobre 2019 relative à la modernisation de la distribution de la presse qui modifie l'article 22 de la loi n° 91-1 du 3 janvier 1991 tendant au développement de l'emploi par la formation dans les entreprises, l'aide à l'insertion sociale et professionnelle et l'aménagement du temps de travail.

⇨ Juridiquement, les décisions de la CJUE, c'est-à-dire de la justice communautaire, ne s'appliquent pas au certificat de détachement délivré par un Etat tiers, c'est-à-dire un Etat hors Union européenne (UE), hors Espace économique européen (EEE) et hors Suisse.

⇨ La différence essentielle entre ces décisions de la CJUE réside dans le fait que les arrêts Altun et Vueling laissent entrevoir la possibilité d'une neutralisation du certificat de détachement par l'Etat d'accueil et d'emploi lorsqu'en présence d'une fraude relative à l'obtention ou à l'utilisation du ce document l'Etat de délivrance du certificat de détachement a retiré ou invalidé ce formulaire ou n'a pas répondu à la demande de retrait ou d'invalidation dans un délai raisonnable.

Cette évolution de la position de la CJUE est à relativiser sensiblement dès lors qu'il suffit que l'Etat de délivrance du certificat de détachement refuse, dans le délai raisonnable et quelles soient l'évidence et la gravité de la fraude, de le retirer ou de l'invalider.

Le refus de retirer ou d'invalider un certificat de détachement est définitivement opposable à l'Etat d'accueil et d'emploi, puisque dans une autre décision Alpérind C-527/16 du 6 septembre 2018 la CJUE a décidé que l'Etat de délivrance du certificat de détachement n'était pas lié par les conclusions de la Commission administrative de coordination de sécurité sociale saisie d'un recours par l'Etat d'accueil et d'emploi contre cette décision de refus de retrait par l'Etat émetteur de ce formulaire.

Une condamnation pour travail dissimulé semble devenir impossible, dès lors que la prévention vise le seul défaut de déclarations sociales par dissimulation d'emploi salarié en France mentionné au 3° de l'article L.8221-5 du code du travail, sans viser le défaut de DPAE et/ ou le défaut de remise de bulletin de paie. Reste également possible une condamnation pour défaut de déclarations sociales, au titre de l'article L.8221-3 du code du travail.

⇨ A ce jour, on constate que :

.- la CJUE sacralise le certificat de détachement et la procédure de demande de retrait de ce formulaire, même si la jurisprudence communautaire ne vise expressément que le formulaire détenu par un prétendu salarié détaché, et non par un prétendu travailleur indépendant prestataire de services susceptible d'être requalifié en salarié,

.- la Cour de cassation fait une application stricte de la jurisprudence communautaire et censure les décisions de condamnation des cours d'appel qui s'affranchissent de cette jurisprudence,

.– aucune condamnation définitive pour travail dissimulé n'a été prononcée à la suite d'un retrait de certificat de détachement, puisqu'aucun retrait n'est intervenu dans le cadre d'une telle procédure.

⇨ Dans ce contexte, il convient de considérer sept arrêts récents de la Cour de cassation :

.- l'arrêt du 22 décembre 2017[301] de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation, l'arrêt du 9 mai 2018[302] de la 2ème chambre civile de la Cour de cassation et les deux arrêts du 18

[301] Cass. Ass. Plén. n° 13-25467 du 22 décembre 2017 A-ROSA.
[302] Cass. civ. 2 n° 16-25995 du 9 mai 2018 KRAKBAU.

septembre 2018[303] de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui ont censuré des décisions de cours d'appel qui avaient condamné des entreprises étrangères pour défaut de paiement de cotisations sociales en France dans le cadre d'une fraude à l'établissement ; décisions censurées en référence à l'arrêt A-Rosa de la CJUE puisque les certificats de détachement n'avaient pas fait l'objet d'une demande de retrait.

.- les deux arrêts des 20 décembre 2018[304] et 24 janvier 2019[305] de la 2ème chambre civile de la Cour de cassation qui ont censuré des décisions de cours d'appel ayant condamné des donneurs d'ordre, requalifiés en employeur de fait de prétendus salariés détachés dans des affaires de fausse prestation de services internationale, à payer des cotisations sociales ; décisions censurées en référence à l'arrêt A-Rosa de la CJUE puisque les certificats de détachement n'avaient pas fait l'objet d'une demande de retrait. Il est à noter que dans ces dossiers, les donneurs d'ordre avaient été cependant condamnés au pénal pour travail dissimulé, marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre.

.- l'arrêt du 7 mai 2019 de la chambre criminelle de la Cour de cassation[306] qui a censuré une décision de relaxe d'une cour d'appel au bénéfice d'une entreprise française poursuivie pour dissimulation d'emploi salarié de prétendus salariés détachés, notamment par défaut de déclarations sociales, au motif que le juge du fond n'a pas suffisamment recherché si les salariés ne se trouvaient pas dans un lien de subordination juridique avec cette entreprise, d'autant que ces salariés résidaient en France et y réalisaient la majeure partie de leur activité.

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/affiliation-a-l-etranger-et-certificat-de-detachement-frauduleux

Voir également :

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

### .B.2.1.4. Le non respect des présomptions de salariat

Les présomptions de salariat posées par la législation du travail facilitent la démarche de requalification en salarié, notamment lorsqu'il occupe un emploi d'artiste du spectacle vivant ou enregistré (article L.7121-3 du code du travail), de mannequin (article L.7123-3 du code du travail) ou de bûcheron, encore appelé travailleur forestier (article L.722-23 du code rural)[307].

La présomption de salariat dispense en effet de démontrer l'existence d'une subordination juridique. C'est d'ailleurs sa raison d'être.

---

[303] Cass. crim. n° 11-88040 du 18 septembre 2018 RYANAIR et Cass. crim. n° 13-88632 CITY JET.
[304] Cass. civ. 2 n° 17-21706 du 20 décembre 2018 STJ.
[305] Cass. civ. 2 n° 17-20191 du 24 janvier 2019 BATIVAL.
[306] Cass. crim. n° 17-86426 du 7 mai 2019 AUTOCAR J.
[307] Sont également concernés le journaliste, le porteur de presse et le VRP. Par ailleurs, l'ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015 relative au portage salarial confère le statut de salarié au travailleur porté ; a contrario, il n'est pas travailleur indépendant.

Il suffit de constater que la personne remplit les conditions objectives mentionnées dans les textes instituant ces présomptions, notamment celles relatives à la définition et à l'identification de son métier[308].

Un artiste de spectacle vivant ou enregistré, un mannequin ou un bûcheron ne peut donc être payé sur facture.

Chacune de ces trois présomptions de salariat peut cependant être levée et écartée, dans des conditions spécifiques prévues par la législation qui leur est applicable. Lever la présomption de salariat a pour effet de considérer comme travailleur indépendant celui qui exerce le métier visé par la présomption, et donc, de considérer comme un donneur d'ordre, et non un employeur, celui qui recourt à ses services ; ce qui modifie sensiblement les qualifications juridiques et les incriminations en présence de manquements à la loi.

Mais les présomptions de salariat permettent aussi de considérer que son bénéficiaire (artiste, mannequin, bûcheron) n'a pas la qualité de bénévole ou d'amateur (au sens usuel de ce terme) lorsqu'il exerce cette activité et que son emploi est dissimulé par celui qui recourt à ses services.

**.a. La levée de la présomption de salariat de l'artiste du spectacle vivant ou enregistré**

La présomption de salariat posée par l'article L.7121-3 du code du travail peut être levée pour deux catégories d'artiste, sous réserve qu'il ne soit pas mineur[309] :

.- **l'artiste établi en France** peut être considéré comme un travailleur indépendant lorsqu'il exerce son activité dans des conditions impliquant son inscription au registre du commerce. Cette rédaction sibylline du code du travail a donné lieu à très peu de jurisprudence, compte tenu du fait que la quasi-totalité des prestations artistiques, y compris pour les artistes de très grande notoriété, s'effectuent de façon naturelle et habituelle sous le régime social attractif du salariat[310].

En application de cette jurisprudence très circonscrite, l'artiste devient un travailleur indépendant dès lors qu'il justifie d'une indépendance scénique, technique et économique[311]. Le producteur, qui refuse le bénéfice de la présomption de salariat à un artiste pour le considérer comme un travailleur indépendant, devra la démontrer, avec justification de l'inscription au registre du commerce et production des factures. Le bien fondé de la neutralisation de la présomption de salariat s'apprécie pour chaque contrat de production, c'est-à-dire pour chaque spectacle ou chaque enregistrement.

.- **l'artiste établi dans un autre Etat de l'Union européenne (UE) ou de l'Espace économique européen (EEE),** en application de l'article L.7121-5 du code du travail. Pour respecter le principe de la libre prestation de services, la France a dû introduire dans le code du travail, à la demande de la Commission européenne, une seconde exception à la présomption de salariat de l'artiste. A cet effet, l'article L.7121-5 du code du travail permet au producteur,

[308] Par exemple, un disc jockey est-il un artiste ou un salarié de droit commun ; un sportif qui fait une publicité est-il toujours un sportif, un mannequin …ou un artiste ? etc…

[309] On conçoit mal qu'un mineur puisse être travailleur indépendant.

[310] Notamment parce qu'il entraînerait une rupture dans son régime d'indemnisation du chômage et de sa protection sociale de salarié et parce que la triple indépendance est assez rare.

[311] Cass. soc. n° 79-40201 du 8 juillet 1980 GROUPE ALPES.

ou à l'organisateur de la prestation artistique en France, d'écarter la présomption de salariat à l'égard d'un artiste qui justifie être établi en tant que travailleur indépendant pour exercer ce métier à titre habituel dans un de ces Etats.

La Cour de cassation fait une application stricte de cette exception à la présomption de salariat. Elle précise qu'il appartient au producteur du spectacle établi en France, (et non pas aux agents de contrôle habilités, aux organismes de recouvrement ou à l'artiste), d'apporter la preuve qu'il exerce son activité de façon habituelle en qualité de travailleur indépendant dans l'autre Etat de l'UE ou de l'EEE où il est établi.

Par ailleurs, il faut que le producteur prouve que cet artiste a accompli en France toutes les formalités déclaratives qui incombent à un prestataire de services et qui sont mentionnées ***(voir supra p.39).***

Dans les 3 affaires dans lesquelles s'est prononcée à ce jour la Cour de cassation, elle a refusé à chaque fois de faire application de cette dérogation à la présomption pour des artistes étrangers[312]. Elle a considéré que les artistes restaient couverts par la présomption de salariat et que les producteurs établis en France étaient leurs employeurs.

*A contrario*, cette exception à la présomption de salariat n'est pas applicable à l'artiste résidant en Suisse ou dans un Etat tiers.

***Nota***

*A supposer réunies les conditions posées par l'article L.7121-5 du code du travail, la requalification de l'artiste prestataire en salarié resterait cependant possible par la démonstration de droit commun de l'existence d'un lien de subordination juridique permanente, notamment si l'artiste se produit en France intégré dans une troupe ou un ensemble, comme l'un de ses membres, sans disposer d'une quelconque autonomie scénique ou artistique.*

La présomption de salariat n'est juridiquement applicable qu'entre un artiste et un entrepreneur de spectacle qui est en principe son employeur parce qu'il est le producteur du spectacle ; cette présomption de salariat n'interdit pas à l'artiste, employé indûment sous un statut de travailleur indépendant, de se considérer salarié d'une autre personne, par exemple d'un chef d'orchestre de grande notoriété.

Il appartient alors à l'artiste de prouver l'existence d'un lien de subordination juridique classique avec cette autre personne qui n'est pas le producteur[313].

[312] ***Voir infra p.313*** 5ème partie Jurisprudence.
[313] Cass. soc. n° 06-42773 du 19 décembre 2007 CLAYDERMAN.

**.b. La levée de la présomption de salariat du mannequin[314]**

.- Contrairement à l'artiste des spectacles vivants ou enregistrés qui est établi en France, le code du travail ne prévoit pas d'écarter la présomption de salariat du mannequin établi en France au motif qu'il réalise une prestation impliquant son inscription au registre du commerce. La présomption de salariat du mannequin est irréfragable à ce titre. Un mannequin ne peut être employé sous un statut de travailleur indépendant par un donneur d'ordre.

La requalification en salarié d'un emploi de mannequin exerçant à titre indépendant ne suscite donc pas de difficulté particulière.

.- A l'identique de l'artiste, et pour respecter le principe de la libre prestation de services communautaire, la France a introduit dans le code du travail une exception à la présomption de salariat, rédigée en termes strictement identiques. A cet effet, l'article L.7123-4-1 du code du travail permet d'écarter la présomption de salariat à l'égard d'un mannequin qui justifie être établi en tant que travailleur indépendant pour exercer ce métier à titre habituel dans un autre Etat de l'UE ou de l'EEE. Mais cette exception ne vaut qu'à l'égard de l'utilisateur direct du mannequin, mais pas à l'égard de l'agence de mannequins qui, par nature, ne place que des mannequins salariés ; elle ne vaut pas davantage à l'égard du mannequin mineur.

Il n'existe pas de jurisprudence relative à la portée de l'exception à la présomption de salariat posée par l'article L.7123-4-1 du code du travail. Cependant, la similitude de la rédaction des termes de l'article L.7123-4-1 avec l'article L.7121-5 qui vise l'artiste permet de penser que la Cour de cassation fera également une application stricte de cette exception à la présomption de salariat du mannequin, ainsi qu'elle le fait pour l'exception à la présomption de salariat de l'artiste. S'agissant de l'artiste, la Cour de cassation précise en effet qu'il appartient au producteur du spectacle, (et non pas aux agents de contrôle habilités, aux organismes de recouvrement ou à l'artiste), d'apporter la preuve qu'il exerce son activité de façon habituelle en qualité de travailleur indépendant dans le pays où il est établi.

Dans chacune des 3 affaires dans lesquelles s'est prononcée à ce jour la Cour de cassation, elle a refusé à chaque fois de faire application de cette dérogation à la présomption pour des artistes étrangers[315] Elle a considéré que les artistes restaient couverts par la présomption de salariat et que les producteurs établis en France étaient leurs employeurs.

Si on transpose cette jurisprudence au mannequinat, il appartient à l'utilisateur direct du mannequin d'apporter la preuve que celui-ci exerce ce métier à titre habituel en qualité de travailleur indépendant dans l'autre Etat de l'UE ou de l'EEE où il est établi. Par ailleurs, il faut que l'utilisateur prouve que ce mannequin a accompli en France toutes les formalités déclaratives qui incombent au prestataire de services étranger et qui sont mentionnées (**voir *supra p.40).***

[314] Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi des mannequins » 1ère édition Mars 2017, du même auteur.

[315] ***Voir infra p.313*** 5ème partie Jurisprudence.

*A contrario*, cette exception à la présomption de salariat n'est pas applicable au mannequin résidant en Suisse ou dans un Etat tiers. La présomption lui est opposable, ainsi qu'à l'utilisateur, sans réserve.

***Nota***

*A supposer réunies les conditions posées par l'article L.7123-4-1 du code du travail, la requalification du mannequin prestataire en salarié resterait cependant possible par la démonstration de droit commun de l'existence d'un lien de subordination juridique permanente.*

**.c. La levée de la présomption de salariat du bûcheron ou travailleur forestier**

La présomption de salariat du bûcheron ou travailleur forestier, prévue par l'article L.722-23 du code rural, obéit quant à elle à un troisième régime juridique, différent de ceux applicables à l'artiste et au mannequin.

La présomption de salariat, souvent réduite au métier de bûcheron, a une portée bien plus large. Elle vise en réalité tous les métiers relevant des travaux forestiers et qui sont mentionnés à l'article L.722-3 du code rural ; à ce titre, un élagueur, par exemple, relève de la présomption de salariat.

La présomption de salariat du bûcheron ou travailleur forestier prévue par le code rural a une force juridique plus forte que celle qui vise l'artiste et le mannequin.

**.c.1.** En effet, la présomption ne peut être levée que par une décision administrative ; par ailleurs, contrairement au code du travail, le code rural ne prévoit pas d'exception pour le bûcheron ou travailleur forestier qui serait établi à titre habituel et indépendant dans un autre Etat de l'UE ou de l'EEE, lorsque celui-ci intervient sur le territoire français. La présomption de salariat qui vise le métier de bûcheron est donc quasi irréfragable, tant qu'elle n'a pas été levée.

Le bûcheron ou travailleur forestier n'est pas un travailleur indépendant, mais un salarié, et celui pour le compte duquel il travaille n'est pas son donneur d'ordre, mais son employeur.

Le respect de cette présomption de salariat, qui est d'ordre public, n'est pas anodin car de très nombreux bûcherons ou travailleurs forestiers originaires des nouveaux Etats membres de l'Union européenne travaillent sur le territoire français.

Tant que le bûcheron n'a pas demandé et obtenu la levée de la présomption de salariat, il reste salarié, sans que son employeur puisse s'affranchir de cette qualité.

**.c.2).** La levée de la présomption de salariat**,** qui est demandée par le bûcheron ou travailleur forestier via sa caisse de MSA, a pour effet de transformer le statut de salarié du bûcheron ou travailleur forestier en statut de travailleur indépendant ; le bûcheron ou travailleur forestier est alors appelé un entrepreneur de travaux forestiers (ETF). Il est déclaré en tant que tel à la MSA.

La procédure de levée de la présomption de salariat, qui relève de la commission consultative régionale *ad hoc*, a pour objet de s'assurer que le bûcheron ou travailleur forestier dispose de la capacité, de l'expérience professionnelle et de l'autonomie pour exercer ce métier à titre indépendant[316].

Historiquement[317], la levée de la présomption de salariat a eu pour vocation de s'appliquer au bûcheron ou au travailleur forestier établi en France, quelle que soit sa nationalité. Ce n'est que de façon incidente que cette procédure peut théoriquement concerner le bûcheron ou travailleur forestier établi hors de France, puisque celui-ci relève de plein droit de l'article L.722-23 du code rural et de son décret d'application.

En effet, le bûcheron ou travailleur forestier doit notamment justifier de la possession de diplômes français.

La levée de la présomption de salariat se prouve par la présentation d'une attestation annuelle délivrée par la MSA. Dès lors que le bûcheron ou travailleur forestier ne produit pas l'attestation de levée de la présomption de salariat, il est salarié de celui qui lui fournit du travail. Il ne peut être considéré comme un travailleur indépendant.

***Nota***

***.1.*** *En application de la directive n°2006/123 du 12 décembre 2006, la France a dû modifier la procédure de levée de la présomption de salariat du bûcheron par un décret du 20 juin 2013. La commission régionale consultative a été supprimée et remplacée par un avis du DRAAF, transmis à la MSA qui instruit le dossier.*

*La directive du 12 décembre 2006, pas plus que le décret du 20 juin 2013 (ni a fortiori l'instruction technique du ministère de l'agriculture n° 2016-394 du 27 avril 2016), n'ont remis en cause ou atténué le principe de la présomption de salariat du bûcheron, qui relève de la seule compétence du législateur. Il n'existe pas en effet dans le code rural une disposition législative de même nature que l'article L.7121-5 pour l'artiste ou l'article L.7123-4-1 pour le mannequin.*

***.2.*** *A supposer que le bûcheron ait bénéficié de la levée de la présomption de salariat, sa requalification en salarié resterait cependant possible par la démonstration de droit commun de l'existence d'un lien de subordination juridique permanente.*

### .B.2.1.5. Le recours à un prétendu salarié détaché par une entreprise étrangère[318]

La fraude au prétendu détachement du salarié qui travaille sur le territoire français permet de le requalifier en salarié en emploi direct d'un employeur établi, légalement ou de fait sur le territoire français.

[316] Pour les conditions détaillées, voir l'article D.722.32 du code rural.

[317] A l'époque de la création de la présomption de salariat dans le code rural, le détachement de bûcherons ou travailleurs forestiers en France n'existait pas.

[318] Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » 5ème édition Juin 2021, du même auteur.

La distinction entre l'emploi détaché et l'emploi direct d'un salarié est fondamentale, eu égard aux multiples conséquences de la qualification de cet emploi en matière pénale et civile, et notamment pour les droits des victimes, c'est-à-dire le salarié lui-même et les organismes de recouvrement des cotisations sociales.

***Nota***

*Dans une décision de principe du 12 janvier 2021*[319]*, rendue après l'arrêt de la CJUE du 14 mai 2020*[320]*, la Cour de cassation juge que le droit communautaire relatif à l'opposabilité du certificat de détachement qui interdit de constater d'office l'infraction de travail dissimulé n'interdit pas de constater l'infraction de travail dissimulé sous ses autres modalités : par défaut d'immatriculation au RCS, au RM, par défaut de déclarations fiscales, par défaut de DPAE, par défaut de remise de bulletin de paie et par dissimulation d'heures de travail.*

*https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/condamnation-de-deux-donneurs-d-ordre-pour-recours-a-une-entreprise-de-travail-temporaire-etrangere-epr-de-flamanvile*

Le faux détachement d'un salarié sur le territoire français, et sa requalification en emploi direct et en dissimulation d'emploi salarié, résulte de plusieurs fraudes qui conduisent chacune à des analyses particulières.

**.a. L'employeur fait travailler le salarié dans le cadre d'une fraude à l'établissement en France**

La fraude à l'établissement, c'est-à-dire la non création et la non déclaration d'un établissement auprès du centre de formalités des entreprises (CFE), ou à l'avenir auprès du guichet unique électronique des entreprises[321], est constituée :

.- soit lorsque l'entreprise étrangère n'exerce pas son cœur de métier dans son Etat de domiciliation, c'est-à-dire dans l'Etat où elle a établi son siège social, c'est-à-dire qu'elle n'y exerce pas son activité à titre principal, prépondérant et significatif. Elle ne peut pas se prévaloir du régime de la prestation de services internationale.

Concrètement, l'entreprise dispose d'une simple adresse postale, ou ne réalise que des actes de gestion administrative relatifs à son cœur de métier, ou ne réalise même pas la moitié de son chiffre d'affaires dans cet Etat ou dispose de la majorité de ses clients dans un autre ou dans d'autres Etats[322].

.- soit lorsque l'entreprise étrangère exerce en France son activité économique sans limitation prévisible de durée, à l'identique de n'importe quelle entreprise établie en France[323] ;

[319] Cass. crim. n° 17-82553 du 12 janvier 2021 BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS ET AUTRES.
[320] CJUE C-17/19 du 14 mai 2020 BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS ET AUTRES.
[321] Art. 1 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, dite loi Pacte.
[322] Not. CJUE 35-70 du 17 décembre 1970 MANPOWER.
[323] Not. CJUE 187/96 du 5 octobre 1988 STEYMANN.

.- soit lorsque l'entreprise étrangère exerce une activité à caractère saisonnier (estival ou hivernal) sur le territoire français. En effet, l'exercice d'une activité économique saisonnière pratiquée sur le territoire français par un opérateur économique quelconque, fut-il établi à l'étranger, nécessite la création d'un établissement en France, ce qui exclut le recours à la prestation de services, sauf à traiter différemment[324] en raison de leur seule nationalité, deux opérateurs économiques qui exercent de façon identique sur le territoire français une même activité à caractère saisonnier.

.- soit lorsque l'entreprise étrangère déploie sur le territoire français une activité stable et continue[325]. La caractérisation d'une activité stable et continue se fait à partir d'un ensemble d'indices et d'indicateurs tels que :

⇨ l'ampleur et la quantification de la durée (plusieurs semaines, plusieurs mois, plusieurs années…),

⇨ la publicité et la recherche de clientèle, sous toutes ses formes. L'existence d'un site internet en français et dédié à des clients français potentiels démontre la volonté d'une activité économique durable et pérenne[326]. Un client suffit cependant pour caractériser l'établissement, dès lors que l'opérateur économique exécute plusieurs contrats successifs à son bénéfice[327].

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

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

⇨ le nombre de salariés affectés à cette activité,

⇨ la domiciliation des salariés, etc.

L'activité stable et continue sur le territoire français doit donner lieu à la création d'un établissement en France, même si cette activité ne représente qu'une partie (très) accessoire de son chiffre d'affaires ou du nombre de ses clients.

***Nota***

***.1.*** *L'existence d'une infrastructure en France pour réaliser l'activité économique n'est pas un élément déterminant à soi seul pour caractériser l'existence d'un établissement. En effet, la CJUE considère qu'une infrastructure peut être nécessaire pour réaliser une prestation de services (CJUE arrêt Gebhard précité). C'est d'ailleurs pour cette raison que la loi Macron[328] a fait disparaître, par une reformulation, de l'article L.1262-3 du code du travail la référence à l'existence d'une infrastructure sur le territoire français.*

[324] Sur le fondement de quels critères ?
[325] Not ; CJUE C-55/94 du 30 novembre 1994 GHEBHARD ; article L.1263-2 du code du travail.
[326] CJUE arrêt GHEBHARD précité ; arrêt C-215/01 du 11 décembre 2003 SCHNITZER.
[327] Cas d'une entreprise de travail temporaire (ETT) établie hors de France.
[328] Article 280 II 1° de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron.

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

***.2.** L'infrastructure confortant l'activité économique d'un établissement ne correspond pas nécessairement à des éléments volumineux, imposants, mobiliers ou immobiliers. La jurisprudence a considéré qu'une télécopieuse, un téléphone et du matériel informatique installés et utilisés à des fins professionnelles dans un appartement privé servant de domicile permettait de conforter l'existence d'un établissement[329]. La présence d'un interlocuteur permanent des clients de l'opérateur économique sur le territoire français, avec adresse, téléphone et télécopie, que ces clients contactent en tant que de besoin, constitue également une infrastructure.*

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

Dès lors que cette fraude à l'établissement est avérée, le salarié affecté à cette activité n'a pas la qualité de détaché ; il est salarié de cet établissement de fait qui lui fournit son travail, qui l'encadre et le dirige[330]. De façon, plus générale, la Cour de cassation considère que celui qui occupe un emploi nécessaire à l'activité économique de l'entreprise en est son salarié[331], d'autant que le lien de subordination juridique n'est pas contestable entre l'établissement de fait et le prétendu salarié détaché.

**.b. L'employeur détache le salarié depuis un Etat ou par son entreprise dans le(la)quel(le) il n'a jamais travaillé**

Cette pratique concerne deux types de fraude à l'emploi direct :

⇨ L'entreprise étrangère rattache de façon purement administrative, en établissant un contrat de travail local de complaisance, un salarié dans un Etat au faible taux de cotisations sociales et couvert par les textes communautaires de coordination de sécurité sociale ou par une convention bilatérale de sécurité sociale, juste avant de le détacher sur le territoire français, muni d'un certificat de détachement délivré par cet Etat. Le salarié n'a jamais travaillé dans cet Etat de rattachement fictif; il travaille en réalité dans un autre Etat, mais qui n'est pas couvert par les textes communautaires de coordination de sécurité sociale, ni par une convention bilatérale de sécurité sociale.

---

[329] ***Voir infra p.313*** 5ème partie Jurisprudence***.***

[330] Cass. crim. n° 11-88420 du 11 mars 2014 EASYJET; cass. crim n° 12-81421 du 11 mars 2014 VUELING.

[331] Cass. crim. n° 95-82686 du 23 juillet 1996 FLOCH.

Pour organiser cette fraude, l'entreprise dispose bien entendu dans cet Etat d'une domiciliation, assortie ou non, selon les cas, d'une activité significative dans ce même Etat. Mais n'ayant jamais exercé dans celui-ci, le salarié n'a pas non plus travaillé préalablement dans l'entreprise qui l'envoie en France. Cette pratique, qui ne peut pas s'analyser en du détachement pour cette raison, est notamment le fait d'entreprises de travail temporaire établies hors de France ou de groupes internationaux pour optimiser la gestion sociale de leurs salariés en mobilité.

⇨ L'entreprise étrangère, souvent une entreprise de travail temporaire, recrute un salarié qui réside et travaille habituellement en France et le fait travailler en France sous le régime du détachement.

Ces pratiques sont contraires à l'article 2. 1. de la directive du 16 décembre 1996 sur le détachement et à l'article L.1261-3 du code du travail qui exigent une antériorité d'emploi avant le détachement ce qui permet de dénier la qualité de salarié détaché.

Les opérations de rattachement fictif au régime de sécurité sociale d'un autre Etat ne devraient pas être en principe possibles puisqu'elles supposent que l'institution de sécurité sociale de cet Etat délivre au salarié un certificat nominatif de détachement. Or, ce salarié, par définition, n'y est pas connu, au moment de la délivrance de ce certificat, comme un travailleur cotisant et assuré social. Il n'a pas vocation à obtenir ce document. Pourtant, le certificat de détachement est cependant remis par l'institution de sécurité sociale de cet Etat[332] et permet ainsi à l'entreprise de ne pas payer de cotisations sociales en France.

Le comportement de l'institution de sécurité sociale est par ailleurs directement contraire au règlement communautaire de sécurité sociale 883/2004, appliqué à la lumière de la décision A2 du 12 juin 2009 de la commission administrative, qui ne permet pas de maintenir au régime de sécurité sociale de l'Etat d'envoi un salarié détaché dans un autre Etat qui n'aurait pas préalablement travaillé au moins un mois dans l'Etat d'envoi avant son détachement.

La jurisprudence française actuelle, qui sur ce point prend ses distances avec la position de la CJUE sur la mise en cause de la validité du certificat de détachement[333], considère que, dans cette situation, le salarié ne peut être détaché ni au sens du code du travail, ni au sens du code de la sécurité sociale. Il en résulte que l'article L.111-2-2 du code de la sécurité sociale est applicable et que les cotisations sociales sont dues en France[334].

Lorsque cette analyse est faite par la chambre criminelle de la Cour de cassation, ces faits reçoivent la qualification de travail dissimulé par défaut de déclarations sociales et par dissimulation d'emploi salarié.

---

[332] La délivrance complaisante du certificat de détachement permet à l'institution de sécurité sociale de recevoir les cotisations sociales relatives à l'emploi d'un assuré social qui ne travaille pas sur son territoire.

[333] CJCE C-202/97 du 10 février 2000 FITZWILLIAM; CJCE C-2/05 du 26 janvier 2006 HERBOSCH ; CJUE C-620/15 du 27 avril 2017 A-ROSA: le certificat de détachement ne peut être remis en cause et retiré que par l'institution de sécurité sociale qui l'a délivré.

[334] Cass. civ. 2 n° 05-21.596 du 5 avril 2007 Serrurerie OBJATOISE, cass. civ. 2 n° 07-11.096 du 20 mars 2008 ELMAT LIMITED; cass .crim. n° 11-82.949 du 14 février 2012 VINEXPERT.

**.c. L'employeur détache un salarié qui travaille habituellement en France**

Cette situation recouvre au moins deux formules de rattachement illicite à une autre législation que la législation française :

⇨ L'entreprise étrangère fait travailler en France un salarié qui y exerce exclusivement ou quasi exclusivement son activité professionnelle et qui y réside, sans effectuer la DPAE, sans lui remettre de bulletin de paie conforme au droit du travail français et sans y verser de cotisations sociales ; l'entreprise lui applique toute la législation de son Etat de domiciliation, commettant ainsi les infractions de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié et de travail dissimulé par dissimulation d'activité[335].

⇨ Le rattachement fictif d'un salarié travaillant en France à une entreprise établie dans un autre Etat dans laquelle et lequel il n'a jamais exercé d'activité professionnelle, tout en continuant de travailler en France ; ses cotisations ne sont plus versées en France, mais dans cet autre Etat. Ainsi qu'il existe des délocalisations fictives d'activités économiques hors de France, il existe également des délocalisations fictives de salarié à l'initiative de leur employeur, les salariés continuant à exercer leur activité professionnelle en France.

Concrètement, l'entreprise oblige le salarié à renoncer à son contrat de travail en cours et à signer un nouveau contrat de travail avec une entreprise établie à l'étranger qu'il ne connaît pas et qui le « détache en France ». La délocalisation du salarié se fait toujours dans un Etat dans lequel les cotisations sociales sont moins élevées. Dans certaines affaires, la délocalisation du salarié s'effectue auprès d'une entreprise de travail temporaire établie à l'étranger, qui le remet aussitôt à disposition auprès de son « ex » employeur.

Par ce jeu d'écritures, outre le fait que plus aucune cotisation n'est versée en France, le salarié est privé de la protection sociale française et du droit du travail français puisque son contrat de travail précise qu'il est soumis au droit social de l'Etat de domiciliation de son employeur formel.

Certaines de ces fraudes sont suggérées ou suscitées par des structures de défense des commerçants, des artisans ou des professions libérales.

Cette pratique caractérise les infractions de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié et de travail dissimulé par dissimulation d'activité.

***Nota***

***Quid de la portée de la condition d'emploi habituel dans l'Etat d'envoi, avant le détachement en France ?***

***.1.*** *La directive du 16 décembre 1996 stipule que le salarié détaché doit travailler habituellement dans l'Etat d'envoi; le code du travail précise que le salarié détaché doit travailler habituellement dans l'entreprise d'envoi. Cette transposition non conforme sur ce point de la directive peut fragiliser une procédure qui se fonde sur le code du travail.*

[335] Cass. crim. n° 17-80744 du 12 mars 2019 BANQUE SYZ et Co.

***.2.*** *Le non respect de la condition de travail habituel avant détachement, au sens de la directive ou du code du travail, ne tombe pas pour autant sous le coup d'une qualification pénale spécifique, si aucun autre manquement n'est constaté ; c'est interdit, mais non sanctionnable en tant que tel.*

***.3.*** *Il en va autrement du non respect du règlement communautaire de sécurité sociale 883/2004, appliqué à la lumière de la décision A2 du 12 juin 2009 de la commission administrative, qui ne permet pas de maintenir au régime de sécurité sociale de l'Etat d'envoi un salarié détaché dans un autre Etat qui n'aurait pas préalablement travaillé au moins un mois dans l'Etat d'envoi avant son détachement. Dès lors, l'entreprise étrangère employeur de ce salarié détaché en France sans cette antériorité d'emploi doit verser les cotisations sociales en France ; sinon, travail dissimulé par défaut de déclarations sociales.*

***.4.*** *En tout état de cause, l'antériorité de l'emploi habituel doit être démontrée et prouvée par l'entreprise étrangère pour valider cette condition substantielle.*

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

Cette fraude est sans doute la plus fréquente dans l'univers du détachement de salarié en France. Tant la directive 96/71, que le code du travail, précisent que le salarié détaché reste sous la subordination et l'autorité de son employeur établi à l'étranger[336]. Cette précision, qui va de soi, n'est pas inutile car elle rappelle fort opportunément que l'employeur réel du salarié, détaché ou non, est celui qui, sous son autorité, l'encadre et le dirige[337] ; l'employeur est aussi celui qui fournit le travail à réaliser.

Il existe une très abondante jurisprudence française qui atteste de la grande attention qui est portée à la recherche et à l'identification de l'employeur réel du salarié détaché, afin que cet employeur n'élude pas ses obligations sociales en France. Cette jurisprudence, essentielle pour lutter efficacement contre les fraudes au détachement du salarié, y compris pour les fraudes les plus complexes, tire toutes les conséquences, notamment en faisant application des textes relatifs à la lutte contre le travail illégal, du constat d'un transfert de la subordination juridique au profit d'un employeur établi en France, sous le couvert d'appellations et de montages divers destinés à maintenir l'apparence d'un détachement.

En l'occurrence, cette fraude à l'emploi direct de salarié, sous couvert de détachement, et constitutive de la dissimulation d'emploi salarié, se manifeste dans les quatre situations suivantes.

**.d.1. Le travail du salarié sous l'autorité et pour le compte d'un établissement français**

Le salarié qui travaille sous l'autorité et pour le compte d'un établissement français ne peut être considéré comme un détaché ; il est un salarié de cet établissement, en emploi direct.

[336] Cette exigence se retrouve dans le guide pratique UE du mois de mai 2010: législation applicable aux travailleurs dans l'UE, l'EEE et la Suisse.
[337] Cass. crim. n° 00-86.281 du 24 avril 2001 EITEL; cass.civ. 2 n° 06-21.089 du 20 décembre 2007 FOE.

Cette analyse vaut tant pour un établissement français qui est déjà immatriculé au RCS ou au R.M. que pour une fausse prestation de services internationale requalifiée en établissement par le juge[338].

Dans cette seconde hypothèse, la requalification du statut de l'activité économique de prestation de services internationale en établissement entraîne *de facto* la requalification du statut du salarié affecté à cette activité. Un établissement français ne peut donc pas faire travailler un salarié sous le statut de détaché.

La requalification du statut du salarié se fonde sur trois éléments déterminants qui résultent de la jurisprudence de la Cour de cassation: le fait que l'établissement français lui fournit son travail, le fait que cet établissement exerce la subordination juridique et le fait que la présence du salarié est nécessaire au fonctionnement de l'activité de l'établissement[339]. Aucun salarié travaillant dans ce cadre ne relève du statut du détachement ; il est nécessairement en emploi direct, quel que soit sa qualification ou son niveau hiérarchique.

### .d.2. Les opérations de fausse sous-traitance (*voir également infra p.147*)[340]

Les opérations de fausse sous-traitance, lorsqu'elles sont avérées dans le cadre transnational, présentent la particularité d'être à la fois une fraude à la nature de l'activité économique exercée sur le territoire français et une fraude au détachement du salarié. En effet, en application de la jurisprudence de la Cour de cassation, le donneur d'ordre et utilisateur du salarié prêté par l'entreprise sous-traitante est considéré comme l'employeur de fait de ce dernier, en raison du transfert de la subordination juridique, inhérente au prêt de personnel[341].

Le salarié n'est plus détaché par un employeur établi hors de France; il est employé directement par une entreprise française. Les premiers arrêts de la Cour de cassation relatifs aux fraudes transnationales ont d'abord visé cette fraude à l'emploi, via la fausse sous-traitance[342].

Une analyse identique vaut lorsque la fausse sous-traitance se traduit par le recours à un pseudo travailleur indépendant placé dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard du donneur d'ordre. Le travailleur indépendant n'est plus un prestataire intervenant en France sous le régime du détachement, mais un salarié de son donneur d'ordre français.

Appliquant la même analyse qu'à l'égard des relations entre entreprises françaises, la Cour de cassation a validé de nombreuses condamnations de cours d'appel intervenues dans des affaires de fausse prestation de services et portant sur les quatre incriminations majeures relevant de la sphère du travail illégal : le marchandage, le prêt illicite de personnel, le travail dissimulé et l'emploi de salarié étranger sans titre de travail[343].

---

[338] Cf affaires EASYJET, VUELING et RYANAIR.

[339] Dans le même sens, CJUE C-309-09 du 12 février 2011 VICOPLUS ***voir infra p.313*** 5ème partie Jurisprudence.

[340] Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance » 2ème édition Janvier 2020, du même auteur.

[341] Not. Cass. crim n° 05-80.833 du 31 janvier 2006 ABC.

[342] Premier arrêt rendu: Cass. crim. n° 95-80.772 du 16 janvier 1996 STIM.

[343] Not. Ccass. crim. n° 11-82952 du 22 février 2012 TIMLUX.

Dans ce contexte, il convient donc de considérer la décision du 7 mai 2019 de la chambre criminelle de la Cour de cassation[344] qui a cassé une décision de relaxe d'une cour d'appel, notamment d'une part, pour n'avoir pas suffisamment pris en compte tous les éléments du faisceau d'indices présents dans le dossier de nature à qualifier l'entreprise française d'employeur de fait et d'autre part, eu égard au fait que les salariés résidaient en France et exerçaient principalement leur activité en France, de ne pas avoir recherché s'ils ne devaient pas être affiliés au régime français de sécurité sociale.

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/affiliation-a-l-etranger-et-certificat-de-detachement-frauduleux

**.d.3. Le dévoiement de la mobilité internationale intra groupe du salarié (*voir également infra p.154)***

Cette fraude est en pleine expansion, compte tenu du très faible encadrement juridique de la mobilité internationale intragroupe. A l'origine, fort prisée des grands groupes internationaux, la mobilité intra groupe du salarié a suscité au fil du temps des effets d'aubaine, notamment dans des secteurs d'activités totalement étrangers à ces pratiques il y a encore quelques années. En effet, les quelques textes qui régissent la mobilité intragroupe sont muets sur le transfert de la subordination juridique du salarié en mobilité.

Or, le constat qui est fait dans les entreprises françaises qui accueillent des salariés détachés en mobilité intragroupe est le suivant :

- l'entreprise d'accueil leur fournit le travail,

- l'entreprise d'accueil les intègre dans son effectif et son organisation ; elle exerce sur eux l'autorité, leur donne directives et instructions,

- les emplois occupés par les salariés détachés en mobilité intragroupe sont nécessaires au fonctionnement de l'entreprise d'accueil; il s'agit d'emplois structurels.

En résumé, et en règle générale, les salariés détachés en mobilité intragroupe, quel que soit leur qualification ou leur niveau de rémunération, sont mis à la disposition de l'entreprise d'accueil qui les emploie comme son propre personnel, sous sa subordination juridique[345].

La mobilité internationale intragroupe n'est pas une prestation de services internationale et, encore moins, une opération de sous-traitance.

Ce constat et cette analyse sont renforcés lorsque l'entreprise d'accueil, parfois récemment créée, est une coquille (quasi) vide ou sans salarié de production, qu'elle prend des marchés sans avoir les moyens en personnel de les réaliser et qu'elle exécute en faisant travailler des salariés détachés en mobilité intragroupe qui sont mis à sa disposition par une autre société du groupe, domiciliée à l'étranger.

[344] Cass. crim. n° 17-86426 du 7 mai 2019 AUTOCARS J.

[345] Dans certains cas exceptionnels, des cadres supérieurs ou des experts de haut niveau, en mission d'audit, d'évaluation ou de contrôle de gestion, peuvent exercer leurs fonctions en France, en toute autonomie et en rapporter uniquement à l'entreprise étrangère du groupe qui les a missionnés.

Bien entendu, tous les salariés détachés en mobilité intragroupe possèdent des certificats de détachement, pour éviter au groupe de payer des cotisations sociales en France ; c'est d'ailleurs la raison d'être de ce montage.

La fraude est d'autant plus marquée que l'entreprise d'accueil en France pourrait juridiquement embaucher les salariés en mobilité intragroupe, ce qui n'est nullement son intention.

En rattachant indûment, à la fois au titre du droit du travail et au titre de la sécurité sociale, des salariés en mobilité internationale intragroupe au statut du détachement alors qu'ils travaillent sous leur subordination, les entreprises d'accueil en France échappent ainsi fort opportunément au paiement des cotisations sociales[346].

Dès lors que la mobilité internationale intragroupe se traduit par une mise à disposition du salarié, l'entreprise d'accueil, qui ne se comporte pas officiellement en employeur de ce salarié, commet les infractions suivantes :

- marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre, même si cette mise à disposition et cette mobilité se font sans facturation. La Cour de cassation considère en effet que le but lucratif de la mise à disposition est établi dès lors que l'entreprise utilisatrice, c'est-à-dire l'entreprise d'accueil, ne supporte pas les salaires et les charges sociales ou que l'entreprise utilisatrice bénéficie d'une souplesse dans sa gestion. Par ailleurs, le préjudice pour le salarié ou le non respect des lois sociales françaises est évident.

- travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, sous ses trois modalités,

- emploi de salarié étranger sans titre de travail, le cas échéant.

L'entreprise étrangère, qui appartient au groupe, commet pour sa part les infractions suivantes :

- marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre, même si cette mise à disposition et cette mobilité se font sans facturation,

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

- complicité d'emploi de salarié étranger sans titre de travail, le cas échéant.

Voir également les articles de l'auteur :

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/le-point-sur-la-mobilite-internationale-intragroupe-du-salarie

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

[346] Lorsque le salarié est envoyé en France depuis un autre Etat de l'Union européenne ou depuis un Etat qui a conclu avec la France une convention bilatérale de sécurité sociale.

**.e. Les fraudes aux présomptions de salariat (*voir supra p.130*)**

Les présomptions de salariat posées par la législation du travail (artiste, mannequin, bûcheron, notamment) s'imposent à tout employeur, établi en France ou à l'étranger.

Ainsi, un utilisateur établi en France ne peut faire venir de l'étranger un mannequin ou un bûcheron qu'il va faire travailler sous un statut de travailleur indépendant prestataire détaché. De même, un producteur de spectacles établi à l'étranger n'est pas autorisé à employer en France des artistes sous un statut de travailleur indépendant prestataire détaché ou de fonctionnaire.

A défaut, la dissimulation d'emploi salarié est avérée.

Le code du travail prévoit cependant une dérogation à ces présomptions de salariat pour l'artiste et pour le mannequin qui résident et travaillent habituellement hors de France. Lorsque les conditions de cette dérogation sont réunies, l'artiste ou le mannequin est considéré, non plus comme un salarié, mais comme un travailleur indépendant prestataire.

Ces dérogations ne sont possibles que pour l'artiste et le mannequin qui résident et travaillent dans un autre Etat de l'Union européenne (UE) ou de l'espace économique européen (EEE). Il n'existe pas de dérogation à l'égard du bûcheron résidant et travaillant hors de France, qui est nécessairement un salarié, tant que sa présomption de salariat n'a pas été levée.

**.e.1. La dérogation à la présomption de salariat de l'artiste**

L'article L.7121-5 du code du travail permet au producteur, ou à l'organisateur de la prestation artistique en France, d'écarter la présomption de salariat à l'égard d'un artiste qui justifie être établi en tant que travailleur indépendant pour exercer ce métier à titre habituel dans un autre Etat de l'UE ou de l'EEE.

La Cour de cassation fait une application stricte de cette exception à la présomption de salariat. Elle précise qu'il appartient au producteur du spectacle, (et non pas aux agents de contrôle habilités, aux organismes de recouvrement ou à l'artiste), d'apporter la preuve qu'il exerce son activité de façon habituelle en qualité de travailleur indépendant dans l'autre Etat de l'UE ou de l'EEE où il est établi.

Par ailleurs, il faut que le producteur prouve que cet artiste a accompli en France toutes les formalités déclaratives qui incombent à un prestataire de services étranger et qui sont mentionnées ***(voir supra p.39).***

Dans les 3 affaires dans lesquelles s'est prononcée à ce jour la Cour de cassation, elle a refusé à chaque fois de faire application de cette dérogation à la présomption pour des artistes étrangers[347]. Elle a considéré que les artistes restaient couverts par la présomption de salariat et que les producteurs établis en France étaient leurs employeurs.

*A contrario*, cette exception à la présomption de salariat n'est pas applicable à l'artiste résidant en Suisse ou dans un Etat tiers.

[347] ***Voir infra p.313*** 5ème partie Jurisprudence.

***Nota***

*A supposer réunies les conditions posées par l'article L.7121-5 du code du travail, la requalification de l'artiste prestataire en salarié resterait cependant possible par la démonstration de droit commun de l'existence d'un lien de subordination juridique permanente, notamment si l'artiste se produit en France, intégré dans une troupe ou un ensemble, comme l'un de ses membres, sans disposer d'une quelconque autonomie scénique ou artistique.*

### .e.2. La dérogation à la présomption de salariat du mannequin[348]

A l'identique de l'artiste, l'article L.7123-4-1 du code du travail permet d'écarter la présomption de salariat à l'égard d'un mannequin qui justifie être établi en tant que travailleur indépendant pour exercer ce métier à titre habituel dans un autre Etat de l'UE ou de l'EEE. Mais cette exception ne vaut qu'à l'égard de l'utilisateur direct du mannequin, mais pas à l'égard de l'agence de mannequins qui, par nature, ne place que des mannequins salariés ; elle ne vaut pas davantage à l'égard du mannequin mineur.

Il n'existe pas de jurisprudence relative à la portée de l'exception à la présomption de salariat posée par l'article L.7123-4-1 du code du travail. Cependant, la similitude de la rédaction des termes de l'article L.7123-4-1 avec l'article L.7121-5 qui vise l'artiste permet de penser que la Cour de cassation fera également une application stricte de cette exception à la présomption de salariat du mannequin, ainsi qu'elle le fait pour l'exception à la présomption de salariat de l'artiste. S'agissant de l'artiste, la Cour de cassation précise en effet qu'il appartient au producteur du spectacle, (et non pas aux agents de contrôle habilités, aux organismes de recouvrement ou à l'artiste), d'apporter la preuve qu'il exerce son activité de façon habituelle en qualité de travailleur indépendant dans le pays où il est établi.

Dans chacune des 3 affaires dans lesquelles s'est prononcée à ce jour la Cour de cassation, elle a refusé à chaque fois de faire application de cette dérogation à la présomption pour des artistes étrangers[349] Elle a considéré que les artistes restaient couverts par la présomption de salariat et que les producteurs établis en France étaient leurs employeurs.

Si on transpose cette jurisprudence au mannequinat, il appartient à l'utilisateur direct du mannequin d'apporter la preuve que celui-ci exerce ce métier à titre habituel en qualité de travailleur indépendant dans l'autre Etat de l'UE ou de l'EEE où il est établi. Par ailleurs, il faut que l'utilisateur prouve que ce mannequin a accompli en France toutes les formalités déclaratives qui incombent au prestataire de services étranger et qui sont mentionnées ***(voir supra p.39).***

*A contrario*, cette exception à la présomption de salariat n'est pas applicable au mannequin résidant en Suisse ou dans un Etat tiers. La présomption lui est opposable, ainsi qu'à l'utilisateur, sans réserve.

---

[348] Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi des mannequins » 1ère édition Mars 2017, du même auteur.

[349] ***Voir infra p.313*** 5ème partie Jurisprudence.

***Nota***

*A supposer réunies les conditions posées par l'article L.7123-4-1 du code du travail, la requalification du mannequin prestataire en salarié resterait cependant possible par la démonstration de droit commun de l'existence d'un lien de subordination juridique permanente.*

### .B.2.2. La dissimulation d'emploi salarié par le biais d'une mise à disposition, illicite ou licite

Une autre forme de dissimulation d'emploi salarié résulte de différents montages commerciaux mis en place, dont le résultat final est de mettre à disposition un salarié qui va travailler pour le compte d'une entreprise et sous son autorité, mais qui ne reconnaît pas être son employeur, éludant ainsi ses obligations sociales.

Cette entreprise utilisatrice, employeur de fait, n'effectue pas la DPAE, ne verse pas le salaire, ne remet pas de bulletin de paie et ne paie pas les cotisations et contributions sociales.

Les montages commerciaux, dont l'objet est de fournir du personnel à une entreprise qui s'affranchit de ses obligations d'employeur, se sont amplifiés avec le développement de la libre prestation de services internationale.

La mise à disposition de salarié, à but lucratif ou sans but lucratif, fait l'objet d'une règlementation précise, en fonction de l'objet et de la nature de cette mise à disposition. Dès lors que la mise à disposition s'effectue en dehors de ce cadre règlementaire, la dissimulation d'emploi salarié est avérée.

Par ailleurs, une mise à disposition de salarié effectuée dans le respect de la loi peut cependant générer de la dissimulation d'emploi salarié.

Les nombreuses modalités de mise à disposition de salarié pouvant conduire à de la dissimulation d'emploi salarié sont susceptibles d'être classées en deux catégories :

.- celles qui s'effectuent par le biais de la fausse sous-traitance,

.- celles qui s'effectuent en dehors de la fausse sous-traitance.

***Nota***

***.1.*** *Le délit de dissimulation d'emploi salarié résultant d'une mise à disposition de salarié est très souvent généré par le délit de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre.*

*En effet, le marchandage et le prêt illicite de main-d'œuvre sont des mises à disposition illégale de salariés, entraînant le transfert de la subordination juridique vers l'entreprise qui va bénéficier de la mise à disposition. Le marchandage et le prêt illicite de main-d'œuvre résultent de la fausse sous-traitance et d'autres pratiques commerciales contraires à la loi.*

*Dès lors qu'existe du marchandage et/ou du prêt illicite de salarié ; la dissimulation d'emploi salarié est nécessairement constituée.*

***.2.*** *Mais à l'inverse, toute mise à disposition de salarié ne constitue pas du marchandage et/ou du prêt illicite de main-d'œuvre. Pour autant, cette mise à disposition peut s'analyser en de la dissimulation d'emploi salarié. En présence d'une mise à disposition de salarié, la constatation d'une opération de marchandage et/ou de prêt illicite n'est donc pas un préalable à la constatation d'une dissimulation d'emploi salarié.*

***.3.*** *Dès lors, la dissimulation d'emploi salarié résulte indifféremment d'une mise à disposition de salarié à but lucratif ou à but non lucratif.*

### B.2.2.1 La dissimulation d'emploi salarié par le biais d'une fausse sous-traitance[350]

La fausse sous-traitance, qui n'est pas en soi une infraction, désigne des pratiques commerciales d'entreprises qui visent, à titre principal, à s'affranchir de la qualité d'employeur et, qui par leurs mécanismes illicites, tombent sous le coup de la loi. Ces pratiques se traduisent, soit par des opérations d'intermédiation interdites de personnel, soit par le recours à du faux travail indépendant (***voir supra p.121).***

**.a.** La fausse sous-traitance, lorsqu'elle correspond à une opération d'intermédiation illicite, c'est-à-dire à une opération à but lucratif de mise à disposition illicite de salarié, caractérise en premier lieu du marchandage et du prêt illicite de main d'œuvre, en application directe du code du travail[351] ; en second lieu, elle caractérise de la dissimulation d'emploi salarié, en application de la jurisprudence de la Cour de cassation[352].

Le prêt illicite de main-d'œuvre à but lucratif consiste pour l'entreprise A, appelée le fournisseur ou sous-traitant, à mettre à la disposition de l'entreprise B, appelée l'utilisateur ou donneur d'ordre, un ou plusieurs de ses salariés, en dehors des cas prévus et autorisés par la loi, en faisant croire que l'entreprise A fournit une prestation technique globale clé en main à l'entreprise B. En réalité, l'entreprise A se limite à prêter du personnel à l'entreprise B qui va faire travailler ce personnel qui lui est prêté comme s'il s'agissait de ses propres salariés, en lui donnant du travail, en lui adressant ordres et directives et en contrôlant son activité.

---

[350] Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance 2ème édition Janvier 2020, du même auteur.

[351] Articles L.8231-1 et L.8241-1 du code du travail.

[352] Not. Cass. crim. n° 05-80833 du 31 janvier 2006 ABC.

Cette opération de fausse sous-traitance se traduit par un transfert de la subordination juridique de l'entreprise A vers l'entreprise B. La plupart du temps, cette opération donne lieu à une facturation par l'entreprise A et au paiement d'un prix par l'entreprise B, ce qui conforte son but lucratif.

**.b.** Les prêts de main-d'œuvre ou les mises à disposition de salarié à but lucratif sont interdits par la loi depuis 1848. A titre dérogatoire, et au fil du temps, des prêts de main-d'œuvre à but lucratif ont été autorisés par la législation du travail pour une liste limitative d'activités d'intermédiation effectuées:

⇨ par les entreprises de travail temporaire - articles L.1251-1 et suivants du code du travail,

⇨ par les agences de mannequins – articles L.7123-1 et suivants du code du travail,

⇨ dans le cadre d'un groupement d'employeurs – articles L.1253-1 et suivants du code du travail,

⇨ par une entreprise de travail à temps partagé – articles L.1252-1 et suivants du code du travail,

⇨ par une association de services à la personne – articles L.7232-1 et suivants du code du travail,

⇨ par une association intermédiaire – articles L.5132-7 et suivants du code du travail,

⇨ par une entreprise adaptée – articles L.5213-1 » et suivants du code du travail,

⇨ dans le cadre du portage salarial – articles L.1254-1 et suivants du code du travail,

⇨ en faveur des jeunes entreprises et des PME – article L.8241-3 du code du travail,

⇨ par les associations dénommées «Junior-Entreprises » – arrêté ministériel de la sécurité sociale du 20 juin 1988[353],

⇨ par les entreprises membres d'un pôle de compétitivité (article 47 de la loi n°2006-1770 du 30 décembre 2006)

⇨ par les associations ou les sociétés sportives – article 222-3 du code du sport,

⇨ les mises à disposition de salarié auprès d'organisation syndicale ou d'employeurs – articles L.2135-7 et L.2135-8 du code du travail.

Le prêt de main-d'œuvre et la mise à disposition de salarié effectués dans le cadre de l'un de ces dispositifs restent donc licites, même s'ils donnent lieu à facturation et à contrepartie financière. Le salarié mis à disposition dans le cadre de l'un de ces prêts de main-d'œuvre autorisés reste salarié de l'entreprise prêteuse et son emploi n'est pas juridiquement dissimulé par l'entreprise qui l'utilise. Il n'y a pas transfert de la subordination juridique lors de cette mise à disposition.

[353] Il s'agit davantage d'une tolérance administrative que d'une véritable dérogation au principe de l'interdiction du prêt de main d'œuvre à but lucratif, puisque l'activité des Junior Entreprises n'est autorisée par aucun texte législatif ; elle reste juridiquement très fragile.

L'activité de fausse sous-traitance, qui est une mise à disposition, ne relève pas de cette liste, impliquant dès lors le transfert de la subordination juridique vers l'entreprise utilisatrice.

**.c.** Les précisions apportées par la jurisprudence de la Cour de cassation sont essentielles pour faire la distinction entre une fausse sous-traitance caractérisant un prêt illicite de main-d'œuvre et une vraie sous-traitance[354].

Ainsi, selon cette jurisprudence, le prêt de main-d'œuvre est caractérisé, à titre principal, lorsque :

.- l'entreprise B fournit le travail au salarié de l'entreprise A,

.- l'entreprise B, notamment par son personnel d'encadrement, organise l'activité, détermine le mode opératoire, fixe les tâches à accomplir, donne les ordres, directives et instructions,

.- l'entreprise B fixe et contrôle les horaires de travail, les jours de repos ou de congés,

.- le salarié de l'entreprise A apparaît dans l'organigramme de l'entreprise B ; il est destinataire des notes de service que l'entreprise B adresse à son propre personnel et il participe aux réunions de services de l'entreprise B,

.- le salarié de l'entreprise A rend compte au quotidien de son activité à l'entreprise B et en réfère chaque fois que nécessaire,

.- le salarié de l'entreprise A n'a quasiment aucun contact à caractère professionnel avec son entreprise,

.- les tâches confiées au salarié de l'entreprise A relèvent de l'activité normale et habituelle de l'entreprise B,

.- le salarié prêté effectue les mêmes tâches que les salariés de l'entreprise B,

.- l'entreprise B choisit le salarié, le révoque ou demande à le remplacer,

.- le salarié de l'entreprise A ne dispose pas d'un savoir faire différent du personnel de l'entreprise B,

.- le salarié de l'entreprise A reçoit une formation de la part de l'entreprise B,

.- les travaux et les tâches confiés à l'entreprise A ne sont pas précisément définis, notamment en l'absence de contrat commercial écrit,

.- l'entreprise B demande au salarié d'accomplir des travaux et des tâches qui ne relèvent pas de son métier,

.- des écrits contenant des mentions explicites (devis, contrats[355], factures, bons de commande, bons de travaux, ordres de services) font état d'un prêt de main-d'œuvre ou de la mise à disposition du salarié.

---

[354] Voir le détail de cette jurisprudence ***infra p.313*** 5ème partie Jurisprudence.

***Nota***

*Ces différents éléments ne sont pas bien entendu cumulatifs. En fonction de la situation de travail contrôlée, seuls certains de ces éléments seront présents et suffiront à caractériser la fausse sous-traitance.*

*Mais tous les éléments présents doivent être mentionnés dans la procédure.*

**.d.** Outre le constat d'un transfert de la subordination juridique, le prêt de main-d'œuvre illicite caractérisant la fausse sous-traitance doit s'effectuer dans un but lucratif.

La preuve du but lucratif de l'opération est (très) simple à rapporter, compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation. La jurisprudence de la Cour de cassation s'explique notamment par le fait que le code du travail précise que l'opération de prêt de main-d'œuvre est à but lucratif, et non pas à caractère lucratif**.** Cette différence rédactionnelle, voulue par le législateur, est fondamentale. Il n'est donc pas nécessaire de démontrer l'existence d'un bénéficie, d'un profit ou d'une plus value financière pour l'entreprise A et/ou l'entreprise B.

La Cour de cassation considère que le but lucratif du prêt de main-d'œuvre ou de la mise à disposition d'un salarié est établi dès lors qu'un des éléments suivants existe ou est avéré[356] :

.- l'établissement d'une facturation, y compris à prix coûtant[357],

.- l'utilisateur facture des frais de gestion,

.- le paiement d'un prix, y compris à prix coûtant[358],

.- le versement d'une contrepartie financière, y compris à prix coûtant[359],

.- l'opération est effectuée à titre onéreux,

.- l'utilisateur ne supporte pas les salaires et les cotisations sociales,

.- l'utilisateur bénéficie d'une souplesse dans la gestion de son personnel,

.- un profit, un bénéfice ou un gain pour le fournisseur ou l'utilisateur de la main-d'œuvre.

Ces éléments sont alternatifs et non pas cumulatifs. Cependant, la coexistence de plusieurs de ces éléments dans une affaire doit être mentionnée, pour conforter le but (particulièrement) lucratif de l'opération.

Au regard de cette jurisprudence, il n'est donc pas juridiquement nécessaire de procéder à l'exercice, souvent fastidieux, de la comparaison du montant des bulletins de paie avec celui

---

[355] Par exemple, un document intitulé « Contrat de délégation de personnel ».
[356] ***Voir infra p.313*** 5ème partie Jurisprudence.
[357] Sauf respect de la loi Cherpion ***voir infra p.154.***
[358] Idem.
[359] Idem.

des factures, pour faire ressortir un différentiel positif sur les factures. Cependant, si le travail d'enquête fait apparaître un différentiel, il caractérise bien entendu le but lucratif.

Cet exercice et cette démonstration du différentiel sont davantage destinés à chiffrer l'ampleur de la fraude, ou le manque à gagner pour la sécurité sociale lorsque le fournisseur de la main-d'œuvre est une entreprise établie hors de France.

***Nota***

*Dans une affaire de fausse sous-traitance, l'incrimination de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié à l'égard de l'entreprise utilisatrice qui bénéficie de la mise à disposition du salarié est essentielle car ses conséquences sont bien plus importantes que celles attachées à l'infraction de marchandage et à l'infraction de prêt illicite de main-d'œuvre.*

*Notamment en raison du recouvrement auprès de l'entreprise B des cotisations sociales liées à l'emploi du salarié prêté et de l'action prud'homale que ce salarié peut engager à l'encontre de cette entreprise.*

*Cette incrimination trouve sa pleine utilité lorsque la fausse sous-traitance est internationale et que l'entreprise qui bénéficie de la mise à disposition est établie en France ; le certificat de détachement est non opposable et les cotisations et contributions sociales sont dues en France.*

### .B.2.2.2. La dissimulation d'emploi salarié en dehors de la fausse sous-traitance

Hormis les opérations de fausse sous-traitance, une entreprise peut faire travailler, en le dissimulant, un salarié dans trois autres situations de mise à disposition :

.- l'emploi d'un salarié qui lui est fourni par un intermédiaire non autorisé, dans le cadre d'un trafic de main-d'œuvre,

.- l'emploi d'un salarié qui lui est fourni par un intermédiaire autorisé, mais sans respecter le cadre juridique applicable à cette activité règlementée de mise à disposition,

.- l'emploi d'un salarié mis à sa disposition dans le cadre de la loi Cherpion.

.- l'emploi d'un salarié mis à disposition dans le cadre de toute autre mobilité.

A l'identique d'une fausse sous-traitance, la dissimulation d'emploi salarié par l'entreprise d'emploi du salarié résulte du fait, qu'exerçant la subordination juridique, elle devient l'employeur de fait de ce salarié.

**.a.** L'emploi d'un salarié qui est fourni par un intermédiaire non autorisé, dans le cadre d'un trafic de main-d'œuvre.

Divers intermédiaires (« particulier », société, association) démarchent les entreprises pour leur proposer de la main-d'œuvre, dans des conditions attractives, mais totalement illégales, puisque la fourniture de main d'œuvre à but lucratif est interdite en France. Officiellement, ces intermédiaires déclarent un objet social plus ou moins explicite ou crédible. Ils exercent de fait une activité assimilable à celle d'une entreprise de travail temporaire, mais sans en avoir le statut.

La libre prestation de services internationale a créé des effets d'aubaine en la matière, en utilisant l'argument d'une main-d'œuvre à bas coût en provenance des nouveaux Etats membres de l'Union européenne.

Dans ce montage commercial, l'intermédiaire reste l'employeur formel du salarié fourni.

Le recours à un salarié dans le cadre d'une opération d'intermédiation de cette nature constitue pour l'entreprise utilisatrice de la dissimulation d'emploi salarié, en sus du marchandage et/ou du prêt illicite de main-d'œuvre.

Dans un degré de fraude supplémentaire, l'intermédiaire peut fournir un prétendu travailleur indépendant, ce qui rend le trafic de main-d'œuvre plus élaboré, mais sans modifier les incriminations imputables à l'entreprise utilisatrice.

**.b.** L'emploi d'un salarié qui est fourni par un intermédiaire autorisé, mais sans respecter le cadre juridique applicable à cette activité règlementée.

De jurisprudence constante, il est acquis qu'une mise à disposition de salarié à but lucratif dans le cadre d'une activité autorisée, mais sans en respecter les règles, permet de la qualifier de marchandage et/ou de prêt illicite de main-d'œuvre ; il en est ainsi lorsque la mise à disposition d'un salarié intérimaire se fait en violation de la législation sur le travail temporaire[360] ou que la mise à disposition se fait en dehors de la législation sur les associations intermédiaires[361].

De même, et toujours en matière de mise à disposition d'un salarié intérimaire en dehors du cadre légal, la Cour de cassation considère que l'utilisateur devient l'employeur de fait de ce salarié et notamment commet le délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, ce délit s'évinçant de celui de marchandage et de celui de prêt illicite de main-d'œuvre[362].

***Nota***

*L'incrimination de dissimulation d'emploi salarié à l'encontre de l'utilisateur d'un salarié intérimaire mis à sa disposition en dehors des règles sur le travail temporaire trouve toute sa pertinence à s'appliquer lorsque l'entreprise de travail temporaire est établie hors de France.*

[360] Not. Cass. crim. n° 82-91726 du 22 mars 1983 SONOCAR ; cass. crim. n° 83-94718 du 23 octobre 1984 René X.
[361] Conseil Constitutionnel décision n° 94-357 DC du 25 janvier 1995 ; cass. crim. n° 99-82639 du 30 mai 2000.
[362] Cass. crim. n° 14-88194 du 10 mai 2016 ROCHEFOLLE L'OISEAU CONSTRUCTION.

*Le certificat de détachement est non opposable et les cotisations et contributions sociales sont dues en France par l'entreprise utilisatrice française, employeur de fait.*

**. c.** L'emploi d'un salarié mis à disposition dans le cadre de la loi Cherpion[363]

Les mises à disposition de salariés entre employeurs, hormis celles prévues au titre des activités règlementées autorisant cette activité (***voir supra p.149***) et hormis les règles des statuts des trois fonctions publiques, se font nécessairement dans le cadre de l'article 40 de la loi Cherpion, codifié aux articles L.8241-1 et L.8241-2 du code du travail.

Lorsque les conditions posées par la loi Cherpion sont respectées, la mise à disposition du salarié est en principe considérée licite, car elle est sans but lucratif.

***Nota***

*Contrairement à l'objectif du législateur la loi Cherpion n'a pas sécurisé la mise à disposition d'un salarié entre deux entreprises.*

*Non seulement la loi Cherpion n a pas d'impact de nature civile sur les effets du transfert de la subordination juridique vers l'entreprise d'accueil, mais, de surcroît, elle n'a aucune conséquence sur l'existence de l'infraction de marchandage mentionnée à l'article L.8231-1 du code du travail, puisque la loi Cherpion ne vise et ne « blanchit », sous condition, que la seule infraction de prêt illicite de main-d'œuvre mentionnée à l'article L.8241-1 du code du travail.*

*Un salarié mis à disposition dans le respect de la loi Cherpion peut donc cependant faire l'objet d'une opération de marchandage, contraire à l'article L.8231-1 du code du travail.*

*De ce fait, la mise à disposition du salarié dans le respect de la loi Cherpion reste illicite.*

Pour autant, l'absence de but lucratif ne valide pas *de facto* la mise à disposition amiable du salarié, notamment à l'égard de l'entreprise d'accueil du salarié. En effet, toute mise à disposition de salarié entre deux entreprises, qu'elle soit licite ou non, emporte des conséquences juridiques objectives sur le transfert du contrat de travail[364].

Le fait que le salarié soit mis à disposition d'une autre entreprise dans le cadre d'une mise à disposition a priori licite n'interdit pas de considérer pour autant que son emploi est dissimulé par l'entreprise d'accueil ; ce sont deux sujets juridiquement différents et étanches. Le transfert de la subordination juridique est seul déterminant.

En effet, l'article 40 de la loi Cherpion reste (volontairement ?) muet sur les effets de cette mise à disposition en ce qui concerne le transfert de la subordination juridique, dont la

[363] Article 40 de la loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels.
[364] Cass. soc. n° 14-14811du 23 mars 2016 CER/SNCF.

réalité n'est pas discutable dans le cadre de ces dispositions du code du travail. En effet l'entreprise d'accueil fournit le travail, encadre, dirige et exerce l'autorité.

L'alinéa 11 de l'article L.8241-2 du code du travail dispose que «pendant la période de prêt de main-d'œuvre, le contrat de travail qui lie le salarié à l'entreprise prêteuse n'est ni rompu ni suspendu », alors que le contrat est nécessairement suspendu puisqu'il n'est plus exécuté de part et d'autre.

Le sujet du transfert du contrat de travail et de la subordination juridique n'est pas anodin puisque la loi Cherpion autorise implicitement la mise à disposition d'un salarié dès le lendemain de son embauche et pour plusieurs années, voire à durée indéterminée[365].

Compte tenu du transfert du contrat de travail et de la subordination juridique vers l'entreprise d'accueil, le salarié « Cherpion » est un salarié dissimulé par cette entreprise, si celle-ci ne procède pas à la DPAE, ne lui remet pas de bulletin de salaire et ne verse pas les cotisations et contributions sociales aux organismes de protection sociale. L'entreprise d'accueil ne peut pas éluder sa qualité d'employeur, au seul motif que les dispositions de l'alinéa 6 de l'article L.8241-1 et l'article L.8241-2 du code du travail sont formellement respectées ; cette explication n'est pas suffisante pour faire échec à la jurisprudence de la Cour de cassation[366] et empêcher de la qualifier d'employeur.

**.d.** L'emploi d'un salarié mis à disposition dans le cadre de toute autre mobilité

Bien que les termes de la loi Cherpion soient impératifs, il existe de fait de nombreuses mises à disposition de salarié qui se font, de façon très hétérogènes, en dehors de ce cadre et qui relèvent ou non de la mobilité intragroupe.

Dès lors que cette mise à disposition s'accompagne d'un transfert de la subordination juridique vers l'entreprise d'accueil du salarié, elle devient l'employeur réel de ce salarié pendant toute la durée de la mise à disposition[367].

***Nota***

***Quid de l'impact des décisions C-620/15 A-Rosa du 27 avril 2017, C-359/16 Altun du 6 février 2018, C-370/17 et C-37/18 Vueling du 2 avril 2020 de la CJUE sur le constat d'une infraction de travail dissimulé résultant d'une dissimulation d'emploi sous un prétendu statut de salarié détaché, impliquant une entreprise étrangère et son donneur d'ordre en France ?***

⇨ *Dans ces décisions, la CJUE a confirmé que l'Etat d'accueil et d'emploi d'un salarié détaché, et donc les autorités françaises et le juge français, ne pouvaient pas remettre en cause la validité d'un certificat de détachement, qui dispense de payer les cotisations et contributions sociales en France. Seule l'institution de sécurité sociale qui a délivré le certificat de détachement est en droit de le retirer ou de l'invalider, à la demande des autorités de l'Etat d'accueil et*

[365] La loi Cherpion ne fixe aucune limite à la durée de la mise à disposition ; un salarié « Cherpion » peut même ne jamais travailler dans l'entreprise qui l'a formellement embauché.
[366] ***Voir infra p.313*** 5ème partie Jurisprudence.
[367] Not. Cass crim. n° 19-20582 du 16 juin 2021 Mc DONALD'S ; voir également ***infra p.313*** 5ème partie Jurisprudence.

*d'emploi.*

*La CJUE ajoute que le juge de l'Etat d'accueil et d'emploi est tenu de s'assurer du respect de la procédure de demande de retrait ou d'invalidation de ce formulaire et de son réexamen dans un délai raisonnable par l'institution émettrice.*

*Tant que ce document n'a pas été retiré ou invalidé, il ne serait donc pas possible ni de constater l'infraction de travail dissimulé par défaut de déclarations sociales puisqu'elles ne sont pas dues en France, ni, par suite, de réclamer le paiement des cotisations et contributions sociales.*

⇨ *Juridiquement, les décisions de la CJUE, c'est-à-dire de la justice communautaire, ne s'appliquent pas au certificat de détachement délivré par un Etat tiers, c'est-à-dire un Etat hors Union européenne (UE), hors Espace économique européen (EEE) et hors Suisse.*

⇨ *La différence essentielle entre ces décisions de la CJUE réside dans le fait que les arrêts Altun et Vueling laissent entrevoir la possibilité d'une neutralisation du certificat de détachement par l'Etat d'accueil et d'emploi lorsqu'en présence d'une fraude relative à l'obtention ou à l'utilisation du ce document l'Etat de délivrance du certificat de détachement a retiré ou invalidé ce formulaire ou n'a pas répondu à la demande de retrait dans un délai raisonnable.*

*Cette évolution de la position de la CJUE est à relativiser sensiblement dès lors qu'il suffit que l'Etat de délivrance du certificat de détachement refuse, dans le délai raisonnable et quelles soient l'évidence et la gravité de la fraude, de le retirer ou de l'invalider.*

*Le refus de retirer ou d'invalider un certificat de détachement est définitivement opposable à l'Etat d'accueil et d'emploi puisque dans une autre décision Alperind C-527/16 du 6 septembre 2018 la CJUE a décidé que l'Etat de délivrance du certificat de détachement n'était pas lié par les conclusions de la Commission administrative de coordination de sécurité sociale saisie d'un recours par l'Etat d'accueil et d'emploi contre cette décision de refus de retrait ou d'invalidation par l'Etat émetteur du formulaire.*

*Une condamnation pour travail dissimulé semble devenir impossible, dès lors que la prévention ne vise que le défaut de déclarations sociales par dissimulation d'emploi salarié en France mentionnée au 3) de l'article L.8221-5 du code du travail, sans viser le défaut de DPAE et/ou le défaut de remise de bulletin de paie. Reste cependant possible une condamnation pour défaut de déclarations sociales mentionnées à l'article L.8221-3 du code du travail.*

⇨ *A ce jour, on constate que*

*.- la CJUE sacralise le certificat de détachement et la procédure de demande de retrait de ce formulaire,*

*.- la Cour de cassation fait une application stricte de la jurisprudence communautaire et censure les décisions de condamnation des cours d'appel qui s'affranchissent de cette jurisprudence,*

*.– aucune condamnation définitive pour travail dissimulé n'a été prononcée à la suite d'un retrait de certificat de détachement, puisqu'aucun retrait n'est intervenu dans le cadre d'une telle procédure.*

⇨ *Dans ce contexte, il convient de considérer sept arrêts récents de la Cour de cassation :*

*.- l'arrêt du 22 décembre 2017*[368] *de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation, l'arrêt du 9 mai 2018*[369] *de la 2ème chambre civile de la Cour de cassation et les deux arrêts du 18 septembre 2018*[370] *de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui ont censuré des décisions de cours d'appel qui avaient condamné des entreprises étrangères pour défaut de paiement de cotisations sociales en France dans le cadre d'une fraude à l'établissement ; décisions censurées en référence à l'arrêt A-Rosa de la CJUE puisque les certificats de détachement n'avaient pas fait l'objet d'une demande de retrait.*

*.- les deux arrêts des 20 décembre 2018*[371] *et 24 janvier 2019*[372] *de la 2ème chambre civile de la Cour de cassation qui ont censuré des décisions de cours d'appel ayant condamné des donneurs d'ordre, requalifiés en employeur de fait de prétendus salariés détachés dans des affaires de fausse prestation de services internationale, à payer des cotisations sociales ; décisions censurées en référence à l'arrêt A-Rosa de la CJUE puisque les certificats de détachement n'avaient pas fait l'objet d'une demande de retrait. Il est à noter que dans ces dossiers, les donneurs d'ordre avaient été cependant condamnés au pénal pour travail dissimulé, marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre.*

*.- l'arrêt du 7 mai 2019 de la chambre criminelle de la Cour de cassation*[373] *qui a censuré une décision de relaxe d'une cour d'appel au bénéfice d'une entreprise française poursuivie pour dissimulation d'emploi salarié de prétendus salariés détachés, notamment par défaut de déclarations sociales, au motif que le juge du fond n'a pas suffisamment recherché si les salariés ne se trouvaient pas dans un lien de subordination juridique avec cette entreprise, d'autant que ces salariés résidaient en France et y réalisaient la majeure partie de leur activité.*

*https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/affiliation-a-l-etranger-et-certificat-de-detachement-frauduleux*

*Il semblerait donc, au regard de cette dernière décision, que les potentialités juridiques offertes par la jurisprudence française de requalification, en matière de fausse prestation de services internationale résultant d'une opération de mise à disposition, pour s'adresser à l'utilisateur français, véritable employeur, permettraient de contourner, dans ce cas de fraude, cette jurisprudence communautaire qui interdit au juge français d'apprécier d'office la validité du certificat de détachement.*

*Voir également :*

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

[368] Cass. Ass. Plén. n° 13-25467 du 22 décembre 2017 A-ROSA.
[369] Cass. civ. 2 n° 16-25995 du 9 mai 2018 KRAKBAU.
[370] Cass. crim. n° 11-88040 du 18 septembre 2018 RYANAIR et Cass. crim. n° 13-88632 CITY JET.
[371] Cass. civ. 2 n° 17-21706 du 20 décembre 2018 STJ.
[372] Cass. civ. 2 n° 17-20191 du 24 janvier 2019 BATIVAL.
[373] Cass. crim. n° 17-86426 du 7 mai 2019 AUTOCAR J.

## .II. Les personnes responsables et les qualifications[374]

Le travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié est un délit dont il convient de prouver le caractère intentionnel.

La lecture des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation se rapportant à ces affaires montre que ce sujet est assez peu évoqué et débattu, y compris dans des affaires importantes et de principe, telles que celles relatives à la fausse prestation de services internationale ; les discussions portent sur d'autres sujets.

Sans dénaturer la jurisprudence de la chambre criminelle, on peut écrire que l'intention de commettre l'infraction résulte de l'inexécution des formalités légales qui sont reconnues ou de la constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou règlementaire. L'élément moral se déduit très souvent de l'élément matériel.

*« Attendu que, pour retenir la culpabilité du prévenu du chef de travail dissimulé par absence de déclaration auprès des organismes de protection sociale et par non-remise des bulletins de paie, l'arrêt prononce par les motifs partiellement repris au moyen ;*

*Attendu qu'en l'état de ces énonciations, et dès lors que la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou règlementaire implique de la part de son auteur l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1er, du Code pénal, la cour d'appel a justifié sa décision »*[375]*.*

Pour autant, tous les éléments de fait décrivant et caractérisant les circonstances et les modalités de la dissimulation d'activité sont de nature à conforter le comportement intentionnel de la commission de cette infraction.

### .A. L'auteur du délit d'exercice d'un travail dissimulé

La personne auteur de la dissimulation d'emploi salarié est l'employeur de celui-ci, établi en France ou à l'étranger, c'est-à-dire une entreprise, en nom propre ou en société, une association, un particulier ou toute autre personne morale assujettie au code du travail.

L'employeur du salarié dissimulé est :

.- soit celui qui se reconnaît comme tel, sans contester sa qualité, ni celle de salarié de la personne qu'il fait travailler,

.- soit celui qui est l'employeur de fait, qui conteste sa qualité et/ou celle de salarié de la personne qu'il fait travailler, mais qui est requalifié par le juge.

Les principales catégories d'employeur de fait, requalifié, sont :

.- le bénéficiaire du travail d'un prétendu bénévole,

.- l'entreprise d'accueil d'un prétendu stagiaire,

.- le donneur d'ordre qui recourt à un prétendu travailleur indépendant,

---

[374] Voir également « Le Mode d'emploi pour la mise en cause du donneur d'ordre, du maître d'ouvrage et de tous autres dans le cadre du travail illégal et du dumping social » 3ème édition Juillet 2019, du même auteur.
[375] Cass. crim. n° 04-85558 du 2è septembre 2005 Jacques X.

.- l'établissement de fait sur le territoire français d'une entreprise étrangère,

.- l'entreprise utilisatrice d'un salarié mis à sa disposition dans le cadre d'une fausse sous-traitance,

.- l'entreprise utilisatrice d'un salarié mis à sa disposition en dehors du cadre légal de l'activité règlementée exercée,

.- l'entreprise utilisatrice d'un salarié mis à sa disposition, en dehors de toute activité règlementée.

**.B. Le dirigeant ou le gérant de fait**

**.B.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).

Le représentant légal peut ne pas être le véritable animateur et responsable de la structure impliquée, par le recours à la technique du dirigeant ou du gérant de fait.

La technique du dirigeant ou du gérant de fait permet au véritable 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 connivence[376], 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 » ou « l'homme ou la femme de paille »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.

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…ou quiconque.

**.B.2.** La technique du dirigeant ou du gérant de fait est régulièrement utilisée dans les affaires de travail dissimulé.

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 sociale[377] 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

[376] Accord ou connivence qui pourront donner lieu à une rémunération officielle ou occulte pour le service rendu au dirigeant de fait.

[377] Article 124 de la loi du n° 2011-1906 du 21 décembre 2011 de financement de la sécurité sociale pour 2012.

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.

**.B.3.** Les procédures relatives à des affaires de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié 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 cassation[378] illustrent la mise en cause du dirigeant ou du gérant de fait dans des affaires de travail dissimulé.

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[379], compte tenu du rôle joué par la personne impliquée.

**.B.4.** La mise en cause du dirigeant ou du gérant de fait intervient essentiellement à des fins pénales, pour obtenir sa condamnation en qualité de personne physique. Mais cette mise en cause[380] à des fins pénales peut avoir une incidence directe sur la mise en œuvre des sanctions administratives et civiles à l'égard de l'entité, personne physique ou personne morale, qui fait officiellement travailler du personnel salarié, mais en marge de la légalité.

Ainsi, la mise en cause pénale du dirigeant de fait pour dissimulation d'emploi salarié d'une association fonde la fermeture administrative temporaire de cette association par le préfet.

### .C. Le donneur d'ordre qui recourt directement au travail dissimulé

L'article L.8221-1 3° du code du travail interdit à quiconque de recourir directement à celui qui pratique du travail dissimulé. Ce « quiconque » qui recourt directement à du travail dissimulé est communément appelé le donneur d'ordre.

**.C.1.** 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.

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.

---

[378] ***Voir infra p. 313*** 5ème partie Jurisprudence.
[379] ***Voir infra p.163***.
[380] Rapport, procès-verbal ou condamnation.

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 et contracte directement pour réaliser un travail. Il cumule alors ces deux qualités.

Le terme de donneur d'ordre est parfois peu usité dans certains secteurs d'activité ; on lui préfère l'emploi d'une expression spécifique. Ainsi, dans le travail temporaire, le donneur est appelé l'utilisateur ; dans le mannequinat, le donneur d'ordre est appelé le client ou l'utilisateur; dans le spectacle, le donneur d'ordre est appelé le diffuseur ou l'organisateur.

Ces appellations n'ont aucune incidence sur la qualification et l'incrimination au titre du recours direct à du travail dissimulé.

**.C.2.** La mise en cause du donneur d'ordre est essentielle, lorsqu'elle est juridiquement possible, au titre de l'efficacité ou de l'effectivité de la lutte contre le travail dissimulé.

Le donneur peut être mis en cause, c'est-à-dire sanctionné ou actionné financièrement, sur le fondement de trois mécanismes distincts[381] :

.- au plan pénal, pour recours intentionnel à un opérateur économique, travailleur indépendant ou société ou association, qui pratique de la dissimulation d'emploi salarié,

.- au plan civil, par la mobilisation de la solidarité financière et des autres dispositifs de pénalités pécuniaires inscrits dans le code de la sécurité sociale,

.- au plan administratif, par la mise en œuvre de sanctions à la disposition de l'autorité administrative compétente, en raison de la nature de la sanction.

**.D. Le maître d'ouvrage qui recourt par personne interposée au travail dissimulé**

L'article L.8221-1 3° du code du travail interdit à quiconque de recourir, par personne interposée, à celui qui pratique du travail dissimulé. Cette rédaction de la loi[382] permet de mettre en cause toute autre personne, autre que le donneur d'ordre, qui recourt, c'est-à-dire qui bénéficie du travail dissimulé, notamment en présence d'une situation de sous-traitance.

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 réalisé[383]. 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.

---

[381] ***Voir infra p.169 e1 193.***

[382] La notion d'interposition de personne résulte de l'article 3 de la loi no 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.

[383] 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 maitrise d'œuvre privée.

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'ouvrage[384].

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 qui recourt par personne interposée au travail dissimulé**

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 obligations. Il se substitue donc en principe au maître d'ouvrage dans ses obligations légales, dans les limites du mandat qu'il a reçu[385].

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 1985[386]. 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, par application de l'article L.8221-3 3° du code du travail, qui interdit le recours au travail dissimulé par interposition de personne.

**.F. Les autres opérateurs économiques intervenant dans la chaîne de sous-traitance**

D'autres opérateurs économiques, différents du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage, intervenant dans une opération de sous-traitance sont susceptibles d'être mis en cause, pour recours par personne interposée, compte tenu de la rédaction très large de l'article L.8221-3 3° du code du travail.

Ainsi, une société du secteur du BTP, titulaire d'un marché de la part du maître d'ouvrage, sous-traite ce marché à une entreprise qui n'a pas d'effectif salarié ou un effectif notoirement insuffisant ou sans les qualifications professionnelles requises; ce sous-traitant recourt lui-même à un autre sous-traitant qui dissimule un ou plusieurs salariés. La société, titulaire du marché, qui n'est ni donneur d'ordre du sous-traitant de 2è rang, ni maître

[384] Un sous-traitant de 3ème rang qui sous-traite est un donneur d'ordre, mais pas un maître d'ouvrage.
[385] Par précaution, il conviendra parfois de demander le contrat de mandat pour connaître les missions précises confiées au maître d'ouvrage délégué.
[386] Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 précitée.

d'ouvrage, pourra voir sa responsabilité pénale engagée, compte tenu de la lecture que la chambre criminelle de la Cour de cassation fait de l'article L.8221-3 3° du code du travail[387].

En fonction du comportement, des diligences, et du niveau d'information de l'entreprise intermédiaire, le juge peut considérer que l'infraction de recours à du travail dissimulé par personne interposée est constituée.

**.G. Le complice**

Dans une affaire de travail dissimulé, la mise en cause d'une personne au titre de la complicité ne relève pas d'une disposition spécifique inscrite dans le code du travail ; elle ressort de l'application de droit commun du code pénal.

La complicité, telle que définie par l'article 121-7 du code pénal, est une incrimination qui trouve à s'appliquer de plein droit dans les affaires de travail dissimulé, puisqu'il s'agit d'un délit. 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 dissimulé, 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 :

⇨ le gestionnaire d'un centre commercial qui accepte sans vérification, et moyennant contrepartie financière, l'installation dans ses galeries d'exposants ou de vendeurs non inscrits au RCS,

⇨ le cabinet de conseil qui démarche des artisans ou des commerçants pour les inciter à se délocaliser hors de France, tout en continuant d'exercer leur activité sur le territoire français avec du personnel salarié,

⇨ le responsable d'une société de domiciliation héberge un opérateur économique étranger qui aurait dû s'établir en France (***voir supra p.47***),

⇨ le responsable d'une discothèque qui accepte qu'une même association de commerçants ou d'étudiants organise régulièrement dans ses locaux, et moyennant contrepartie financière, des défilés de mode,

⇨ un comptable qui transforme et mentionne sur les bulletins de paie des heures de travail en primes ou en frais de déplacement,

⇨ 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 société[388],

---

[387] Responsabilité confortée si, de surcroît, le sous-traitant de premier rang vient de se créer.
[388] Cass. crim. n° 00-83920 du 13 février 2001 SCI HAD.

⇨ une structure commerciale ou associative qui place des faux travailleurs indépendants dans une entreprise,

⇨ l'associé d'une entreprise non établie en France qui fournit à des entreprises françaises des prétendus salariés détachés dans le cadre de prétendues prestations de services internationales.

**.H. La personne qui blanchit le produit du travail dissimulé**

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 dissimulé, 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.

Quelques procédures relatives au travail dissimulé ont également retenu cette incrimination, y compris assortie d'une confiscation[389]. Celle-ci est imputable soit à l'auteur du travail dissimulé, soit à un tiers chargé de procéder au blanchiment de sommes d'argent provenant du travail dissimulé.

Bien que la détection d'une opération de blanchiment nécessite des investigations particulières, il ne faut pas négliger cet aspect du traitement du travail dissimulé qui vient conforter la sanction de cette délinquance par nature économique et financière et qui est lourdement réprimée par le code pénal[390].

**.I. 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.

---

[389] ***Voir infra p.313*** 5ème partie Jurisprudence.

[390] Dix ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende.

Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit.

Très rarement mentionnée dans les procédures de travail dissimulé, cette incrimination trouve pourtant à s'appliquer à l'égard de toute personne qui, par son comportement, commet cette infraction[391].

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 personnelle[392].

***Nota***

*Le recours à la notion de co-emploi est-il opérationnel pour incriminer au titre du travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié la seconde entreprise qui n'est pas l'employeur officiel du salarié?*

*La notion de co-emploi résulte initialement de l'arrêt de requalification de la chambre sociale de la Cour de cassation du 9 novembre 1978[393]. A ce jour, il n'existe pas de jurisprudence similaire provenant de la chambre criminelle.*

*La notion de co-emploi ne nécessite pas, par définition, la démonstration d'un lien de subordination juridique avec l'entreprise co-employeur.*

*Ainsi, outre les cas où le salarié se trouve en état de subordination juridique à l'égard de deux employeurs, la chambre sociale de la Cour de cassation reconnait le co-emploi lorsqu'est caractérisée la confusion d'intérêts, d'activité et de direction entre l'employeur, partie au contrat de travail, et une autre entité juridiquement distincte qualifiée de co-employeur.*

*Le co-employeur, lorsqu'il est reconnu par le juge social, doit assumer toutes les obligations lui incombant en sa qualité d'employeur.*

*La chambre sociale de la Cour de cassation fait une application assez restrictive de ces trois critères[394], ce qui fait du co-emploi une voie judiciaire étroite pour le salarié.*

*Bien qu'il n'existe pas de jurisprudence relative à une situation de co-emploi dans une affaire pénale de travail dissimulé, une telle jurisprudence présenterait un intérêt certain pour impliquer tous les responsables d'une dissimulation d'emploi salarié.*

[391] Cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende.
[392] Cass. crim. n° 09-85621 du 22 juin 2010 NULLE PART AILLEURS.
[393] Cass. soc. n° 77- 13723 du 9 novembre 1978 BOCQUET.
[394] Not. Cass. soc. n° 10-19776 du 24 juin 2014 GRES OCCITAN.

### .III. Les sanctions et les pénalités

Le constat d'une situation de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié permet la mise en cause possible de plusieurs personnes (***voir supra p.158***) dans des conditions différentes, qui varient en fonction de leur qualité de mis en cause.

Les sanctions et pénalités applicables en matière de travail dissimulé sont de nature pénale, de nature civile et financière et de nature administrative ; elles sont prévues par le code du travail, le code de la sécurité sociale et par le code pénal. La mise en œuvre de ces sanctions et pénalités ne se fait pas nécessairement sur le fondement d'un procès-verbal établi par un agent de contrôle habilité en matière de travail dissimulé (***voir infra p.298***); autrement dit, le constat d'une situation de travail dissimulé, déconnecté d'une procédure pénale soumise à l'appréciation du juge, suffit à faire application de certaines de ces sanctions et pénalités.

A l'origine de la lutte contre le travail dissimulé, cette délinquance était uniquement sanctionnée sous l'aspect pénal. Au fil du temps, le législateur a ajouté des sanctions civiles, financières et administratives qui complètent très utilement le traitement pénal, par des procédures autonomes, obéissant à leurs propres règles.

#### .A. Les sanctions pénales

**.A.1. Les sanctions pénales susceptibles d'être prononcées** dans une affaire de travail dissimulé sont nombreuses et variées. Elles s'appliquent indifféremment à l'employeur qui pratique de la dissimulation d'emploi salarié, à celui qui recourt, directement ou par personne interposée, à cet employeur, à celui qui fait de la publicité, ainsi qu'au complice de l'une de ces personnes.

Les sanctions pénales sont inscrites aux articles L.8224-1 et suivants du code du travail.

##### .A.1.1. A l'égard de la personne physique

⇨ un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 45 000 euros ;

⇨ le fait de dissimuler l'emploi d'un mineur soumis à l'obligation scolaire ou de recourir à un employeur qui dissimule cet emploi est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 euros ;

⇨ le fait de dissimuler l'emploi salarié de plusieurs personnes ou d'une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'employeur ou de recourir à cet employeur est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 euros ;

⇨ le fait d'exercer du travail dissimulé ou de recourir à du travail dissimulé en commettant les faits en bande organisée est puni de dix ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende ;

⇨ l'interdiction, soit d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, soit d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise

commerciale ou industrielle ou une société commerciale. Ces interdictions d'exercice peuvent être prononcées cumulativement.

⇨ l'exclusion des marchés publics pour une durée de cinq ans au plus ;

⇨ la peine de confiscation dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21 du code pénal ;

⇨ l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues à l'article 131-35 du code pénal. Lorsqu'une amende est prononcée, la juridiction peut ordonner que cette diffusion soit opérée, pour une durée maximale de deux ans, par les services du ministre chargé du travail sur un site internet dédié;

***Nota sur la liste noire des entreprises condamnées***

*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*[395] *permettant au juge de prononcer contre toute entreprise, établie ou non en France, condamnée pour des faits de travail illégal, dont le travail dissimulé, une peine complémentaire de diffusion de la condamnation pénale sur un site internet. Il ne s'agit donc pas d'une interdiction de contracter ou de soumissionner. Reste donc à savoir quel est l'effet recherché et utile de cette « liste noire ».*

*Le décret n° 2015-1327 du 21 octobre 2015 précise les modalités de mise en œuvre de cette peine complémentaire, via une publication sur le site internet dédié du ministère chargé du travail.*

*L'article 102 de la loi n°2018-771 du 5 septembre 2018, dite Avenir professionnel, a modifié les modalités de cette peine de publicité sur le site dédié, en la rendant obligatoire pour l'infraction de travail dissimulé, lorsque la dissimulation d'emploi salarié vise un mineur soumis à l'obligation scolaire, une personne en état de vulnérabilité ou de dépendance ou lorsque l'infraction de travail dissimulé ou de recours à travail dissimulé est commise en bande organisée, sous réserve que le juge ne se dispense, par décision motivée, de prononcer cette peine devenue accessoire.*

*Adresse du site internet :* https://liste-noire.travail-emploi.gouv.fr/index.html .

⇨ l'interdiction des droits civiques, civils et de famille.

En outre, lorsque l'auteur du travail dissimulé est un ressortissant étranger, il est passible d'une interdiction du territoire français qui peut être prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-30 du code pénal pour une durée de cinq ans au plus.

[395] Notamment au 4° de l'article L.8224-3 du code du travail.

**.A.1.2. A l'égard de la personne morale**

⇨ l'amende équivalente au quintuple de celle prévue pour la personne physique ;

⇨ la dissolution, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés ;

⇨ l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement l'activité professionnelle dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction de travail dissimulé a été commise ;

⇨ le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ;

⇨ la fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ; le prononcé de la peine complémentaire de fermeture provisoire d'établissement n'entraîne ni rupture, ni suspension du contrat de travail, ni aucun préjudice pécuniaire à l'encontre des salariés de l'établissement concerné.

⇨ l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ;

⇨ la peine de confiscation, dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21 du code pénal;

⇨ l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ; lorsqu'une amende est prononcée, la juridiction peut ordonner que la diffusion de la décision soit opérée, pour une durée maximale de deux ans, par les services du ministre chargé du travail sur un site internet dédié (***voir supra liste noire des entreprises condamnées***).

⇨ l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus de percevoir toute aide publique attribuée par l'Etat, les collectivités territoriales, leurs établissements ou leurs groupements ainsi que toute aide financière versée par une personne privée chargée d'une mission de service public.

**.A.2. La mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage**, pour recours direct ou recours par personne interposée, à des fins de sanctions pénales, nécessite de connaître la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation[396] qui précise très utilement la portée du 3° de l'article L.8221-1 du code du travail.

Cette jurisprudence concerne quasi exclusivement le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage professionnel ; très peu de décisions intéressent le particulier donneur d'ordre ou maître d'ouvrage.

[396] ***Voir infra p.313*** 5ème partie Jurisprudence.

### .A.2.1. Le donneur d'ordre

**A.2.1.1. Dans deux positions de principe**, la Cour de cassation précise le cadre juridique de la mise en cause pénale du donneur d'ordre pour recours à du travail dissimulé.

⇨ D'une part, 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 1997[397]. 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.

Ces diligences, qui par nature peuvent être diverses et variées en fonction de la nationalité de l'entreprise, de la nature de l'activité ou de la durée des relations commerciales, sont constatées et appréciées dans un premier temps par les services de contrôle ou de recouvrement, puis par le juge lorsqu'il reçoit leurs procédures[398].

⇨ D'autre part, tirant les conséquences de l'arrêt de la CJUE du 14 mai 2020[399], la Cour de cassation valide, dans une décision du 12 janvier 2021[400], la condamnation d'un donneur d'ordre pour recours à du travail dissimulé du fait d'une entreprise étrangère qui exerçait en France son activité, en fraude à l'établissement et en fraude au détachement.

La CJUE précise que sa jurisprudence relative à l'opposabilité du certificat de détachement dans l'Etat d'accueil et d'emploi, n'a d'effet qu'à l'égard de la législation de sécurité sociale et est sans incidence à l'égard d'autres législations, et notamment de la législation du travail.

Elle juge, en conséquence, que sa jurisprudence n'a pas d'impact sur l'obligation d'effectuer la DPAE, prévue par le code du travail.

---

[397] 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.
[398] Cass. crim. n° 03-87752 du 22 juin 2004 FOLYMODE.
[399] CJUE C.17/19 du 14 mai 2020 BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS ET AUTRES.
[400] Cass. crim. n° 17-82553 du 12 janvier 2021 BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS ET AUTRES.

A ce titre, la Cour de cassation confirme que l'entreprise étrangère aurait dû accomplir la DPAE pour les salariés qu'elle employait en France indûment sous le statut de détaché, sans qu'elle puisse invoquer la jurisprudence de la CJUE relative à l'opposabilité du certificat de détachement dans l'Etat d'accueil et d'emploi à l'égard des salariés qui possédaient ce document.

Informé par des agents de contrôle habilités de l'illégalité de l'intervention de l'entreprise étrangère, le donneur d'ordre n'avait pas fait les diligences nécessaires pour régulariser la situation et avait continué à recourir aux services de l'entreprise étrangère, ce qui caractérisait le recours au travail dissimulé.

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/condamnation-de-deux-donneurs-d-ordre-pour-recours-a-une-entreprise-de-travail-temporaire-etrangere-epr-de-flamanvile

**.A.2.1.2. 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 sociales[401],

.- le fait que ce sous-traitant dispose de faibles moyens[402],

.- le fait de ne pas lui avoir demandé tous les documents prévus dans le cadre de la solidarité financière[403],

.- 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 salarié[404].

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[405].

***Nota***

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

*.- 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),*

[401] Cass. crim n° 95-82009 du 11 mars 1997 SCA LA MOUTONADE.
[402] Cass. crim. n° 00-83920 du 13 février 2001 SCI HAD.
[403] Cass. crim n° 95-84204 du 21 janvier 1997 FRAIC'HEURE.
[404] Cass. crim. n° 14-85828 du 1er décembre 2015 ASM.
[405] Cass. crim. n° 01-80013 du 4 septembre 2001 EOLE.

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

*. - un donneur d'ordre qui fait appel à une entreprise établie à l'étranger, sans procéder à des vérifications particulières.*

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.2.1.3. Compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation,** les procédures visant le donneur d'ordre pour recours à du travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié 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, y compris durant la prestation,

.- la nature des vérifications qu'il a omis d'effectuer, notamment la justification de l'accomplissement de la DPAE,

.- 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 suffisantes[406],

.- si la relation commerciale était ponctuelle ou habituelle,

.- dans l'hypothèse du recours à un opérateur économique établi à l'étranger, les circonstances et les conditions de leur mise en relation.

***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.2.1.4. Et le particulier donneur d'ordre?

Le particulier qui recourt à une entreprise pour réaliser un travail (par exemple, à un artisan pour des travaux du bâtiment) 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 responsabilité[407]. Cette responsabilité sera notamment reconnue si le particulier exerce dans la vie civile un métier ou une profession impliquant

[406] 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.
[407] Voir not. Cass. crim. n° 10-80252 du 9 novembre 2010 VLADO.

une sensibilité ou une connaissance particulière de la loi[408]. 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.2.2. Le maître d'ouvrage

**.A.2.2.1. Le principe.** Le 3° de l'article L.8221-1 du code du travail interdit le recours intentionnel et *par personne interposée* à un opérateur économique 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 personne »* a été notamment introduite à cet effet dans le code du travail pour mettre cause le maître d'ouvrage.

Le maître d'ouvrage, qui n'a pas de relation contractuelle avec cet opérateur économique, qui est un sous-traitant au sens de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, bénéficie cependant au final des prestations réalisées par cet opérateur, 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 ce même opérateur, même s'il est un tiers à son égard, au regard du droit des contrats.

**.A.2.2.2. 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 travail[409]. 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, dans lesquelles le maître d'ouvrage aurait dû s'assurer des conditions d'exécution de son marché :

.- le maître d'ouvrage confie un travail à une entreprise principale qui ne dispose pas des moyens 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 adresse[410], et qui sous-traite,

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

.- le maître d'ouvrage confie un travail à une entreprise qui vient de se créer, avec un « RCS en cours » ou un « RM en cours » et qui sous-traite à une entreprise également en cours de création,

---

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

[409] Cass. crim n° 01-85601 du 3 avril 2002 COGEDIM TRADITION.

[410] ***Voir supra p.47*** La société de domiciliation.

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

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

.- le maître d'ouvrage contracte avec une entreprise étrangère qui l'a démarché et qui sous-traite elle-même à une autre entreprise étrangère,

.- 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.

En outre, 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 habilité[411].

### .A.2.2.3. Et le particulier maître d'ouvrage ?

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 traitées 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.

## .B. La solidarité financière

Par construction législative, la solidarité financière ne concerne que le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui recourt, directement ou par personne interposée, à un opérateur économique, établi en France ou à l'étranger[412], qui pratique du travail dissimulé.

La mise en cause financière du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage dans le cadre d'une affaire de travail dissimulé, initialement prévue par la loi du 11 juillet 1972[413], a été

[411] ***Voir infra p.180***.
[412] Cass. civ. 2 n° 19-14863 du 28 mai 2020 JAEN ET FILS.
[413] Loi n° 72-648 du 11 juillet 1972 définissant et sanctionnant le travail clandestin.

sensiblement redéfinie par la loi du 31 décembre 1991[414] et codifiée aux articles L.8222-1 et suivants du code du travail[415].

La finalité de la solidarité financière est de faire payer par le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage, les dettes fiscales[416] et sociales de celui auquel il recourt et qui pratique du travail dissimulé. La solidarité financière constitue, notamment avec la déclaration préalable à l'embauche, un outil structurant de lutte contre le travail dissimulé.

Le mécanisme de la solidarité financière a été jugé conforme par le Conseil constitutionnel, sous réserve que le donneur d'ordre condamné puisse se retourner contre son sous-traitant défaillant[417].

### .B.1. Les créanciers bénéficiaires de la solidarité financière

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

- ⇨ le salarié victime du travail dissimulé,
- ⇨ les organismes de recouvrement des cotisations et contributions sociales,
- ⇨ les services fiscaux et le Trésor public
- ⇨ les douanes (au titre des droits indirects[418]),
- ⇨ les personnes qui ont versé des aides publiques.

Les sommes réclamées au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage par chacun de ces créanciers 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 profession[419].

### .B.2. Le donneur d'ordre et la solidarité financière

#### .B.2.1. Les conditions d'application de la solidarité financière à l'égard du donneur d'ordre

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 :

---

[414] 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.
[415] Voir également la circulaire interministérielle DILTI du 31 décembre 2005 relative à la solidarité financière des donneurs d'ordre en matière de travail dissimulé.
[416] CE n° 386430 du 22février 2017 GECOP.
[417] Décision QPC n° 2015-479 du 31 juillet 2015 GECOP ; décision QPC n° 2019-796 du 5 juillet 2019 AUTOLILLE.
[418] Billetterie spectacles, taxes sur les alcools, TIPP…
[419] Cass. civ. 2 n° 13-15784 du 13 février 2014 ATH RENATO BENE.

**.2.1.** Le mécanisme « historique[420] » des articles L.8222-1 et suivants du code du travail qui prévoit plusieurs conditions cumulatives pour mettre en œuvre la solidarité financière[421]:

.- 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'ordre[422].

.- 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.

.- la situation de travail dissimulé est nécessairement constatée préalablement par un procès-verbal relevé par un des agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé, 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 2004[423]. 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 de toute action d'initiative contre le donneur d'ordre. Cette restriction, juridiquement injustifiée, apportée aux droits des créanciers n'a jamais été expliquée alors qu'elle affaiblit sensiblement 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 travail[424]. 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

[420] 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.

[421] 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.

[422] 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.

[423] Article71 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie.

[424] ***Voir infra p.371 et sq***. Annexes 1-1. à 1-5.

vérification partielle, ou un document de substitution autre que celui mentionné dans le code du travail, entraîne l'application de la solidarité financière[425].

.- 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 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 sincère[426].

***Nota***

***.1.*** *La Cour de cassation[427] considère que l'organisme de recouvrement des cotisations et contributions sociales est fondée à refuser de délivrer au cocontractant, aux fins de la remettre au donneur d'ordre, l'attestation d'obligations à jour ou compte à jour lorsqu'il n'est pas en règle avec ses déclaration sociales et le paiement de ses cotisations et contributions sociales.*

*Ce refus peut être contesté devant le juge des référés.*

***.2.*** *S'agissant des entreprises de travail temporaire, et en application de l'article L.253-15 al.2 du code de la sécurité sociale, l'attestation de compte à jour peut être refusée si elle ne dispose pas de la garantie financière prévue par l'article L.1251-49 du code du travail.*

**.2.2.** Le mécanisme spécifique aux marchés publics mentionné à l'article L.8222-6 du code du travail[428] 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 dissimulé 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.

---

[425] 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) ; CAA Versailles n° 19VE02009 du 8 juillet 2021 ALRICK.

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

[427] Cass. civ. 2 n° 16-11297 du 9 février 2017 SGC.

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

.- 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 d'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 insolvable ou est un opérateur économique établi à l'étranger venu 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.2.2. La mise en œuvre de la solidarité financière[429]

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 successive[430]. 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.

---

[429] 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.

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

***Nota***

***.1.*** *L'organisme de recouvrement qui met en œuvre la solidarité financière n'est pas tenu de communiquer d'office au donneur d'ordre le procès-verbal constatant le travail dissimulé exercé par son sous-traitant cocontractant*[431]*.*

*Mais il est tenu de communiquer ce procès-verbal si le donneur d'ordre lui en fait la demande*[432]*.*

*De même, l'organisme de recouvrement est tenu de produire ce procès-verbal lors du contentieux judiciaire, si le donneur d'ordre conteste son existence ou son contenu devant le juge*[433]*.*

***.2.*** *Dans un avis n° 418863 du 6 juin 2018, le Conseil d'Etat apporte des précisions sur la procédure de solidarité financière appliquée au recouvrement des impositions fiscales.*

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. En revanche, 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, à l'identique de la situation du maître d'ouvrage informé dans le cadre de l'article L.8222-5 du code du travail *(**voir supra p.173**).*

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 dues[434]. La prescription est celle de droit commun, sauf pour les organismes de sécurité sociale qui est portée de trois à cinq ans puisqu'il s'agit d'une affaire de travail dissimulé[435] ; ce délai est également porté à cinq ans pour les actions civiles en recouvrement et en exécution de la contrainte non contestée[436].

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/salaries-interimaires-detaches-benefice-de-la-solidarite-financiere-reconnu

### .B.2.3. 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

[431] Cass. civ. 2 n° 19-14863 du 28 mai 2020 JAEN ET FILS.
[432] Cass. civ. 2 n° 19-17601 du 8 avril 2021 URSSAF ALSACE.
[433] Idem.
[434] Tribunal d'instance, tribunal de grande instance, tribunal des affaires de sécurité sociale, conseil de prud'hommes.
[435] Article L.244-11 du code de la sécurité sociale (article 24 V de la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017).
[436] Article L.244-11 du code de la sécurité sociale (article 24 IV 1 de la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017).

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, en application des articles D.8222-4 et D.8222-6 du code du travail.

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 financière[437]. 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.

***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 cocontractant[438].*

*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 égard[439].*

### .B.3. Le maître d'ouvrage et la solidarité financière

Si la finalité de la solidarité financière du maître d'ouvrage est identique à celle opposable au donneur d'ordre, la solidarité financière du maître d'ouvrage couvre un champ bien plus large que celle du donneur d'ordre. 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.

#### .B.3.1. Les conditions d'application de la solidarité financière à l'égard du maître d'ouvrage

Deux mécanismes sont prévus par le code du travail.

---

[437] ***Voir infra p.371 et sq***. Annexes 1-1 à 1-5.

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

[439] Cass. civ. 2 n° 06-21961 du 17 janvier 2008 MORY-TEAM.

**.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'ordre[440].

.- 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 courrier[441] 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.

.- 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.

[440] 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.
[441] En LR/AR.

### .B.3.2. La mise en œuvre de la solidarité financière

La mise en œuvre de la solidarité financière du maître d'ouvrage suppose une double initiative d'un agent de contrôle habilité[442].

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 dues[443]. 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 dissimulé[444].

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 profession[445].

Par analogie avec la position de la Cour de cassation à l'égard du donneur d'ordre[446], 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.

### .B.3.3. 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

---

[442] L'initiative possible d'une organisation professionnelle ou syndicale ou des IRP est mentionnée dans la loi à titre symbolique.

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

[444] Article L.244-3 alinéa 1er 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).

[445] Cass. civ. 2 n° 13-15784 du 13 février 2014 ATH RENATO BENE.

[446] Cass. civ. 2 n° 06-21961 du 17 janvier 2008 MORY-TEAM.

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 droit[447].

***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 information[448].*

**.B.4. 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.

Par ailleurs, elle implique 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 (***voir infra p.299***).

***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 2éme 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,*

[447] ***Voir infra p.380 et sq.*** Annexes 2-1 à 2-3.
[448] ***Voir supra p.173 et sq.***

*.- 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 cassation*[449]*.*

### .C. Les sanctions et pénalités civiles

Les sanctions et pénalités civiles du travail dissimulé sont prévues par le code de la sécurité sociale. Les sanctions civiles s'appliquent à l'employeur, auteur de la dissimulation d'emploi salarié, ainsi qu'à son donneur d'ordre, voire au maître d'ouvrage.

La mise en œuvre de ces sanctions et pénalités sont à la disposition des organismes de protection sociale lésés, du régime général ou des régimes spéciaux, pour le régime de base et pour les régimes des caisses complémentaires.

#### .C.1. L'employeur qui pratique de la dissimulation d'emploi salarié

L'employeur, établi ou non en France, qui pratique de la dissimulation d'emploi salarié est redevable en premier lieu du paiement des cotisations et contributions sociales éludées, sur des bases majorées et forfaitaires. Il peut ensuite, s'il est établi en France, faire l'objet d'autres pénalités, en lien avec les mesures d'exonération ou d'abattement des cotisations et contributions sociales.

Dans tous les cas, l'organisme de recouvrement créancier dispose d'une procédure de saisie conservatoire pour garantir le paiement des sommes qui lui sont dues.

##### .C.1.1. L'employeur est établi en France

L'employeur établi en France qui pratique de la dissimulation d'emploi salarié s'expose aux sanctions et pénalités civiles suivantes.

**.1. Le recouvrement majoré des cotisations et contributions sociales éludées**

Les organismes de protection sociale sont habilités à recouvrer, auprès de tout employeur pratiquant de la dissimulation d'emploi salarié les cotisations et contributions éludées, avec le cas échéant les majorations et pénalités.

.- En application de l'article L.243-7-7 du code la sécurité sociale, le montant du redressement des cotisations et des contributions sociales est majoré de 25%, que la situation de travail soit découverte lors d'un contrôle sur place (article L.243-7 du code) ou matérialisée par un procès-verbal (article L.243-7-5 du code). Cette majoration du montant du redressement concerne le travail dissimulé par dissimulation d'activité (par exemple à l'égard d'un travailleur indépendant) et le travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié (l'employeur). Cette majoration de 25% est minorée de 10% si la personne procède au paiement intégral de toutes les sommes dues, dans les trente jours qui suivent la notification de la mise en demeure ou si la personne respecte l'échéancier qu'elle a présenté dans le

[449] Cass. soc. n° 04-10667 du 23 novembre 2005 URBAN.

même délai au directeur de l'organisme qui l'a validé ; cette minoration ne s'applique pas au constat de la réitération d'une situation de travail dissimulé.

Le redressement est majoré de 40% en présence de circonstances aggravantes dans le dossier de travail dissimulé (dissimulation d'emploi de plusieurs salariés, mineur soumis à l'obligation scolaire victime, abus de vulnérabilité ou travail dissimulé commis en bande organisée).

Les majorations de 25% et de 40% sont elles mêmes portées respectivement à 45% et à 65% lorsqu'est constatée, dans un délai de cinq ans, une réitération d'une situation de travail dissimulé.

En application de l'article L.244-11 du code de la sécurité sociale, l'action en recouvrement de ces sommes dues en raison du travail dissimulé, y compris celles relatives à l'assurance chômage, se prescrit dans les cinq ans, à condition qu'un procès-verbal ait été relevé[450] ; sinon la prescription de droit commun de trois ans s'applique.

Le recouvrement de ces sommes n'est pas cependant conditionné par l'existence préalable d'un procès-verbal relevant l'infraction de travail dissimulé ; ce sont les faits qui établissent l'élément matériel du délit de travail dissimulé qui constituent le fait générateur du versement des cotisations et des contributions[451].

En cas de constat d'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, le redressement a pour objet exclusif le recouvrement des cotisations afférentes à cet emploi, sans qu'il soit nécessaire d'établir l'intention frauduleuse de l'employeur[452].

.- En application de l'article L.242-1-2 du code de la sécurité sociale, le calcul des cotisations et contributions de sécurité sociale est effectué, sauf si le chiffrage au réel est possible[453], sur des rémunérations qui, sont, à défaut de preuve contraire en termes de durée effective d'emploi et de rémunération versée, évaluées forfaitairement à 25% du plafond annuel de la sécurité sociale en vigueur au moment du constat du délit de travail dissimulé ; le caractère frauduleux de la dissimulation d'emploi salarié n'est pas à démontrer[454].

Ces rémunérations sont réputées avoir été versées au cours du mois où le délit de travail dissimulé est constaté ; elles ne peuvent donner lieu à exonération ou réduction de cotisations sociales.

Pour faire obstacle à l'application de l'évaluation forfaitaire de la rémunération servant de base au calcul du redressement, l'employeur doit apporter la preuve non seulement de la durée réelle d'emploi du salarié dissimulé, mais encore du montant exact de la rémunération versée à ce dernier pendant cette période[455].

L'organisme de recouvrement dispose également de la faculté de procéder à une taxation forfaitaire, en application de l'article R.242-5 du code de la sécurité sociale, lorsque la

[450] Article 24 V de la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017.
[451] Cass. civ. 2 n° 12-26123 du 10 octobre 2013 ATOUT CŒUR.
[452] Cass. civ. 2 n° 14-21490 du 9 juillet 2015 EXECUTIVE TRAVEL.
[453] Vrais bulletins de paie, vrais horaires et comptabilisation des sommes correspondantes.
[454] Cass. civ. 2 n° 13-22943 du 9 octobre 2014 NORDCATH.
[455] Cass. civ. 2 n° 12-27513 du 19 décembre 2013 YI SHENG.

comptabilité de l'employeur ne permet pas d'établir le chiffre exact des rémunérations servant de base au calcul des cotisations dues.

Ce forfait est établi compte tenu des conventions collectives en vigueur ou, à défaut, des salaires pratiqués dans la profession ou la région considérée. La durée de l'emploi est déterminée d'après les déclarations des intéressés ou par tout autre moyen de preuve.

Cette taxation forfaitaire suppose d'avoir pu déterminer avec exactitude le volume d'heures de travail. A défaut de chiffrage au réel ou par taxation forfaitaire, le redressement forfaitaire de l'article L.242-1-2 du code de la sécurité sociale s'applique.

.- En cas de requalification d'un faux travailleur indépendant en salarié, qui est une forme particulière de la dissimulation d'emploi salarié, l'article L.8221-6 II du code du travail dispose que le donneur d'ordre condamné au pénal est tenu au paiement des cotisations calculées sur les sommes versées au titre de la période pour laquelle la dissimulation a été établie.

Par ailleurs, et en l'absence de toute condamnation pénale, la 2ème chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 24 mai 2017 précise que le recouvrement des cotisations et contributions sociales dues par l'employeur de fait d'un faux travailleur indépendant est possible pour toute la période correspondant à l'existence de la subordination juridique[456] (et dans la limite de la prescription de cinq ans).

Cette décision de la Cour de cassation, favorable à la lutte contre l'emploi de prétendus travailleurs indépendants, constitue un revirement remarquable de sa jurisprudence antérieure[457] qui interdisait aux organismes de recouvrement de réclamer, de façon rétroactive, au donneur d'ordre requalifié en employeur le paiement des cotisations éludées par le biais du recours à ce faux statut ; les cotisations et contributions n'étaient dues que pour la période de travail postérieure à la requalification de l'emploi.

***Nota***

*Le code de la sécurité sociale et le code rural contiennent des dispositions relatives à la reconstitution de la protection sociale en matière de droit à la retraite, qui intéressent particulièrement le salarié dissimulé.*

*L'article L.241-1-3 du code de la sécurité sociale, entré en vigueur le 1er janvier 2015[458], précise que lorsqu'un redressement de cotisations sociales a une incidence sur les droits de tout salarié en matière d'assurance vieillesse, les organismes chargés du recouvrement transmettent les informations utiles aux organismes gestionnaires pour rectifier ses droits.*

*En cas de constat de travail dissimulé, et s'il y a collusion entre l'employeur et le salarié, la rectification ne s'opère qu'à compter du redressement.*

[456] Cass. civ. 2 n° 15-28439 du 24 mai 2017 OMICRON.
[457] Cass. civ. 2 n° 04-30220 du 9 mars 2006 EXAPAQ.
[458] Article 91 de la loi n° 2014-1554 du 22 décembre 2014 de financement de la sécurité sociale pour 2015. Circulaire CNAV n° 2016-37 du 4 août 2016 relative au redressement de cotisations sociales suite à travail dissimulé.

*L'article L.725-12-2 du code rural prévoit la même disposition pour le salarié relevant du régime agricole.*

*Il n'existe pas d'information officielle sur le nombre de salariés qui ont bénéficié de cette disposition en 2015.*

**.2. Le refus des exonérations et des réductions de cotisations sociales**

En application de l'alinéa 1er de l'article L.133-4-2 du code de la sécurité sociale, les organismes de sécurité sociale sont habilités à refuser le bénéfice des exonérations et des réductions des cotisations et des contributions sociales à tout employeur qui ne respecte pas l'une des trois interdictions en matière de travail dissimulé posées par l'article L.8221-1 du code du travail.

Est donc visée la dissimulation d'emploi salarié, quelle que soit sa forme.

Le refus n'est pas conditionné par l'existence préalable d'un procès-verbal relevé à l'encontre de l'employeur ou d'une condamnation pénale de celui-ci.

**.3. L'annulation des exonérations et des réductions de cotisations sociales et sa modulation**

**.3.1.** En application des alinéas 2 et 3 de l'article L.133-4-2 du code de la sécurité sociale, les organismes de sécurité sociale sont habilités à procéder à l'annulation du bénéfice des exonérations et des réductions des cotisations et des contributions sociales accordées à tout employeur qui commet l'infraction de dissimulation d'emploi salarié.

Le code de la sécurité sociale dispose que, lorsque l'infraction définie aux articles L.8221-3 (dissimulation d'activité) et L.8221-5 (dissimulation d'emploi salarié) du code du travail est constatée par procès-verbal par un agent de contrôle habilité, l'organisme de recouvrement procède, dans la limite de la prescription de cinq ans applicable en matière de travail dissimulé, à l'annulation des réductions ou exonérations des cotisations ou contributions pratiquées au cours d'un mois civil, lorsque les rémunérations versées ou dues à un ou des salariés dissimulés au cours de ce mois sont au moins égales au Smic.

Lorsque les rémunérations dissimulées au cours du mois sont inférieures à la rémunération mensuelle minimale mentionnée au deuxième alinéa, l'annulation n'est pas totale, mais réduite à due proportion en appliquant aux réductions ou exonérations de cotisations ou contributions pratiquées un coefficient égal au rapport entre les rémunérations dues ou versées en contrepartie du travail dissimulé et la rémunération mensuelle minimale[459].

En application de l'article R.133-8 du code de la sécurité sociale[460], cette proportion est limitée au maximum à 10% des rémunérations versées au titre de la période d'emploi faisant l'objet du redressement pour les employeurs de moins de 20 salariés et de 5% dans les autres cas.

[459] Pour plus d'information, voir la circulaire DSS/5C/2006/304 du 6 juillet 2006.
[460] Décret n° 2019-1050 du 11 octobre 2019.

Pour procéder à l'annulation du bénéfice des exonérations et des réductions de cotisations sociales, un procès-verbal constatant l'infraction de travail dissimulé est donc nécessaire, contrairement à la décision de refus d'attribution de ces exonérations ou abattements.

**.3.2.** L'annulation des exonérations et des réductions de cotisations sociales peut faire l'objet d'une modulation[461], c'est-à-dire être partielle et non pas totale. La modulation s'applique à celui qui exerce du travail dissimulé, quelle que soit sa forme. La modulation doit être sollicitée par le cotisant, et sous réserve qu'une décision de justice définitive ne soit pas intervenue pour confirmer l'annulation.

La proportion des réductions et 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 % .

Cette modulation est cependant exclue lorsque la dissimulation d'emploi salarié concerne un mineur soumis à l'obligation scolaire ou une personne vulnérable ou dépendante; l'exclusion de la modulation n'est plus applicable à la commission de l'infraction de travail dissimulé en bande organisée.

Voir également l'article de l'auteur :

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/parution-du-decret-d-application-de-l-article-23-de-la-loi-du-22-decembre-2018-de-financement-de-la-securite-sociale-pour-2019

**.4. La saisie conservatoire**

En application de l'article L.133-1 du code de la sécurité sociale, issu de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2017[462], le directeur de l'organisme de recouvrement des cotisations et contributions sociales[463] peut procéder à l'égard de cet opérateur économique, sans solliciter l'autorisation du juge prévue au premier alinéa de l'article L.511-1 du code des procédures civiles d'exécution, à une ou plusieurs des mesures conservatoires mentionnées aux articles L.521-1 à L.533-1 du même code, dans la limite des montants de ces cotisations et contributions, sociales éludées, ainsi que des majorations, pénalités et remboursement des exonérations et des abattements dont il est redevable.

La procédure de saisie conservatoire nécessite l'établissement préalable d'un procès-verbal pour travail dissimulé, par l'un des agents de contrôle habilités (***voir infra p.298***), qui est ensuite transmis aux organismes de recouvrement créanciers, sur le fondement de l'article L.8271-6-4 du code du travail.

La procédure de saisie conservatoire permet de faire face à l'insolvabilité, organisée ou non, du débiteur, lorsque celui-ci n'est pas en mesure de présenter des garanties pour payer ses

[461] Article 23 de la loi n° 2018-1203 du 22 décembre 2018 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2019 et article 21 de la loi n° 2019-1446 du 24 décembre 2019 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2020.
[462] Article 24 V de la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017.
[463] Notamment RSI, MSA, ENIM, URSSAF et CGSS.

dettes sociales. Elle se substitue à la procédure de flagrance sociale, de création récente[464], mais qui n'a pas prospéré.

### .C.1.2. L'employeur n'est pas établi en France

Les sanctions prévues par le code de la sécurité sociale n'ont pas été manifestement conçues et rédigées pour être applicables à un employeur non établi en France, qui pratique du travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié sur le territoire français.

Cependant, rien ne s'oppose à ce que cet employeur, lorsqu'il est tenu de procéder à des déclarations sociales en France, et donc d'y verser des cotisations et des contributions sociales, fasse l'objet des procédures de recouvrement et des mesures de majoration ou de contrainte de droit commun.

Deux situations de dissimulation d'emploi salarié du fait d'une entreprise établie à l'étranger sont à distinguer.

**.C.1.2.1.** L'entreprise étrangère effectue une vraie prestation de services et détache du personnel salarié sur le territoire français en toute légalité, mais sans être en capacité de produire des certificats de détachement la dispensant de payer les cotisations et contributions sociales en France[465]. Les organismes de recouvrement disposent de leurs procédures et moyens de recouvrement de droit commun pour demander le paiement de ces sommes à cette entreprise étrangère défaillante.

**.C.1.2.2.** L'entreprise étrangère effectue une prestation ou détache du personnel salarié de façon illégale (fraude à l'établissement, fausse sous-traitance…). Les organismes de recouvrement sont désormais confrontés à la jurisprudence communautaire, reprise par la Cour de cassation, qui rend opposable le certificat de détachement, interdisant au juge français d'apprécier d'office la validité de ce formulaire et, le cas échéant, de l'écarter en présence d'une fraude à la prestation de services internationale et/ou au détachement.

**.1.** Quel est l'impact des décisions C-620/15 A-Rosa du 27 avril 2017, C-359/16 Altun du 6 février 2018, C-370/17 et C-37/18 Vueling du 2 avril 2020 de la CJUE sur le constat d'une situation de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié impliquant une entreprise étrangère et son donneur d'ordre établi en France ?

⇨ En présence de fraude à la loi ou d'abus de droit, les organismes de recouvrement sont fondés à s'adresser directement à l'employeur réel du prétendu salarié détaché muni d'un certificat de détachement qui, en fonction de la nature et des modalités de la fraude, est soit un établissement de fait sur le territoire français, soit le donneur d'ordre, soit l'entreprise utilisatrice ou l'entreprise d'accueil qui sont le véritable employeur de ce salarié (**voir p.115 et 201**).

⇨ Dans ces décisions, la CJUE a confirmé que l'Etat d'accueil et d'emploi d'un salarié détaché, et donc les autorités françaises et le juge français, ne pouvaient pas remettre en cause la validité d'un certificat de détachement, qui dispense de payer les cotisations et

[464] Article L.243-7-4 du code de la sécurité sociale. Voir le « Mode d'emploi des droits des victimes du travail illégal et du dumping social » 2ème édition Avril 2018 p.186, du même auteur.
[465] Par exemple, une entreprise biélorusse qui détache des salariés de nationalité biélorusse en France (hors UE ou EEE et pas de convention bilatérale de sécurité sociale).

contributions sociales en France. Seule l'institution de sécurité sociale qui a délivré le certificat de détachement est en droit de le retirer ou de l'invalider, à la demande des autorités de l'Etat d'accueil et d'emploi.

Dans l'arrêt Vueling, la CJUE ajoute que :

. le juge de l'Etat d'accueil et d'emploi est tenu de s'assurer du respect de la procédure de demande de retrait ou d'invalidation de ce formulaire et de son réexamen dans un délai raisonnable par l'institution émettrice,

.- une décision de justice rendue dans l'Etat d'accueil et d'emploi condamnant une entreprise du fait du non respect de ses obligations en matière de sécurité sociale dans cet Etat n'acquiert pas d'autorité de la chose jugée dès lors qu'elle a été rendue en violation du droit communautaire[466].

Tant que ce document n'a pas été retiré ou invalidé, il ne serait donc pas possible ni de constater l'infraction de travail dissimulé par défaut de déclarations sociales puisqu'elles ne sont pas obligatoires en France, ni, par suite, de réclamer le paiement des cotisations et contributions sociales.

⇨ Juridiquement, les décisions de la CJUE, c'est-à-dire de la justice communautaire, ne s'appliquent pas au certificat de détachement délivré par un Etat tiers, c'est-à-dire un Etat hors Union européenne (UE), hors Espace économique européen (EEE) et hors Suisse.

⇨ La différence essentielle entre ces décisions de la CJUE réside dans le fait que les arrêts Altun et Vueling laissent entrevoir la possibilité d'une neutralisation du certificat de détachement par l'Etat d'accueil et d'emploi lorsqu'en présence d'une fraude relative à l'obtention ou à l'utilisation du ce document l'Etat de délivrance du certificat de détachement a retiré ou invalidé ce formulaire ou n'a pas répondu à la demande de retrait ou d'invalidation dans un délai raisonnable.

Cette évolution de la position de la CJUE est à relativiser sensiblement dès lors qu'il suffit que l'Etat de délivrance du certificat de détachement refuse, dans le délai raisonnable et quelles soient l'évidence et la gravité de la fraude, de le retirer ou de l'invalider.

Le refus de retirer ou d'invalider un certificat de détachement est définitivement opposable à l'Etat d'accueil et d'emploi puisque dans une autre décision Alperind C-527/16 du 6 septembre 2018 la CJUE a décidé que l'Etat de délivrance du certificat de détachement n'était pas lié par les conclusions de la Commission administrative de coordination de sécurité sociale saisie d'un recours par l'Etat d'accueil et d'emploi contre cette décision de refus de retrait par l'Etat émetteur du formulaire.

Une condamnation pour travail dissimulé semble devenir impossible, dès lors que la prévention ne vise que le seul défaut de déclarations sociales par dissimulation d'emploi salarié en France mentionnée au 3° de l'article L.8221-5 du code du travail, à l'exclusion du défaut de DPAE et/ou du défaut de remise de bulletin de paie. Reste cependant possible,

[466] Dès lors, une décision pénale condamnant une entreprise étrangère pour travail dissimulé par défaut de déclaration sociale, sans avoir vérifié que la procédure de retrait du certificat de détachement a été respectée, ne peut être invoquée par un organisme de sécurité sociale pour asseoir une procédure de recouvrement de cotisations sociales.

selon la nature de la fraude, de mettre en cause soit l'entreprise étrangère au titre l'article L.8221-3 du code du travail, si une fraude à l'établissement impliquant une dissimulation d'emploi salarié avec défaut de déclarations sociales est constatée, soit l'employeur de fait du prétendu salarié détaché, établi en France.

⇨ A ce jour, on constate que :

.- la CJUE sacralise le certificat de détachement et la procédure de demande de retrait ou d'invalidation de ce formulaire,

.- la Cour de cassation fait une application stricte de la jurisprudence communautaire et censure les décisions de condamnation des cours d'appel qui s'affranchissent de cette jurisprudence,

.– aucune condamnation définitive pour travail dissimulé n'a été prononcée à la suite d'un retrait de certificat de détachement, puisqu'aucun retrait n'est intervenu dans le cadre d'une telle procédure.

⇨ Dans ce contexte, il convient de considérer sept arrêts récents de la Cour de cassation :

.- l'arrêt du 22 décembre 2017[467] de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation, l'arrêt du 9 mai 2018[468] de la 2ème chambre civile de la Cour de cassation et les deux arrêts du 18 septembre 2018[469] de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui ont censuré des décisions de cours d'appel qui avaient condamné des entreprises étrangères pour défaut de paiement de cotisations sociales en France dans le cadre d'une fraude à l'établissement ; décisions censurées en référence à l'arrêt A-Rosa de la CJUE puisque les certificats de détachement n'avaient pas fait l'objet d'une demande de retrait.

.- les deux arrêts des 20 décembre 2018[470] et 24 janvier 2019[471] de la 2ème chambre civile de la Cour de cassation qui ont censuré des décisions de cours d'appel ayant condamné des donneurs d'ordre, requalifiés en employeur de fait de prétendus salariés détachés dans des affaires de fausse prestation de services internationale, à payer des cotisations sociales ; décisions censurées en référence à l'arrêt A-Rosa de la CJUE puisque les certificats de détachement n'avaient pas fait l'objet d'une demande de retrait. Il est à noter que dans ces dossiers, les donneurs d'ordre avaient été cependant condamnés au pénal pour travail dissimulé, marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre.

.- l'arrêt du 7 mai 2019 de la chambre criminelle de la Cour de cassation[472] qui a censuré une décision de relaxe d'une cour d'appel au bénéfice d'une entreprise française poursuivie pour dissimulation d'emploi salarié de prétendus salariés détachés, notamment par défaut de déclarations sociales, au motif que le juge du fond n'a pas suffisamment recherché si les salariés ne se trouvaient pas dans un lien de subordination juridique avec cette entreprise,

[467] Cass. Ass. Plén. n° 13-25467 du 22 décembre 2017 A-ROSA.
[468] Cass. civ.2 n° 16-25995 du 9 mai 2018 KRAKBAU.
[469] Cass. crim. n° 11-88040 du 18 septembre 2018 RYANAIR et Cass. crim. n° 13-88632 CITY JET.
[470] Cass. civ. 2 n° 17-21706 du 20 décembre 2018 STJ.
[471] Cass. civ. 2 n° 17-20191 du 24 janvier 2019 BATIVAL.
[472] Cass. crim. n° 17-86426 du 7 mai 2019 AUTOCAR J.

d'autant que ces salariés résidaient en France et y réalisaient la majeure partie de leur activité.

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/affiliation-a-l-etranger-et-certificat-de-detachement-frauduleux

Voir également :

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

**.2.** Dans cet environnement juridique**,** la CJUE**,** dans un arrêt du 14 mai 2020[473], considère que sa jurisprudence relative à l'opposabilité du certificat de détachement dans l'Etat d'accueil et d'emploi, n'a d'effet qu'à l'égard de la législation de sécurité sociale et est sans incidence à l'égard d'autres législations, et notamment de la législation du travail.

Elle juge, en conséquence, que sa jurisprudence n'a pas d'impact sur l'obligation d'effectuer la DPAE, prévue par le code du travail.

Tirant les conséquences de la position de la CJUE, la Cour de cassation, dans un arrêt du 12 janvier 2021[474], confirme la condamnation d'une entreprise étrangère pour fraude à l'établissement et fraude au détachement, entraînant notamment la commission de l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié par défaut de DPAE.

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/condamnation-de-deux-donneurs-d-ordre-pour-recours-a-une-entreprise-de-travail-temporaire-etrangere-epr-de-flamanvile

**.C.1.2.3**. Lorsque les cotisations et contributions sociales sont dues en France par l'entreprise étrangère qui est défaillante, elle peut faire l'objet de la mesure de saisie conservatoire prévue par l'article L.133-1 du code de la sécurité sociale.

En application de l'article L.133-1 du code de la sécurité sociale, issu de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2017[475], le directeur de l'organisme de recouvrement des cotisations et contributions sociales[476] peut procéder à l'égard de cet opérateur économique, sans solliciter l'autorisation du juge prévue au premier alinéa de l'article L.511-1 du code des procédures civiles d'exécution, à une ou plusieurs des mesures conservatoires mentionnées aux articles L.521-1 à L.533-1 du même code, dans la limite des montants de ces cotisations et contributions, sociales éludées, ainsi que des majorations, pénalités et remboursement des exonérations et des abattements dont il est redevable.

La procédure de saisie conservatoire nécessite l'établissement préalable d'un procès-verbal pour travail dissimulé, par l'un des agents de contrôle habilités (***voir infra p.298***), qui est ensuite transmis aux organismes de recouvrement créanciers, sur le fondement de l'article L.8271-6-4 du code du travail.

La procédure de saisie conservatoire permet de faire face à l'insolvabilité, organisée ou non, du débiteur, lorsque celui-ci n'est pas en mesure de présenter des garanties pour payer ses

[473] CJUE C-17/19 du 14 mai 2020 BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS ET AUTRES.
[474] Cass. crim. n° 17-82553 du 12 janvier 2021 BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS ET AUTRES.
[475] Article 24 V de la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017.
[476] Notamment RSI, MSA, ENIM, URSSAF et CGSS.

dettes sociales. Elle se substitue à la procédure de flagrance sociale, de création récente[477], mais qui n'a pas prospéré.

***Nota***

*La mise en œuvre d'une saisie conservatoire contre un opérateur économique non établi en France n'est pas irréaliste, notamment lorsque les sommes dues aux organismes de protection sociale en France sont conséquentes.*

*Une mesure de contrainte de nature sensiblement équivalente est à la disposition du juge, lorsqu'il est saisi par un organisme de recouvrement qui souhaite obtenir une garantie pour le paiement de ses créances à l'égard d'une entreprise non établie en France.*

*Ainsi, dans le dossier Ryanair, la chambre de l'instruction de la cour d'appel d'Aix en Provence a validé le 3 février 2017 la décision du juge d'instruction qui a décidé, à la demande de l'Urssaf, du placement sous contrôle judiciaire de la compagnie aérienne, assorti notamment de l'obligation de verser un cautionnement de 5 millions d'euros, en garantie du paiement des 6,8 millions d'euros dus à l'organisme de recouvrement.*

### .C.2. Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui recourt à du travail dissimulé

Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui recourt, directement ou par personne interposée, à un employeur qui pratique de la dissimulation d'emploi salarié s'expose à des sanctions et pénalités civiles, en application des dispositions suivantes du code de la sécurité sociale.

**.- En application de l'alinéa 1er 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[478], le bénéfice de toute mesure d'exonération ou de réduction totale ou partielle de cotisations ou de contributions sociales est refusé 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 celui qui pratique du travail dissimulé, ni à l'égard du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage.

**.- En application de la première phrase de l'alinéa 1er de l'article L.133-4-5 du code de la sécurité sociale**, lorsque le donneur d'ordre n'a pas procédé aux vérifications de son cocontractant au titre de la solidarité financière (article L.8222-1 du code du travail) et que ce cocontractant pratique du travail dissimulé, les organismes de protection sociale sont habilités à procéder à l'annulation des exonérations et des réductions dont a bénéficié ce donneur d'ordre pour ses salariés.

**.- En application de la deuxième phrase de l'alinéa 1er de l'article L.133-4-5 du code de la sécurité sociale**, le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage encourt la même sanction, dans

[477] Article L.243-7-4 du code de la sécurité sociale. Voir le « Mode d'emploi des droits des victimes du travail illégal et du dumping social » 2ème édition Avril 2018 p.186, du même auteur.
[478] Exercice, recours et publicité.

les mêmes conditions, lorsqu'il n'a pas donné suite au signalement de l'un des agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé de faire cesser sa relation commerciale 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 ou le maître d'ouvrage a recouru à une entreprise qui pratique du travail dissimulé ou n'a pas fait cesser ses relations commerciales, après le signalement de l'agent de contrôle habilité.

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

**.- En application du V de l'article L.133-4-2 et de l'alinéa 2 de l'article L.133-4-5 du code de la sécurité sociale,** l'annulation des exonérations et des réductions de cotisations sociales consenties au donneur d'ordre, à l'exclusion du maître d'ouvrage, peut faire l'objet d'une modulation[479], c'est-à-dire être partielle et non pas totale. La modulation doit être sollicitée par le donneur d'ordre cotisant, et sous réserve qu'une décision de justice définitive ne soit pas intervenue pour confirmer l'annulation.

La proportion des réductions et 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 le donneur d'ordre employeur, sur la période concernée, dans la limite de 100 %.

Cette modulation est cependant exclue lorsque la dissimulation d'emploi salarié concerne un mineur soumis à l'obligation scolaire ou une personne vulnérable ou dépendante; l'exclusion de la modulation ne serait pas applicable à la commission de l'infraction de travail dissimulé en bande organisée.

L'annulation des réductions ou des exonérations nécessite l'établissement, par un agent de contrôle habilité en matière de travail dissimulé, d'un procès-verbal pour travail dissimulé à l'égard du seul cocontractant, auteur du travail dissimulé ; une condamnation pénale préalable n'est pas exigée.

***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.*

[479] Article 13 de la loi n° 2018-1203 du 22 décembre 2018 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2019 et article 21 de la loi n° 2019-1446 du 24 décembre 2019 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2020.

*Par ailleurs, dans sa décision n° 2019-795 DC du 20 décembre 2019, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes les modalités de la modulation de l'annulation à l'égard du donneur d'ordre.*

**.- La rédaction de l'article L.133-1 du code de la sécurité sociale** relatif à la saisie conservatoire à la disposition des organismes de recouvrement n'est pas applicable au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage ; cette procédure n'est envisagée que pour garantir le paiement des cotisations et contributions sociales éludées par l'assujetti.

***Nota***

*La bonne application des dispositions du code de la sécurité sociale relatives au refus d'exonération ou de réduction de cotisations et de contributions sociales et relatives à l'annulation de ces avantages nécessite une circulation de l'information et des documents entre les agents de contrôle habilités qui constatent les situations de travail dissimulé ou l'absence des vigilance des donneurs d'ordre et des maîtres d'ouvrage et les organismes de protection sociale.*

*Ces organismes sont par ailleurs destinataires, en application de l'article L.8271-8-1 du code du travail, des procès-verbaux de travail dissimulé établis par tous les agents de contrôle habilités. De façon plus générale, le secret professionnel est levé entre les organismes de protection sociale et les agents de contrôle habilités, en application des articles L.8271-4 et L.8271-5 du code du travail.*

*Les articles L.8271-4, L.8271-5 et L.8271-8-1 lèvent le secret professionnel et permettent la circulation et la transmission des informations et des documents utiles à l'action des organismes de protection sociale.*

*Mais 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.*

### .D. Les sanctions administratives

Les sanctions administratives sont les mesures contraignantes mentionnées dans le code du travail et prises par l'autorité administrative compétente, à la suite d'un constat de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié[480].

Les sanctions administratives visent indifféremment l'auteur du travail dissimulé, le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage ou celui qui fait de la publicité et sont mises en œuvre dans les mêmes conditions. En effet, les dispositions du code du travail instituant ces sanctions

[480] A ne pas confondre avec les peines complémentaires prononcées par le juge.

administratives visent, par renvoi, les trois interdictions relatives au travail dissimulé, mentionnées à l'article L.8221-1 du code du travail.

Les sanctions administratives s'appliquent à toute personne mise en cause, établie en France ou à l'étranger (pour deux sanctions).

Lorsque la dissimulation d'emploi salarié n'est pas directe, mais relève d'une requalification, celle-ci est opérée d'initiative par l'autorité administrative compétente, sous réserve d'un recours auprès de la juridiction compétente (le tribunal administratif pour les décisions préfectorales)[481].

**.D.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 travail[482]. 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,
- ⇨ 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 ou chômage partiel.

Compte tenu de la rédaction très large de l'alinéa 1er 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 dissimulé, dont l'auteur du travail dissimulé, le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage.

En raison de sa nature, cette sanction ne concerne pas l'entreprise étrangère.

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…).

---

[481] CE n° 406202 du 22 décembre 2016 SAPE.

[482] Voir également la circulaire interministérielle du 28 novembre 2012 relative aux sanctions administratives suite à un procès-verbal relevant une infraction de travail illégal.

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 à son bénéficiaire (*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 bénéficiaire 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 bénéficiaire pour travail dissimulé ou 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 bénéficiaire.

L'autorité administrative est informée par le préfet de l'existence de la verbalisation dont le bénéficiaire 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.

**.D.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)**

La personne qui a bénéficié d'une ou des aides mentionnées au paragraphe **.D.1.** peut être tenue de rembourser l'aide ou les aides dont elle a bénéficiées.

En raison de sa nature, cette sanction ne concerne pas l'entreprise étrangère.

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 bénéficiaire pour travail dissimulé ou 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.

L'autorité administrative est informée par le préfet de l'existence de la verbalisation dont le bénéficiaire 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 bénéficiaire (*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 bénéficiaire 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 bénéficiaire 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.

### .D.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)

L'auteur de la dissimulation d'emploi salarié, directe ou par requalification[483], son donneur d'ordre, le maître d'ouvrage ou celui qui fait de la publicité en faveur de cette dissimulation d'emploi salarié peut faire l'objet d'une mesure préfectorale (arrêté préfectoral) de fermeture de son établissement 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, 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 de la personne visée par la mesure. Les critères relatifs à la situation économique, sociale et financière 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. La mesure de fermeture administrative peut s'accompagner de la saisie à titre conservatoire du matériel professionnel de la personne visée; 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, après avis du maître d'ouvrage ou, à défaut, du *responsable du chantier*[484].

La loi Travail du 8 août 2016[485], puis la loi Avenir professionnel du 5 septembre 2018[486], ont élargi le périmètre de fermeture lorsque l'activité est exercée sur un chantier du bâtiment ou de travaux publics ou dans tout autre lieu que le siège de l'entreprise ou l'un de ses établissements. Dans cette hypothèse, la loi prévoit que la fermeture préfectorale vise ce chantier ou ce site ; par ailleurs, lorsque l'activité est achevée ou interrompu sur le chantier ou sur le site qui a fait l'objet du contrôle, le préfet peut prononcer l'arrêt de l'activité sur un autre site.

[483] CE n° 385569 du 11 novembre 2014 IDEAC

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

[485] Article 110 de la loi Travail ; alinéas 4 et 5 de l'article L.8272-2 du code du travail.

[486] Article 98 de la loi Avenir professionnel ; alinéa 4 de l'article L.8272-2 du code du travail.

***Nota***

*L'article L.8272-2 du code du travail ne précisait pas quelle était l'autorité préfectorale compétente lorsque l'arrêt d'activité envisagé concerne un autre chantier ou un autre site que celui sur lequel a été constatée l'infraction de travail dissimulé et qui est situé dans un autre département.*

*L'article 6 du décret du 5 mai 2017*[487] *comble cette lacune, en modifiant et complétant l'article R.8272-9 du code du travail.*

*Ainsi, lorsque l'autre site sur lequel l'entreprise exerce son activité est situé dans un département distinct de celui où a été constatée l'infraction ou le manquement, le préfet de ce département en informe le préfet du département dans lequel est situé l'autre chantier et lui communique les documents relatifs au constat de l'infraction ou du manquement, afin qu'il décide, le cas échéant, de l'arrêt de l'activité du site situé dans son département.*

L'entreprise établie à l'étranger, et qui n'a donc pas d'établissement en France, peut cependant faire l'objet d'une mesure de suspension d'activité par décision préfectorale, dès lors qu'elle intervient sur un chantier du bâtiment ou de travaux publics ou sur tout autre site, où son activité est par nature temporaire.

La décision préfectorale se fonde, soit sur un procès-verbal constatant l'infraction de travail dissimulé (exercice, recours et/ou publicité), soit sur un rapport spécifique établi à cette fin par un agent de contrôle habilité en matière de travail dissimulé.

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 judiciaire[488]. La décision du préfet n'a de sens que si elle est quasi concomitante à la constatation de l'infraction commise par la personne visée par la mesure.

En application de l'article L.8272-5 du code du travail, la personne visée par la mesure préfectorale 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.

Voir l'article de l'auteur :

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/le-conseil-d-etat-annule-une-suspension-d-un-arrete-prefectoral-de-fermeture-temporaire

[487] Décret n° 2017-825 du 5 mai 2017 relatif au renforcement des règles visant à lutter contre les prestations de services internationales illégales.
[488] Sauf procédure de comparution immédiate.

### .D.4. L'exclusion temporaire des contrats administratifs par le préfet (article L.8272-4 du code du travail)[489]

L'auteur de la dissimulation d'emploi salarié, directe ou par requalification, son donneur d'ordre, le maître d'ouvrage ou celui qui fait de la publicité en faveur de cette dissimulation d'emploi salarié 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, 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 de la personne visée par la mesure. Les critères relatifs à la situation économique, sociale et financière ont été ajoutés à la loi par décret, ce qui fragilise ces critères.

La mesure d'exclusion des contrats publics s'applique sans réserve particulière à l'entreprise établie hors de France.

La décision préfectorale se fonde, soit sur un procès-verbal constatant l'infraction de travail dissimulé (exercice, recours et/ou publicité), 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 judiciaire[490]. La décision du préfet n'a de sens que si elle est quasi concomitante à la constatation de l'infraction commise par la personne visée par la mesure.

En application de l'article L.8272-5 du code du travail, la personne visée par la mesure 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.

***Nota***

*Dans une affaire de travail dissimulé, l'exclusion des contrats et des marchés publics de l'auteur (exercice, recours ou publicité) de l'infraction est prévue par les textes suivants :*

*.- l'article 27 de la loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal. Cette disposition prévoit l'exclusion automatique pendant 5 ans des contrats publics de celui qui a été condamné pour infraction à l'article L.8221-1 ; il s'agit d'une exclusion de plein droit, qui ne dépend ni d'une décision spécifique du juge, ni du préfet. L'exclusion intervient quel que soit la nature ou le quantum de la sanction*

[489] 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 relative aux sanctions administratives suite à un procès-verbal relevant une infraction de travail illégal.

[490] Sauf procédure de comparution immédiate.

*pénale prononcée.*

*.- l'article 45 4° a) et 5° de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;*

*.- l'article 39 4° a) et 5°de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relatives aux contrats de concession.*

*Les dispositions de ces deux ordonnances prévoient une interdiction générale et absolue de soumissionner pendant 3 ans, soit à compter de la date de la condamnation, soit à compter de la date de la décision préfectorale prise en application de l'article L.8272-4 du code du travail. L'exclusion intervient quel que soit la nature ou le quantum de la sanction pénale.*

*Toutefois, ces exclusions ne sont pas applicables à la personne qui établit qu'elle n'a pas fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés publics inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire en application de l'article 775-1 du code de procédure pénale, qu'elle a été condamnée avec sursis, qu'elle a régularisé sa situation, qu'elle a réglé l'ensemble des amendes et indemnités dues, qu'elle a collaboré activement avec les autorités chargées de l'enquête, et qu'elle a pris des mesures concrètes de nature à prévenir la commission d'une nouvelle infraction pénale ou d'une nouvelle faute.*

*.- l'article L.8224-3 2° du code du travail pour les personnes physiques et l'article L.8224-5 2° du code du travail pour les personnes morales, qui permettent au juge pénal de prononcer cette peine complémentaire facultative pour une durée de 5 ans ou plus ;*

*.- l'article L.8272-4 du code du travail qui autorise le préfet à prononcer l'exclusion des contrats publics pendant six mois, sur le fondement d'un constat de travail dissimulé effectué par un agent de contrôle habilité (**voir infra p.299**).*

*Ainsi, contrairement à ce qui est parfois écrit, l'exclusion des contrats publics n'est pas réservée et limitée à une condamnation à une amende égale ou supérieure à 30 000 euros.*

# 3ème partie

# LES DROITS DES VICTIMES DU TRAVAIL DISSIMULE[491]

[491] Voir également le « Mode d'emploi des droits des victimes du travail illégal et du dumping social » 2ème édition Avril 2018, du même auteur.

Les victimes du travail dissimulé, principale composante du travail illégal et principale cause du dumping social, sont notamment[492]:

- ⇨ le salarié,
- ⇨ les organismes de protection sociale,
- ⇨ la caisse de congés payés (et intempéries), lorsqu'elle existe,
- ⇨ les organisations syndicales,
- ⇨ les organisations professionnelles,
- ⇨ les entreprises concurrentes,
- ⇨ tout autre opérateur économique.

Cette liste n'est pas limitative. En fonction des circonstances des affaires, d'autres victimes sont susceptibles d'apparaître et d'exister.

Le traitement des affaires de travail dissimulé ne peut pas se limiter à la sphère pénale ou aux sanctions administratives, même si celles-ci sont indispensables car elles mobilisent et impliquent l'Etat, gardien de l'ordre public social.

Les affaires de travail dissimulé font en effet des victimes, dont la qualité doit être reconnue et protégée et le préjudice réparé. La réparation de ce préjudice se traduit souvent par le versement de sommes allouées par le juge, dont le montant, lorsqu'il est élevé, constitue, au-delà de la réparation accordée aux victimes, un outil de dissuasion, voire de quasi sanction, à l'égard des auteurs de ces fraudes à caractère économique et financier[493].

L'intervention des victimes dans les affaires de travail dissimulé, au-delà de la réparation de leur préjudice direct et personnel, présente l'avantage, dans certains dossiers, de venir conforter l'action publique du procureur de la République, ou de déclencher l'action publique en portant des informations à la connaissance du procureur de la République.

En fonction de sa qualité ou de son statut, la victime dispose d'une ou de deux voies judiciaires pour obtenir réparation et le versement des sommes qui lui sont dues. Lorsque la victime dispose de ces deux voies, elle peut, en règle générale les cumuler et utiliser l'une et l'autre.

---

[492] L'Etat est bien entendu victime du travail illégal qui génère des pertes fiscales. Cependant, il n'existe qu'un seul mécanisme spécifique prévu par la législation, pour récupérer ces manques à gagner, dédié à la lutte contre le travail illégal : la solidarité financière des articles L.8222-1 et sq. du code du travail. Mais ce mécanisme est très peu utilisé par les services fiscaux et sa mise en œuvre n'est documentée par aucun arrêt de la Cour de cassation depuis sa création en 1991. L'absence de texte particulier (contrairement aux organismes de protection sociale) et de jurisprudence fiscale explicite sur ce sujet démontrent que l'action des services fiscaux dans ce domaine, qui est réelle et essentielle, n'est cependant pas isolable de leur activité globale de lutte contre la fraude fiscale. Difficile donc d'en faire une présentation académique spécifique.

[493] Par exemple, le versement de l'indemnité forfaitaire équivalent à six mois de salaire pour le salarié dissimulé.

***Nota***

*Les victimes du travail dissimulé sont susceptibles d'obtenir des dommages et intérêts devant la juridiction répressive, en se constituant partie civile.*

*Lorsque les victimes n'ont pas obtenu d'indemnisation ou de réparation à la suite de la décision du juge, elles peuvent solliciter l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis ou confisqués (AGRASC).*

*La saisine de l'AGRASC permet aux victimes d'être payées prioritairement sur les biens confisqués du débiteur (articles 706-159 et suivants du code de procédure pénale).*

*La saisine de l'AGRASC obéit à des conditions très précises, notamment en termes de délai, qui sont présentées sur son site en ligne.*

## .I. Les droits du salarié victime de la dissimulation de son emploi

### .A. Quels sont les droits du salarié dissimulé ?

Le salarié dissimulé par son employeur bénéficie de droits reconnus par la législation du travail et de droits au titre de la protection sociale.

#### .A.1. Au titre de la législation du travail[494]

Le juge prud'homal est tenu par l'autorité de la chose jugée au pénal qui a condamné l'employeur pour travail dissimulé[495].

Le salarié dissimulé par son employeur est considéré comme un salarié embauché de façon officielle et transparente, quel que soit son employeur, c'est-à-dire une entreprise, une association ou un particulier. Ses droits sociaux ne peuvent pas être supprimés, réduits ou minorés au motif qu'il aurait été de connivence avec son employeur ou qu'il aurait accepté de fait de travailler dans ces conditions pendant plusieurs semaines, plusieurs mois ou plusieurs années.

Toutes les dispositions du code du travail, de la convention collective ou de l'accord d'entreprise ou d'établissement lui sont applicables, dans leur intégralité.

Selon les modalités de la dissimulation de son emploi, différents droits sont ouverts au salarié.

##### .A.1.1. Le salarié victime de la dissimulation directe de son emploi par son employeur, par omission de la DPAE et/ou non remise du bulletin de paie.

Ne disposant pas a priori d'un contrat écrit, il est réputé être employé à durée indéterminée et à temps plein. Les heures supplémentaires sont dues, sous réserve que le juge les

[494] ***Voir infra p.385 et sq***. en annexe le détail des droits.
[495] Cass. soc. n° 19-19974 du 9 décembre 2020 HOLL PRIMEURS.

reconnaisse[496], ainsi que les droits à repos compensateur et à l'indemnité compensatrice de congés payés.

Il obtient la remise de ses bulletins de paie, de son certificat de travail et de son attestation destinée à Pôle Emploi pour bénéficier de l'assurance chômage.

Si la rupture du contrat de travail du salarié dissimulé intervient à l'initiative de l'employeur, il s'agit d'un licenciement qui rend applicable tout le droit du licenciement individuel : procédure, préavis et cause réelle et sérieuse. A défaut, le salarié peut réclamer des dommages et intérêts pour non respect de la procédure et pour licenciement abusif ou sans cause réelle et sérieuse, ainsi que l'indemnité compensatrice de préavis.

Si l'ancienneté du salarié dissimulé est suffisante, l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement lui est due[497].

Le salarié peut obtenir des dommages et intérêts du fait du préjudice causé par la dissimulation de son emploi, telle que la non déclaration d'un accident du travail, la perte de points pour ses droits à la retraite, notamment s'il s'agit d'un salarié abusivement détaché qui a été privé de la protection sociale française. Les dommages et intérêts se cumulent avec l'indemnité forfaitaire équivalente à six mois de salaire[498].

Dans un arrêt de principe du 15 juin 2021, la chambre criminelle de la Cour de cassation[499] précise que le salarié dissimulé peut obtenir réparation d'un double préjudice en sa qualité de partie civile : celui causé directement par la dissimulation de son emploi, tel que le non paiement de toutes ses heures de travail et celui causé par effet secondaire à la suite de la perte de son emploi, telles que la privation des allocations de chômage ou la minoration du montant de sa retraite.

Le salarié dissimulé victime d'un accident du travail est protégé par les articles L.1226-7 et suivants du code du travail. Ainsi, un salarié dissimulé, qui serait licencié parce que victime d'un accident du travail, peut invoquer la nullité de cette mesure, en application de l'article L.1226-13 du code du travail.

### .A.1.2. Le salarié victime de la dissimulation d'heures de travail par son employeur

Le salarié victime de la dissimulation d'heures de travail**,** quelles que soient ses modalités, obtient le rappel des salaires dus, avec les majorations adéquates, l'indemnisation du ou des repos compensateurs non pris et un rappel sur l'indemnité de congés payés. Il obtient également des dommages et intérêts s'il démontre un préjudice particulier lié à l'absence de mention de la totalité de ses heures de travail et de sa rémunération sur ses bulletins de paie, notamment pour le calcul de ses indemnités journalières en cas d'arrêt de travail ou au titre de ses cotisations pour la retraite.

---

[496] Conformément à l'article L.3171-4 du code du travail, la preuve des heures de travail accomplies est partagée entre le salarié et l'employeur; le juge apprécie.

[497] Cette ancienneté d'emploi occulte de longue durée existe notamment dans les emplois familiaux ou domestiques ou dans l'agriculture.

[498] Cass. soc. n° 08-43124 du 14 avril 2010.

[499] Cass crim. n° 20-85115 du 15 juin 2021.

### .A.1.3. Le salarié victime de la dissimulation de son emploi par un faux statut

Le faux bénévole, le faux stagiaire, le faux travailleur indépendant[500] ou le faux salarié détaché se trouve *grosso modo* dans la même situation que le salarié victime de la dissimulation totale de son emploi. Il peut demander le bénéfice de la totalité des droits attachés à sa qualité de salarié et notamment la remise d'un contrat de travail, le paiement de toutes ses heures de travail, de l'indemnité de repos compensateur, et de l'indemnité compensatrice de congés payés, la délivrance de bulletins de paie, d'un certificat de travail et de l'attestation employeur destinée à Pôle Emploi pour ses droits à l'assurance chômage.

Il n'existe pas de jurisprudence relative à la compensation qui pourrait être faite entre les sommes qu'il a déjà perçues et les rappels de salaires attendus ; par exemple, la déduction éventuelle du montant de la gratification versée en sa qualité de stagiaire des rappels de salaire qui lui sont dus.

Le salarié employé sous un faux statut peut prétendre au bénéfice du droit du licenciement (procédure, préavis et cause réelle et sérieuse) qui, par nature, n'a pas été respecté. A ce titre, il peut réclamer des dommages et intérêts pour non respect de la procédure et pour licenciement abusif ou sans cause réelle et sérieuse, ainsi que l'indemnité compensatrice de préavis.

Le salarié a la faculté d'obtenir des dommages et intérêts du fait du préjudice causé par la dissimulation de son emploi, telle que la non déclaration d'un accident du travail ou la perte de points pour ses droits à la retraite[501], notamment s'il s'agit d'un salarié abusivement détaché qui a été privé de la protection sociale française.

***Nota***

*Dans un arrêt du 4 mars 2016[502], la cour d'appel de Paris considère que la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par un prétendu salarié détaché, au motif que ce pseudo détachement lui a causé un préjudice social, s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. La cour considère que son employeur a gravement manqué à ses obligations à son égard, que la demande de prise d'acte aux torts de l'employeur est fondée et que la rupture de son contrat de travail imputable à son employeur produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.*

*L'analyse développée par la cour d'appel est susceptible de s'appliquer à toute embauche et à tout emploi sous un faux statut.*

Le salarié dissimulé sous un faux statut, victime d'un accident du travail, est protégé par les articles L.1226-7 et suivants du code du travail. Ainsi, ce salarié, qui serait licencié de fait parce que victime d'un accident du travail, peut invoquer la nullité de cette mesure, en application de l'article L.1226-13 du code du travail.

[500] Y compris par le non respect d'une présomption de salariat.
[501] Cass soc. n° 19-16153 du 8 septembre 2021 France TELEVISION
[502] CA. Paris n° 11/04771 du 4 mars 2016 VUELING AIRLINES.

### .A.1.4. L'indemnité forfaitaire équivalente à six mois de salaire

Le dénominateur commun aux droits du salarié victime de la dissimulation de son emploi, quelle que soit sa forme, est le versement de l'indemnité forfaitaire équivalente à six mois de salaire, prévu par l'article L.8223-1 du code du travail, et en sus de ce qui précède.

Le paiement par l'employeur de cette indemnité forfaitaire au salarié a été jugé conforme par le Conseil constitutionnel[503].

Pour bénéficier de l'indemnité forfaitaire équivalente à six mois de salaire, le salarié doit démontrer le caractère intentionnel du comportement de son employeur. Sur ce sujet, la position de la chambre sociale de la Cour de cassation est plus exigeante que celle de la chambre criminelle. Ainsi, la chambre sociale considère que l'emploi d'un salarié sous un faux statut n'implique pas à soi seul la volonté de dissimulation d'emploi salarié :

« *le caractère intentionnel ne peut se déduire de la seule conscience des difficultés tenant au choix d'un contrat inapproprié* », dans une affaire de téléréalité[504].

L'indemnité forfaitaire est due à tout salarié dissimulé, sans distinction de qualification professionnelle et quelle que soit la durée de l'emploi dissimulé ou le nombre d'heures de travail accomplies ou dissimulées ; elle n'est pas proratisée en fonction du nombre d'heures de travail effectuées ou de la durée de l'emploi[505]. L'indemnité est due quelles que soient les modalités de la dissimulation de son emploi, y compris lorsqu'il est employé sous un faux statut de bénévole, de stagiaire, de travailleur indépendant ou de salarié détaché.

L'indemnité est due, quelles que soient les modalités de la rupture de son contrat de travail, licenciement ou démission. Elle n'est pas due si l'employeur régularise sa situation et si le salarié se fait embaucher officiellement, sans rupture de sa relation de travail.

Lorsque le salarié a fait l'objet du transfert de son contrat de travail en application de l'article L.1224-1 du code du travail, le repreneur est tenu au paiement de l'indemnité forfaitaire, même si les faits matériels constitutifs de la dissimulation d'emploi salarié (non mention des heures de travail sur le bulletin de paie) ont été commis par l'ancien employeur[506].

L'assiette de calcul de l'indemnité forfaitaire inclut les heures supplémentaires qui ont été accomplies par le salarié.

L'indemnité forfaitaire n'est pas soumise à cotisations sociales ; le montant versé au salarié correspond au montant du salaire brut. S'agissant d'une somme à caractère indemnitaire, la prescription de l'action en paiement devant le conseil de prud'hommes est de trente ans[507], sous réserve désormais de l'application des dispositions de l'article 2224 du code civil qui fixe, depuis 2008, à cinq ans la prescription de toute action civile en paiement.

---

[503] Décision QPC n° 2011-111 du 25 mars 2011 SELAMAT B.
[504] Cass. soc. n° 14-12249 du 1er avril 2015 ILE DE LA TENTATION.
[505] Cf débats Assemblée Nationale 2ème lecture - 1ère séance du 2 décembre 1991 JOAN décembre 1991 p. 6969.
[506] Cass. soc. n° 14-17496 du 11 mai 2016 GAROUDA.
[507] Cass. soc. n° 04-42208 du 10 mai 2006.

Le versement de l'indemnité forfaitaire se cumule avec celui de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, ainsi qu'avec l'indemnité pour licenciement abusif ou licenciement sans cause réelle et sérieuse. Elle s'ajoute aux dommages et intérêts versés en raison du préjudice particulier subi par le salarié en raison de la dissimulation de son emploi.

L'indemnité forfaitaire de six mois pour l'emploi dissimulé ne se cumule pas avec l'indemnité forfaitaire de trois mois due au salarié étranger employé sans titre de travail. Si ce salarié étranger est également victime de la dissimulation de son emploi, il a donc intérêt, de ce point de vue, à faire uniquement état de sa qualité de salarié dissimulé, sauf si la valorisation de ses droits sociaux est d'un montant supérieur à celle de sa qualité de salarié dissimulé[508].

***Nota***

*En se référant à la jurisprudence communautaire, la Cour de cassation considère dans un arrêt du 31 mars 2021 qu'un prétendu salarié détaché ne peut pas bénéficier de l'indemnité forfaitaire équivalente à six mois de salaire lorsque l'attribution de cette indemnité se fonde sur une condamnation pénale de son employeur pour travail dissimulé par défaut de déclarations sociales, rendue en méconnaissance du droit communautaire relatif à l'opposabilité du certificat de détachement.*

*https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/les-effets-penalisants-de-la-jurisprudence-de-la-cjue-relative-au-certificat-de-detachement-frauduleux-la-double-peine-pour-le-pretendu-salarie-detache*

*A contrario, le prétendu salarié détaché a vocation à percevoir l'indemnité forfaitaire lorsque son employeur exerce du travail dissimulé sous l'une ou l'autre des modalités mentionnées à l'article L.8221-3 et à l'article L.8221-5 du code du travail.*

### .A.2. Au titre de la protection sociale

Le salarié dissimulé bénéficie de la totalité de la protection sociale attachée à son statut de salarié. Le fait que son emploi soit occulte et dissimulé ne le prive pas de cette protection sociale.

**.A.2.1. L'étendue de la protection sociale éludée**, et donc sa reconstitution, dépendent des modalités de la dissimulation de son emploi.

Lorsque la dissimulation de son emploi est totale ou qu'il est employé sous un faux statut, son préjudice est le plus grand puisqu'aucune cotisations sociales n'a été versée ; ce préjudice est moindre lorsque la dissimulation de son emploi s'est traduite par une minoration de ses heures de travail sur son bulletin de paie.

Pour reconstituer sa protection sociale ou la compléter, le salarié doit obtenir la remise des bulletins de paie correspondant à sa période d'emploi, y compris les bulletins de salaire rectificatifs lorsque la dissimulation de son emploi s'est traduite par la minoration de ses

[508] Cass. soc. n° 18-24982 du 18 mars 2020 SPP.

heures de travail. Les bulletins de salaire sont les documents essentiels, même si parfois ils ne sont pas suffisants, pour faire valoir ses droits à la protection sociale en qualité de salarié.

Munis de ces bulletins de salaire, il pourra demander à la CPAM, à la MSA, à la CGSS, à l'Enim, à la caisse vieillesse, aux caisses de retraites complémentaire et à Pôle Emploi de rectifier, de mettre à jour et de compléter ses droits.

De même, ces bulletins de salaire sont utiles pour faire valoir des droits particuliers auprès de la CAF.

Certes l'employeur qui régularise la situation d'un salarié dissimulé par la délivrance d'un bulletin de paie nouveau ou rectifié doit en principe en faire état sur la déclaration annuelle des données sociales (DADS) ou sur la déclaration sociale nominative (DSN) par la mention de cette rémunération et des cotisations sociales afférentes ; mais, en la matière, une démarche personnelle du salarié en direction de ces différents organismes de protection sociale sera une sage précaution non superflue; la rétention de précompte n'est pas exclue.

Il est à noter que la démarche du salarié auprès de l'Urssaf pour reconstituer ses droits a été jugée irrecevable par la Cour de cassation, celle-ci considérant que le salarié n'a pas la qualité de cotisant auprès de cet organisme ; seul l'employeur est cotisant[509]. Cette position de la Cour de cassation conforte la pertinence de la démarche du salarié à saisir les organismes sociaux prestataires et non pas les organismes sociaux de recouvrement.

Mais le salarié est en droit d'obtenir, auprès du conseil de prud'hommes, des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par le non versement de ses cotisations sociales à l'Urssaf du fait de la dissimulation de son emploi par son employeur[510].

***Nota***

*En se référant à la jurisprudence communautaire, la Cour de cassation dans un arrêt du 31 mars 2012 considère qu'un prétendu salarié détaché ne peut pas bénéficier de dommages et intérêts pour le préjudice subi du fait du non versement de ses cotisations sociales en France, lorsque l'attribution de ces dommages et intérêts se fonde sur une condamnation pénale de son employeur pour travail dissimulé par défaut de déclarations sociales, rendue en méconnaissance du droit communautaire relatif à l'opposabilité du certificat de détachement.*

*https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/les-effets-penalisants-de-la-jurisprudence-de-la-cjue-relative-au-certificat-de-detachement-frauduleux-la-double-peine-pour-le-pretendu-salarie-detache*

De même, il est en droit d'obtenir auprès du conseil de prud'hommes la régularisation par l'employeur du paiement des ses cotisations sociales, la transmission à l'Urssaf, à l'intention

[509] Cass. civ. 2 n° 14-29125 du 17 décembre 2015.
[510] Cass. soc. n° 14-13471 du 23 septembre 2015.

de la CNAV, de la déclaration annuelle des données sociales (DADS), ainsi que des dommages et intérêts pour le non versement de ses cotisations sociales[511].

***Nota***

*Le code de la sécurité sociale et le code rural contiennent des dispositions relatives à la reconstitution de la protection sociale du salarié dissimulé, à la suite et dans le cadre d'un contrôle effectué par un agent habilité en matière de travail dissimulé ou par un organisme de recouvrement.*

*L'article L.241-1-2 du code de la sécurité sociale précise les conditions dans lesquelles est prise en compte la rémunération forfaitaire équivalente à 6 mois de salaire (ou 25% du plafond annuel de la sécurité sociale) pour l'ouverture des droits et le calcul des ressources du salarié dissimulé.*

*L'article L.241-1-3 de ce même code dispose que lorsqu'un redressement de cotisations sociales a une incidence sur les droits de tout salarié en matière d'assurance vieillesse, les organismes de recouvrement transmettent les informations utiles aux organismes gestionnaires pour rectifier ses droits.*

*En cas de constat de travail dissimulé, et s'il y a collusion entre l'employeur et le salarié, la rectification ne s'opère qu'à compter du redressement.*

*L'article L.725-12-2 du code rural prévoit la même disposition pour le salarié relevant du régime agricole[512].*

*Par ailleurs, l'article L.8221-6 II du code du travail, relatif au faux travail indépendant, dispose que le donneur d'ordre condamné au pénal pour dissimulation d'emploi salarié est tenu au paiement des cotisations et des contributions sociales à la charge des employeurs, calculées sur les sommes versées au titre de la période de dissimulation d'emploi salarié.*

**.A.2.2. Le salarié dissimulé est couvert par la législation en matière d'accident du travail,** à l'identique d'un salarié non dissimulé.

Le salarié bénéficie des prestations en nature (hospitalisation, soins, rééducation, prescriptions médicales) et des prestations en espèces (indemnités journalières, rente, capital). Il peut assigner son employeur en faute inexcusable devant le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS)[513].

Bien entendu, cette protection n'est actionnée que si l'accident du travail est déclaré à la sécurité sociale (CPAM, MSA, CGSS, ENIM…).

[511] Cass. soc. n° 17-20116 du 3 juillet 2019 VIGIE KAL.

[512] Il n'existe pas d'information publique sur le nombre de salariés ayant bénéficié de cette disposition qui est applicable depuis le 1er janvier 2015, tant pour le régime général que pour le régime agricole.

[513] Depuis le 1er janvier 2019, le TASS est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance, puis au 1er janvier 2020 par le pôle social du tribunal judiciaire.

L'employeur a l'obligation de déclarer l'accident du travail à la sécurité sociale le jour de sa survenance ou, au plus tard, dans les 24 heures (article L.441-2 du code de la sécurité sociale) ou dans les 48 heures (article L.751-26 du code rural), mais cette déclaration n'est pas effectuée si le salarié est totalement dissimulé[514] ou employé sous un faux statut.

A défaut, le salarié dissimulé victime de l'accident du travail, ou ses représentants ou ayants-droit, dispose d'un délai de 2 ans pour le déclarer à la sécurité sociale, en application de l'article L.441-2 du code de la sécurité sociale.

Ne pas déclarer un accident du travail ne présente aucun intérêt pour un salarié dissimulé, surtout si cet accident a provoqué son licenciement ou si cet accident est grave ou a provoqué le décès du salarié. Le salarié ou ses ayants-droit ne trouvent donc que des avantages à déclarer eux même, et par précaution pour préserver leurs droits, cet accident. D'autant qu'ils ne savent pas si l'employeur a déclaré l'accident du travail à la sécurité sociale.

***Nota***

*Le régime juridique de la déclaration d'un accident du travail survenu à un salarié détaché en France, tel qu'il existait depuis le décret du 11 juillet 1994[515], a été profondément modifié par l'article 105 de la loi Travail qui a inséré un article L.1262-4-4 dans le code du travail.*

***.1.** L'article 105 de la loi Travail a dépénalisé le défaut de déclaration d'un accident du travail survenu à un salarié détaché, en créant une sanction administrative[516].*

*Cette modification substantielle va porter préjudice au salarié détaché victime ou à ses ayants droit :*

*.- la dépénalisation 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 juridique du défaut de déclaration d'accident du travail pour des salariés assujettis ne se justifie par aucun élément objectif.*

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

[514] Ou alors l'employeur effectue le même jour une DPAE de circonstance pour le jour de l'accident et la déclaration d'accident du travail.

[515] Décret n° 94-573 du 11 juillet 1994 pris pour l'application de l'article 36 de la loi quinquennale relative à l'emploi, au travail et à la formation professionnelle.

[516] Prévue par l'article L.1264-3 du code du travail : dans la limite de 2 000 euros par salarié, portés jusqu'à 4 000 euros en cas de réitération.

*.- 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 TASS[517] dans le cadre d'une procédure en reconnaissance de faute inexcusable.*

*Sauf à comprendre, par une lecture un peu forcée de l'article L.1262-4-4 du code du travail, que cette déclaration à l'inspection du travail ne dispense pas l'employeur de faire lui même également cette déclaration à la sécurité sociale, en application de l'article L.441-2 du code de la sécurité sociale et de l'article L.751-26 du code rural, dès lors que le salarié détaché a été immatriculé au CNFE de l'Urssaf de Strasbourg, à l'Urssaf des Alpes Maritimes, à l'Urssaf du Gard ou la caisse de MSA d'Alsace[518].*

*Par ailleurs, l'article L.1262-4-4 du code du travail assimile et confond les qualités de donneur d'ordre et de maître d'ouvrage qui sont deux entités juridiques différentes.*

*De plus, les qualités de donneur d'ordre et de maître d'ouvrage n'existent juridiquement pas lorsque le salarié est détaché dans le cadre d'une mobilité intragroupe puisqu'il n'y a pas prestation de services ; qui procède alors à la déclaration d'accident du travail ?*

*Par précaution, et notamment lorsqu'il a des doutes sur sa qualité de détaché, ce salarié, ou ses ayants droit en cas d'accident du travail mortel, a intérêt à déclarer lui-même son accident du travail à la CPAM, à la MSA, à la CGSS ou à l'ENIM. Cette démarche est protectrice de ses droits et ne peut lui causer aucun préjudice.*

***.2.** L'article 105 de la loi Travail avait également supprimé la déclaration de l'accident du travail à la sécurité sociale pour le salarié non titulaire d'un certificat de détachement, alors qu'il est assujetti de plein droit à la sécurité sociale française. La déclaration était adressée exclusivement à l'inspection du travail, dans tous les cas. Se posait donc la question de savoir comment la sécurité sociale française pouvait prendre en charge le salarié détaché assujetti, si elle n'était plus destinataire de la déclaration de son accident du travail ?*

*L'article 2 du décret du 5 mai 2017 d'application de l'article 105 a supprimé cette anomalie, en modifiant l'article R.1262-2 du code du travail. Le dernier alinéa de l'article R.1262-2 du code du travail précise en effet (alors que cette mention aurait dû relever de la loi) que lorsque le salarié détaché est affilié à un régime français de sécurité sociale, la déclaration est effectuée auprès de la sécurité sociale française, selon les modalités 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.*

*Ce rattrapage rédactionnel interroge sur la sanction applicable en cas de défaut de cette déclaration d'accident du travail: est-ce la sanction pénale prévue par le code de la sécurité sociale ou le code rural ou est-ce la pénalité administrative ?*

[517] Depuis le 1er janvier 2019, le TASS est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance, puis au 1er janvier 2020 par le pôle social du tribunal judiciaire.

[518] C'est-à-dire lorsque le salarié détaché n'est pas titulaire d'un certificat de détachement.

**.A.2.3. Le salarié dissimulé est couvert par la législation en matière de maladie professionnelle,** à l'identique d'un salarié non dissimulé.

Il bénéficie des prestations en nature (hospitalisation, soins, rééducation, prescriptions médicales) et des prestations en espèces (indemnités journalières, rente, capital). Il peut assigner son employeur en faute inexcusable devant le tribunal des affaires de sécurité sociale.

Bien entendu, cette protection n'est actionnée que si le caractère professionnel de sa maladie est reconnu.

Il appartient au salarié victime d'initier les démarches pour faire reconnaître une maladie professionnelle. Le salarié adresse une déclaration[519] à la caisse compétente (CPAM, MSA, CGSS, ENIM…), accompagné d'un certificat du médecin traitant et d'une attestation de salaire remise par l'employeur[520]. Le dépôt de ce dossier déclenche une enquête de la caisse qui décide si la maladie revêt ou non un caractère professionnel.

Le dépôt du dossier auprès de la caisse s'effectue dans un délai de 2 ans à compter de la cessation de l'activité exposant au risque ou de la date à laquelle le salarié est informé du lien possible entre sa maladie et son activité professionnelle.

Pour le salarié dissimulé, le risque est que son employeur refuse de remplir l'attestation de salaire, ce qui ne doit pas le dissuader de déposer un dossier incomplet, qui sauvegardera ses droits.

***Nota***

*En application de l'article L.471-1 du code de la sécurité sociale et de l'article L.751-37 du code rural, la CPAM ou la caisse de MSA dispose d'une action récursoire contre l'employeur du salarié dissimulé pour se faire rembourser la totalité du coût de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle, ce qui peut représenter des sommes considérables et donc dissuasives (**voir infra p.262**).*

**.B. La mise en œuvre des droits du salarié victime**

Le salarié victime du travail dissimulé dispose de plusieurs procédures pour faire reconnaître et valoriser ses droits, tels qu'ils résultent de la législation du travail, de la protection sociale ou de la jurisprudence de la Cour de cassation.

[519] Imprimé S6100b.

[520] Pour davantage de précisions sur la procédure, voir le site de l'assurance maladie ameli.fr.

***Nota***

*Le choix essentiel dans la défense de ses droits que doit faire le salarié est de savoir s'il agit en qualité de salarié dissimulé ou en qualité de salarié étranger employé sans titre de travail, lorsqu'il est dépourvu de titre de travail, puisque le salarié étranger employé sans titre de travail est très souvent dissimulé par son employeur.*

*Invoquer la qualité de salarié étranger employé sans titre de travail prive de certains droits sociaux (procédure de licenciement, par exemple).*

Avant d'engager une action judiciaire, quelle qu'elle soit, le salarié dissimulé a la faculté de s'adresser à l'inspection du travail du lieu de son emploi. La saisine de l'inspection du travail peut lui permettre d'obtenir plus rapidement la régularisation de sa situation, puisque la dissimulation de l'emploi d'un salarié constitue également un délit passible du tribunal correctionnel dont la perspective, à cause de la visite de l'agent de l'inspection du travail, peut conduire l'employeur à remettre sans délai le salarié dans ses droits.

Si cette démarche est vaine ou n'est pas effectuée, le salarié dissimulé dispose de la voie judiciaire.

### .B.1. La reconnaissance des droits sociaux au titre de la législation du travail

#### .B.1.1. Quelle(s) juridiction(s) saisir ?

Le salarié dissimulé a le choix entre la voie civile (le conseil de prud'hommes) et la voie pénale. La voie civile et la voie pénale ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Elles peuvent se cumuler et s'articuler.

**Le conseil de prud'hommes** est la juridiction de droit commun pour examiner les litiges individuels nés de l'exécution du contrat de travail ; il a compétence pour examiner l'ensemble des demandes du salarié dissimulé en lien avec la législation du travail.

Il est compétent à ce titre pour juger d'une demande de requalification contractuelle d'un salarié dissimulé employé sous un prétendu statut de bénévole, de stagiaire ou de travailleur indépendant ou de salarié détaché.

Le donneur d'ordre qui recourt à un faux travailleur indépendant détaché ne saurait invoquer utilement à la fois sa qualité apparente de travailleur indépendant et de travailleur détaché pour récuser la compétence du conseil de prud'hommes. Le fait pour un salarié d'être employé sous un faux statut ne lui interdit pas de saisir le juge prud'homal.

En application de l'article L.3245-1 du code du travail, le salarié dispose d'un délai de trois ans pour réclamer le paiement des salaires qui lui sont dus[521]. Cette prescription de trois ans ne s'applique pas aux autres demandes liées à la dissimulation de son emploi ; par exemple la demande de paiement de l'indemnité forfaitaire de six mois ou la demande en requalification de sa situation contractuelle.

[521] Sous réserve d'avoir dénoncé dans les 6 mois le reçu pour solde de tout compte éventuellement signé (article L.1234-20 du code du travail).

***Nota***

***.1.*** *Dans un arrêt de principe, la chambre sociale de la Cour de cassation confirme que le juge prud'homal français reste compétent à l'égard d'une demande introduite par un salarié détaché, même s'il est muni d'un certificat de détachement, pour constater que ce salarié ne relève pas de la catégorie des salariés détachés au sens du droit (du travail) européen*[522]*.*

***.2.*** *Mais, a contrario, et en se référant à la jurisprudence communautaire, la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 31 mars 2012 considère qu'un prétendu salarié détaché ne peut pas bénéficier devant le conseil de prud'hommes de dommages et intérêts pour le préjudice subi du fait du non versement de ses cotisations sociales en France, lorsque l'attribution de ces dommages et intérêts se fonde sur une condamnation pénale de son employeur pour travail dissimulé par défaut de déclarations sociales, rendue en méconnaissance du droit communautaire relatif à l'opposabilité du certificat de détachement.*

*https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/les-effets-penalisants-de-la-jurisprudence-de-la-cjue-relative-au-certificat-de-detachement-frauduleux-la-double-peine-pour-le-pretendu-salarie-detache*

Pour mémoire, il convient de mentionner la position de la chambre sociale de la Cour de cassation, qui, dans une décision de principe[523], rappelle que la personne victime de pratiques d'esclavage moderne par le travail, qui peuventt se combiner avec de la dissimulation d'emploi salarié, a vocation à obtenir la réparation intégrale du préjudice qu'elle a subi :

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/esclavage-moderne-droit-de-la-victime-a-obtenir-reparation-integrale-de-son-prejudice

**La voie pénale** semble a priori moins appropriée que la saisine du conseil de prud'hommes pour faire valoir les droits sociaux du salarié dissimulé. Elle présente cependant quelques avantages, dont l'accès au dossier pénal qui en résultera et qui peut nourrir ultérieurement une action prud'homale ou une action devant le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS)[524] ; elle permet également au salarié de fournir au juge pénal des informations et des documents attestant de la fraude à l'emploi.

La mobilisation de la voie pénale s'effectue soit :

.- par un dépôt de plainte du salarié auprès du procureur de la République. Le salarié peut indiquer dans son dépôt de plainte qu'il souhaite se constituer partie civile si des poursuites sont engagées.

.- par un dépôt de plainte du salarié entre les mains du juge d'instruction, avec constitution de partie civile, en application des articles 2 et 3 du code procédure pénale,

---

[522] Cass. soc. n° 13-27799 du 10 juin 2015 EASYJET.
[523] Cass. soc. n° 16-20490 du 3 avril 2019.
[524] Depuis le 1er janvier 2019, le TASS est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance, puis au 1er janvier 2020 par le pôle social du tribunal judiciaire.

.- par une constitution de partie civile dans le procès correctionnel, en application des articles 2 et 3 du code procédure pénale,

.- par une citation directe devant le tribunal correctionnel.

La mobilisation de la voie pénale la plus usitée est celle de la constitution de la partie civile lors du procès correctionnel ; elle peut être individuelle ou collective, si plusieurs salariés sont victimes du même employeur (faux travailleurs indépendants, faux salariés détachés).

Dans un arrêt de principe[525], la chambre criminelle de la Cour de cassation précise que, si la législation sur le travail dissimulé a été édictée en vue de l'intérêt général, elle n'en tend pas moins à la protection des particuliers, qui peuvent, lorsque sa méconnaissance leur a causé un préjudice personnel et direct, en obtenir réparation devant la juridiction pénale.

Dans un second arrêt de principe du 15 juin 2021, la chambre criminelle de la Cour de cassation[526] précise que le salarié dissimulé peut obtenir réparation d'un double préjudice en sa qualité de partie civile : celui causé directement par la dissimulation de son emploi, tel que le non paiement de toutes ses heures de travail et celui causé par effet secondaire à la suite de la perte de son emploi, telles que la privation des allocations de chômage ou la minoration du montant de sa retraite.

Enfin, dans un autre arrêt de principe[527], la chambre criminelle de la Cour de cassation indique qu'un travailleur indépendant dont le statut n'a pas été requalifié en salarié, impliquant la relaxe pour dissimulation d'emploi salarié de son donneur d'ordre, peut cependant prétendre à l'obtention de dommages et intérêts auprès de celui-ci dans le cadre de sa constitution de partie civile, compte tenu de la nature des faits objet de la poursuite pénale.

***Nota***

*La constitution de partie civile du salarié dissimulé devant la juridiction répressive est strictement limitée à l'obtention des dommages et intérêts qui résultent du préjudice que lui cause la violation de la loi par son employeur. Il ne peut pas obtenir par cette voie des rappels de salaire ou d'indemnité ou le paiement de l'indemnité forfaitaire équivalent à six mois de salaire pour la dissimulation de son emploi ; il ne peut pas non plus obtenir le versement des cotisations sociales non versées sur son compte d'assuré social.*

*Toutes les sommes dues en raison de l'exécution de son contrat de travail relèvent de la compétence exclusive du conseil de prud'hommes (Cass. crim. n° 11-81694 du 30 octobre2012 Auchan) ; il en va de même pour la compétence exclusive du TASS[528] pour le versement des cotisations sociales sur son compte personnel d'assuré social. Dans cette hypothèse, le salarié est tenu par le délai de prescription propre à chaque demande.*

[525] Cass. crim. n° 00-81526 du 6 février 2001 MOHSEN : un salarié étranger dissimulé et sans titre de travail, victime d'un accident du travail.
[526] Cass crim. n° 20-85115 du 15 juin 2021.
[527] Cass. crim. n° 17-83588 du 10 avril 2018 DOMINIQUE X.
[528] Depuis le 1er janvier 2019, le TASS est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance, puis au 1er janvier 2020 par le pôle social du tribunal judiciaire.

**Prérogatives des organisations syndicales représentatives**

L'article L.8223-4 du code du travail, issu de la loi Savary[529], reconnaît le droit aux organisations syndicales représentatives de saisir d'initiative le conseil de prud'hommes pour défendre les droits du salarié dissimulé, à condition que celui-ci, dûment informé, ne s'y soit pas opposé.

L'article D.8223-4 du code du travail précise les modalités de l'initiative des organisations syndicales représentatives.

L'initiative mentionnée à l'article L.8223-4 du code du travail se cumule avec le rôle de conseil et de représentation du salarié par les organisations syndicales devant le conseil de prud'hommes ; elle s'ajoute à la capacité des organisations syndicales de porter plainte au pénal et de se constituer elles-mêmes partie civile au procès pénal.

***Nota***

*La rédaction trop ciblée et restrictive de l'article L.8223-4 du code du travail ne permet pas aux organisations syndicales de saisir dans les mêmes conditions le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS)[530] pour faire valoir les droits du salarié dissimulé, notamment pour obtenir le versement de ses cotisations sociale éludées ou traiter les conséquences d'un accident du travail (non déclaré) ou d'une maladie professionnelle.*

### .B.1.2. Quelles personnes mettre en cause devant le conseil de prud'hommes?

Le salarié dissimulé met en cause son employeur officiel, ou celui qui peut être requalifié en employeur par le juge parce qu'il se trouve dans un lien de subordination juridique à son égard.

Il peut mettre également en cause le donneur d'ordre de son employeur ou le maître d'ouvrage, dans des conditions particulières précisées par le code du travail.

#### .B.1.2.1. La mise en cause de l'employeur

Il s'agit soit de l'employeur officiel, soit de celui qui exerce réellement la subordination juridique sur le salarié.

**.a. La mise en cause de l'employeur officiel du salarié**

Il s'agit de la procédure la plus fréquemment utilisée par le salarié dissimulé. Lorsque le salarié est totalement dissimulé, il peut cependant éprouver des difficultés à établir la preuve qu'il a bien travaillé pour le compte de cet employeur, quand celui-ci nie l'avoir employé. Le salarié a donc tout intérêt à conserver le maximum d'indices et de traces de son emploi, y compris par des témoignages de collègues de travail ou de clients ; il peut

[529] Article 9 de la loi.

[530] Depuis le 1er janvier 2019, le TASS est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance, puis au 1er janvier 2020 par le pôle social du tribunal judiciaire.

également se prendre ou se faire prendre en photo sur son lieu de travail. En tout état de cause, étant embauché sans contrat de travail écrit, il sera réputé avoir travaillé à temps plein[531].

**.b. La mise en cause de celui qui exerce la subordination juridique réelle**

Selon la nature de la fraude à l'emploi dont il est l'objet, le salarié a la faculté de mettre en cause toute personne qui exerce à son égard la subordination juridique et qui n'a pas officiellement la qualité d'employeur à son égard et qui va sans doute la contester en cas de contentieux. Mettre en cause son véritable employeur requalifié présente des avantages pour le salarié : bénéficier d'un meilleur statut social et d'une meilleure protection sociale ; avoir un interlocuteur plus solvable ; faire face à la disparition de son employeur officiel et apparent.

Cette démarche de requalification vise les personnes suivantes (***voir supra p.107***):

.- lorsqu'il est mis à disposition, de façon licite ou illicite, il met en cause l'entité qui l'accueille, l'utilise et lui confie le travail à réaliser[532]. La mise en cause de cette entité en qualité d'employeur réel est possible même si son employeur apparent le fait travailler officiellement et lui délivre des bulletins de paie. Cette mise en cause concerne notamment la fausse sous-traitance, la violation de la législation sur le travail temporaire et la mobilité internationale intragroupe.

.- en qualité de faux bénévole, il met en cause la personne physique (fausse entraide agricole) ou l'entité (entreprise ou association) qui lui donne le travail à réaliser et qui en bénéficie,

.- en qualité de faux stagiaire, il met en cause l'entité qui l'accueille, l'utilise et lui confie le travail à réaliser. La convention de stage n'est pas opposable.

.- en qualité de faux travailleur indépendant, il met en cause son donneur d'ordre, c'est-à-dire l'entité qui lui confie le travail à réaliser et qui en bénéficie,

.- lorsque la présomption de salariat de l'artiste, du mannequin ou du bûcheron n'est pas respectée, il met en cause le producteur du spectacle vivant ou enregistré, l'utilisateur de sa prestation de mannequin ou celui qui lui a confié des travaux de forestage,

.- en qualité de faux salarié détaché sur le territoire français, il met en cause, selon la fraude utilisée :

- ⇨ soit l'établissement français du groupe international qui le fait travailler dans le cadre d'une mobilité internationale et dont son employeur officiel, établi à l'étranger, fait partie,
- ⇨ soit l'entreprise qui aurait dû créer un établissement en France en raison d'une activité stable et continue ou sans limitation prévisible de durée à laquelle il était affecté,

[531] Cass. soc. n° 99-44316 du 12 mars 2002.
[532] Cass. soc. n° 14-14811du 23 mars 2016 CER/SNCF.

⇨ soit l'entreprise utilisatrice française qui le fait travailler dans le cas d'une fausse sous-traitance, d'une fraude au travail temporaire ou d'une autre mise à disposition illicite.

***Nota***

*Le recours à la notion de co-emploi est-il opérationnel pour un salarié qui pourrait considérer être dissimulé par la seconde entreprise qui n'est pas son employeur officiel ?*

*La notion de co-emploi résulte initialement de l'arrêt de requalification de la chambre sociale de la Cour de cassation du 9 novembre 1978*[533]*.*

*Elle ne nécessite pas, par définition, la démonstration d'un lien de subordination juridique avec l'entreprise co-employeur.*

*Ainsi, outre les cas où le salarié se trouve en état de subordination juridique à l'égard de deux employeurs, la chambre sociale de la Cour de cassation reconnait le co-emploi lorsqu'est caractérisée la confusion d'intérêts, d'activité et de direction entre l'employeur, partie au contrat de travail, et une autre entité juridiquement distincte qualifiée de co-employeur.*

*Le co-employeur, lorsqu'il est ainsi reconnu par le juge, doit assumer toutes les obligations lui incombant en sa qualité d'employeur.*

*La chambre sociale de la Cour de cassation fait une application assez restrictive de ces trois critères*[534]*, ce qui fait du co-emploi une voie judiciaire étroite pour le salarié.*

*A ce jour, il n'existe pas de jurisprudence relative à une situation de co-emploi dans une affaire de travail dissimulé. Pour autant, une telle jurisprudence présenterait un intérêt certain pour le salarié dissimulé lorsque son employeur officiel est insolvable ou a disparu.*

### .B.1.2.2. La mise en cause du donneur d'ordre[535]

Depuis la loi du 31 décembre 1991[536], le salarié dissimulé, soit en emploi direct, soit en relation de requalifiée, a la faculté de mettre en cause le donneur d'ordre cocontractant de son employeur, en application de l'article L.8222-2 du code du travail. Ce dispositif a été complété par la loi du 23 décembre 2013[537] qui concerne uniquement le donneur d'ordre personne morale de droit public, en application de l'article L.8222-6 du code du travail.

Ces deux mécanismes, appelés la solidarité financière, sont à la disposition du salarié dissimulé pour obtenir, sous conditions, du donneur d'ordre de son employeur le paiement de ses rémunérations et indemnités, ainsi que les cotisations sociales ; mais ils sont restés peu utilisés par le salarié, malgré leur pertinence et leur intérêt.

---

[533] Cass. soc. n° 77- 13723 du 9 novembre 1978 BOCQUET.
[534] Not. Cass. soc. n° 10-19776 du 24 juin 2014 GRES OCCITAN.
[535] Voir également la circulaire DILTI du 31 décembre 2005 relative à la solidarité financière.
[536] 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.
[537] Article 83 de la loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la sécurité sociale pour 2014.

Les sommes dues par le donneur d'ordre au salarié dissimulé sont proratisées à la valeur des travaux réalisés par de son employeur pour le compte de ce client.

Ces deux mécanismes obéissent à des conditions différentes de mise en œuvre. Lorsque le donneur d'ordre est une personne morale de droit public, le salarié a le choix entre les deux procédures.

**.a. Le mécanisme prévu par l'article L.8222-2 du code du travail (*voir supra p.176*)**

Pour assigner le donneur d'ordre devant le conseil de prudhomme en application de cette disposition du code du travail, il faut, soit que le donneur d'ordre ait été condamné pour recours à du travail dissimulé pratiqué par son employeur, soit, qu'à la suite d'un contrôle, son employeur ait été verbalisé pour des faits de travail dissimulé et que son donneur d'ordre n'ait pas procédé à des vérifications préalables auprès de son employeur au moment de ce contrôle.

.- la condamnation pénale du donneur d'ordre pour recours à son employeur qui pratique du travail dissimulé permet au salarié qui en est victime de l'assigner de plein droit au conseil de prud'hommes, en application de l'article L.8222-2 du code du travail.

.- en l'absence de condamnation pénale du donneur d'ordre, quatre conditions sont à réunir pour permettre au salarié de faire jouer l'article L.8222-2 du code du travail. Il faut que :

- ⇨ son employeur soit contrôlé par un des agents de contrôle habilités mentionnés à l'article L.8271-1-2 du code du travail,
- ⇨ l'agent de contrôle verbalise son employeur pour des faits de travail dissimulé,
- ⇨ le contrat commercial ou le marché entre son employeur et son donneur d'ordre soit égal ou supérieur à 5 000 euros hors taxes,
- ⇨ le donneur d'ordre n'ait pas procédé à des vérifications initiale et périodiques auprès de son employeur[538].

La mise en cause du donneur d'ordre a été rendue plus difficile pour le salarié depuis 2004[539] par le préalable d'un contrôle et d'un procès-verbal d'un agent habilité en matière de travail dissimulé, ce qui n'était pas le cas auparavant ; cette condition n'existait pas à l'origine de la loi en 1991. A supposer donc que le salarié dispose de toutes les informations permettant d'assigner le donneur d'ordre devant le conseil de prudhommes, il est bloqué dans son action judiciaire par l'absence d'un contrôle de son employeur par les services de l'Etat ou les services de recouvrement. Il ne peut pas agir de sa propre initiative.

---

[538] ***Voir infra p.371 et sq***. en annexe le détail de ces vérifications.

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

***Nota***

*Dans une décision du 4 novembre 2020 , la chambre sociale de la Cour de cassation a reconnu pour la première fois le bénéfice de la solidarité financière au profit de salariés détachés sur le territoire français.*

*https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/salaries-interimaires-detaches-benefice-de-la-solidarite-financiere-reconnu*

**.b). Le mécanisme prévu par l'article L.8222-6 du code du travail (*voir supra p.178*)**

Ce mécanisme est réservé au cas où l'employeur du salarié dissimulé est une entreprise cocontractante d'un donneur d'ordre personne morale de droit public, et quel que soit le montant du marché[540].

Pour permettre au salarié dissimulé d'assigner le donneur d'ordre personne morale de droit public devant le conseil de prudhomme en application de cette disposition du code du travail, il faut que :

⇨ son employeur soit contrôlé par l'un des agents de contrôle habilités mentionnés à l'article L.8271-1-2 du code du travail,

⇨ à l'issue de ce contrôle, le donneur d'ordre ait reçu un courrier de la part de l'agent de contrôle l'informant que l'employeur de ce salarié pratique du travail dissimulé,

⇨ soit à réception du courrier lui signalant la situation de travail dissimulé, le donneur d'ordre n'ait pas écrit aussitôt à son employeur pour lui enjoindre de faire cesser sans délai la situation et n'ait pas informé l'agent de contrôle habilité des suites données par l'entreprise à son injonction,

⇨ soit le contrat se poursuit au-delà d'un délai de six mois suivant l'injonction du donneur d'ordre, et alors que la situation de travail dissimulé n'a pas cessé.

Il n'est pas nécessaire que soit établi un procès-verbal constatant l'infraction de travail dissimulé.

**.B.1.2.3. La mise en cause du maître d'ouvrage[541] (*voir supra p. 180*)**

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 réalisé[542]. Le maître d'ouvrage est destinataire final du travail réalisé et en assure la plupart du temps son financement.

Il s'agit d'un troisième mécanisme de solidarité financière qui permet, sous conditions, au salarié dissimulé de demander au maître d'ouvrage de lui payer, aux lieu et place de son

[540] Le seuil de 5 000 euros n'existe pas.
[541] Voir également la circulaire DILTI du 31 décembre 2005.
[542] 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 maitrise d'œuvre privée.

employeur, les rémunérations et indemnités, ainsi que les cotisations sociales, dues à raison de son emploi dissimulé. Les sommes dues par le maître d'ouvrage sont proratisées à la valeur des travaux réalisés par son employeur pour le compte de celui-ci.

Le salarié dissimulé ne peut pas cependant assigner directement le maître d'ouvrage devant le conseil de prudhommes. Le maître d'ouvrage doit, soit avoir été condamné pénalement pour recours par personne interposée à du travail dissimulé, soit ne pas avoir obtenu, après signalement, la régularisation de la situation de l'employeur du salarié victime du travail dissimulé.

.- la condamnation pénale du maître d'ouvrage pour recours, par personne interposée, à l'employeur qui pratique du travail dissimulé permet au salarié qui en est victime de l'assigner de plein droit au conseil de prud'hommes, en application de l'article L.8222-2 du code du travail.

.- en l'absence de condamnation pénale, cinq conditions sont à réunir pour permettre au salarié de faire jouer les articles L.8222-2 et L.8222-5 du code du travail à l'égard du maître d'ouvrage. Il faut que :

- ⇨ le salarié connaisse l'identité et l'adresse du maître d'ouvrage,
- ⇨ l'activité économique à laquelle contribue le salarié ait fait l'objet d'un contrôle par un agent habilité en matière de lutte contre le travail dissimulé
- ⇨ l'agent habilité ait décidé de faire application de l'article L.8222-5, d'informer le maître d'ouvrage que l'employeur de ce salarié pratique du travail dissimulé et de lui demander de faire cesser cette situation,
- ⇨ le maître d'ouvrage n'ait pas entrepris les diligences nécessaires pour faire cesser cette situation qui perdure après un second de l'agent de contrôle habilité[543],
- ⇨ le salarié soit informé de tout ce qui précède pour en faire état devant le conseil de prud'hommes.

**.B.2. La reconnaissance des droits sociaux au titre de la protection sociale**

Le salarié dissimulé subit essentiellement deux préjudices en lien avec sa protection sociale :

.- l'absence de déclaration ou de prise en charge de son accident du travail ou de sa maladie professionnelle,

.- l'absence de versement de cotisations sociales.

Le respect et la reconstitution de ses droits relèvent à titre principal de la compétence de la caisse de sécurité sociale compétente et du tribunal des affaires de sécurité sociale

[543] Le maître d'ouvrage est également tenu par la solidarité financière s'il n'obtient pas la régularisation de la situation à la suite d'un signalement d'un syndicat, d'une organisation professionnelle ou d'une institution représentative du personnel (même article du code du travail).

(TASS)[544] ; mais la sollicitation des services de l'inspection du travail n'est pas dénuée d'intérêt.

### .B.2.1. La déclaration et la reconnaissance de son accident du travail

**.a.** Le salarié dissimulé victime d'un accident du travail non déclaré par son employeur n'est pas démuni. Il dispose d'un délai de 2 ans pour le déclarer lui-même, ou ses représentants ou ayants-droit, à la caisse de sécurité sociale compétente dont il relève (CPAM, MSA, CGSS, ENIM…). En déclarant cet accident, il est pris en charge au titre de cette législation, si nécessaire après enquête de la caisse.

Au-delà de sa prise en charge au titre des accidents du travail, il peut faire valoir devant la caisse, puis devant le TASS[545], l'existence d'une faute inexcusable de l'employeur dans la survenance de l'accident.

**.b.** Il a également tout intérêt à en informer l'inspecteur du travail du lieu de l'accident du travail pour les raisons suivantes :

.-en application de l'article L.1226-13 du code du travail, son licenciement est nul ; il s'agit d'une disposition d'ordre public.

.- en application de l'article L.471-1 du code de la sécurité sociale, l'inspecteur du travail a la faculté de verbaliser l'employeur qui n'a pas déclaré un accident du travail. Lorsqu'il est un salarié détaché, l'inspecteur du travail peut transmettre un rapport au Direccte ou au Dieccte pour infliger une sanction administrative à son employeur, dans le cadre de l'article L.1262-4-4 du code du travail[546].

.- l'inspecteur du travail est compétent pour traiter les affaires de travail dissimulé,

.- sur la base de l'information communiquée par le salarié, l'inspecteur du travail diligente (en principe) une enquête qui permettra la régularisation de l'ensemble de sa situation administrative (délivrance de bulletin de paie, régularisation de sa rémunération, versement des cotisations sociales etc), au-delà de la seule omission de déclarer l'accident du travail,

.- l'intervention de l'inspecteur du travail aura pour effet de mettre un terme à la situation à l'origine de l'accident du travail,

.- l'enquête de l'inspecteur du travail peut mettre en évidence des éléments de nature à démontrer l'existence d'une faute inexcusable de l'employeur,

.- l'intervention de l'inspecteur du travail est de nature à le faire embaucher, ou si le salarié est employé sous un faux statut, l'enquête de l'inspecteur du travail pourra aider le salarié à obtenir la requalification de son statut et ainsi, par suite, sa prise en charge au titre des accidents du travail.

---

[544] Depuis le 1er janvier 2019, le TASS est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance, puis au 1er janvier 2020 par le pôle social du tribunal judiciaire.
[545] Idem.
[546] Article issu de la loi Travail.

**.c.** Le salarié victime d'un accident du travail peut se constituer partie civile, sans demander l'allocation de dommages et intérêts, dans le cadre du procès pénal relatif aux manquements commis par son employeur, à l'origine de son accident.

Dans un arrêt de principe[547], la chambre criminelle de la Cour de cassation précise en effet que, même dans le cas où la réparation du dommage échapperait à la compétence de la juridiction pénale, la personne qui, conformément à l'article 2 du code procédure pénale, prétend avoir été lésée par un délit, est recevable à se constituer partie civile aux fins de faire établir l'existence de l'infraction et possède, par l'effet de sa constitution, tous les droits reconnus à la partie civile.

Par ailleurs, et en application de l'article L.452-5 du code de la sécurité sociale, si l'accident est dû à la faute intentionnelle de l'employeur ou de l'un de ses préposés, le salarié dissimulé ou ses ayants-droit conserve contre l'auteur de l'accident le droit de demander la réparation du préjudice causé, conformément aux règles du droit commun, dans la mesure où ce préjudice n'est pas réparé par la législation de sécurité sociale relative aux accidents du travail.

*Se reporter également **supra au Nota des pages 213 et 214,** qui présente le régime juridique dérogatoire et pénalisant de la déclaration d'accident du travail dont est victime un salarié détaché.*

### .B.2.2. La déclaration et la reconnaissance de sa maladie professionnelle

La déclaration d'une maladie professionnelle à la caisse de sécurité sociale compétente (CPAM, MSA, CGSS, ENIM…) est effectuée par le salarié qui se considère victime d'une telle affection[548].

L'employeur du salarié dissimulé n'a pas d'obligation déclarative particulière et n'est pas défaillant, contrairement à une absence de déclaration d'accident du travail.

Le salarié a également tout intérêt à en informer l'inspecteur du travail du lieu de survenance de son affection et pour les mêmes raisons que celles relatives à un défaut de déclaration d'un accident du travail.

L'enquête de l'inspecteur du travail peut l'aider à conforter ses droits, tant au regard de la législation du travail qu'au regard de sa protection sociale.

*Par exemple,* si le salarié dissimulé est un travailleur saisonnier dans l'agriculture qui a été exposé à des produits phytosanitaires nocifs, sans protection particulière.

Le salarié victime d'une maladie professionnelle peut par ailleurs se constituer partie civile, sans demander l'allocation de dommages et intérêts, dans le cadre du procès pénal relatif aux manquements commis par son employeur et à l'origine de sa maladie professionnelle.

---

[547] Cass. crim. n° 01-85219 du 30 avril 2002 MLGT pour un salarié victime d'un accident du travail.
[548] Pour plus d'information, voir le site de l'assurance maladie ameli.fr

Dans un arrêt de principe[549], la chambre criminelle de la Cour de cassation précise en effet que, même dans le cas où la réparation du dommage échapperait à la compétence de la juridiction pénale, la personne qui, conformément à l'article 2 du code procédure pénale, prétend avoir été lésée par un délit, est recevable à se constituer partie civile aux fins de faire établir l'existence de l'infraction et possède, par l'effet de sa constitution, tous les droits reconnus à la partie civile.

Par ailleurs, et en application de l'article L.452-5 du code de la sécurité sociale, si la maladie professionnelle est due à la faute intentionnelle de l'employeur ou de l'un de ses préposés, le salarié dissimulé ou ses ayants-droit conserve contre l'auteur de la maladie professionnelle le droit de demander la réparation du préjudice causé, conformément aux règles du droit commun, dans la mesure où ce préjudice n'est pas réparé par la législation de sécurité sociale relative aux maladies professionnelles.

### .B.2.3. Le versement des cotisations sociales

**.a.** Lorsque le salarié dissimulé obtient satisfaction devant le conseil de prud'hommes, la remise de bulletins de paie qu'il n'a jamais obtenus, ou la remise de bulletins de paie complétés et rectifiés, entraîne en principe la régularisation du versement des cotisations sociales qui avaient été éludées par l'employeur, à la fois au régime de base et à la retraite complémentaire.

Pour s'en assurer, le salarié peut demander un relevé de situation individuelle interrégimes[550] auprès de la caisse nationale d'assurance vieillesse (CNAV) ou de la CARSAT, ou auprès de la caisse dont il relève en principe, même si son compte est crédité avec un certain décalage après la remise de ses bulletins de paie.

Si l'employeur n'a pas versé les cotisations sociales précomptées, le salarié saisit le TASS[551] pour obtenir le versement de ce précompte indûment retenu ; la rétention de précompte constitue en outre une contravention de 5ème classe prévue par le code de la sécurité sociale.

**.b.** En fonction des modalités de la fraude, le salarié dissimulé qui travaille en France sous le statut indu de détaché peut assigner devant le TASS son employeur officiel ou requalifié, lorsqu'il est rattaché ou maintenu à tort à un autre régime de protection sociale français, via un certificat de détachement inapproprié. L'objet de cette assignation est d'obtenir la condamnation de son employeur officiel ou requalifié à verser ses cotisations sociales au régime de base et à la caisse de retraite complémentaire.

Compte tenu des décisions de la CJUE dans l'affaire A-Rosa[552] , en réponse à la question préjudicielle posée le 6 novembre 2015 par la Cour de cassation[553], puis dans l'affaire Vueling[554], en réponse à la question préjudicielle posée le 10 janvier 2018 par la Cour de

[549] Cass. crim. n° 01-85219 du 30 avril 2002 MLGT pour un salarié victime d'un accident du travail.
[550] Le RSI mentionne la totalité des périodes de travail, tous régimes confondus, ayant donné à versement de cotisations sociales par les différents employeurs du salarié.
[551] Depuis le 1er janvier 2019, le TASS est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance, puis au 1er janvier 2020 par le pôle social du tribunal judiciaire.
[552] CJUE C-620/15 du 27 avril 2017 A-ROSA.
[553] Cass. Ass. Plén. n° 13-25467 du 6 novembre 2015 A-ROSA.
[554] CJUE C-370/17 et C-37/18 du 2 avril 2020 VUELING

cassation[555], la procédure engagée par le prétendu salarié détaché risque de se heurter à de nombreuses contestations et difficultés, voire à des obstacles rédhibitoires.

En effet, en application de cette jurisprudence de la CJUE, le salarié doit préalablement obtenir le retrait ou l'invalidation du certificat de détachement par l'institution de sécurité sociale de l'Etat qui l'a délivré ; mais il n'a pas qualité pour s'adresser lui même à l'institution émettrice du formulaire. Il doit solliciter l'institution française de sécurité sociale compétente (Urssaf, MSE, CGSS, ENIM, caisse de retraite complémentaire, Pôle Emploi…) seule habilitée à engager cette démarche.

Sous réserve que l'institution française de sécurité sociale accepte d'engager cette démarche, ce qui n'est pas acquis pour un dossier individuel, la reconnaissance des droits sociaux du prétendu salarié détaché va dépendre de la réponse de l'institution de sécurité sociale émettrice du formulaire, qui est tenue de répondre dans un délai raisonnable, mais dont la durée n'est pas explicitement mentionnée par la CJUE.

Si l'institution de sécurité sociale refuse de retirer le formulaire, le prétendu salarié détaché n'a pas de recours contre cette décision. Elle lui est opposable, ainsi qu'au TASS[556] qui ne pourra pas en principe condamner son employeur à payer les cotisations sociales en France ou au conseil de prud'hommes qui ne pourra pas le condamner à lui verser des dommages et intérêts.

Dans l'arrêt Vueling du 2 avril 2020, la CJUE ajoute que le prétendu salarié détaché n'est pas recevable à invoquer à son bénéfice, et pour faire valoir ses droits sociaux, l'autorité de la chose jugée résultant d'une décision de justice de l'Etat d'accueil et d'emploi qui a été rendue en violation du droit communautaire. En l'espèce, il ne peut faire état d'une décision de condamnation de son employeur qui a été prise sans que le juge s'assure que la procédure de demande de retrait ou d'invalidation du certificat de détachement a été respectée.

Juridiquement, les décisions de la CJUE, c'est-à-dire de la justice communautaire, ne s'appliquent pas au certificat de détachement délivré par un Etat tiers, c'est-à-dire un Etat hors Union européenne (UE), hors Espace économique européen (EEE) et hors Suisse. Dès lors, le prétendu salarié détaché qui possède indûment un certificat de détachement délivré par une institution de sécurité sociale d'un Etat tiers a la faculté de saisir directement le TASS ou le conseil de prud'hommes, sans risquer de se voir opposer la jurisprudence de la CJUE sur le certificat de détachement.

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/les-effets-penalisants-de-la-jurisprudence-de-la-cjue-relative-au-certificat-de-detachement-frauduleux-la-double-peine-pour-le-pretendu-salarie-detache

[555] Cass. soc. n° 16-16713 du 8 janvier 2018 VUELING.
[556] Depuis le 1er janvier 2019, le TASS est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance, puis au 1er janvier 2020 par le pôle social du tribunal judiciaire.

## .II. Les droits des organismes de protection sociale victimes du travail dissimulé

### .A. Quels sont les organismes de protection sociale victimes ?

Traditionnellement, on considère que les organismes de protection sociale comprennent d'une part les organismes qui relèvent de la sécurité sociale et d'autre part les organismes qui relèvent de l'assurance chômage.

Parmi les organismes de protection sociale, ceux qui sont victimes du travail dissimulé sont ceux qui sont chargés de recouvrer les cotisations et les contributions sociales qui leur sont dues, dès lors qu'une activité professionnelle salariée ou indépendante est exercée sur le territoire français

En effet, le travail dissimulé se traduit par le non versement de tout ou partie des cotisations et des contributions sociales aux organismes de protection sociale.

Par ailleurs, les organismes de protection sociale sont en droit de refuser le bénéfice d'exonération ou d'abattement de cotisations sociales ou d'en obtenir le remboursement auprès de ceux qui sont impliqués dans une affaire de travail dissimulé.

Enfin, les organismes de protection sociale prestataires sont habilités à récupérer auprès d'un employeur qui pratique du travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le coût des dépenses sociales occasionnées par un accident du travail ou par une maladie professionnelle survenu au salarié dissimulé.

**Au titre de la sécurité sociale**, sont notamment victimes de ces fraudes les organismes de recouvrement suivants:

- ⇨ les Urssaf,
- ⇨ les caisses de mutualité sociale agricole (MSA),
- ⇨ les caisses générales de sécurité sociales (CGSS) pour les départements d'outre mer,
- ⇨ l'Etablissement national des invalides de la Marine (ENIM) pour les marins,
- ⇨ le régime social des indépendants (RSI) pour les artisans, les commerçants et les professions libérales,
- ⇨ la caisse des professions libérales (CIPAV) pour les cotisations retraites, invalidité et décès
- ⇨ les caisses de retraite complémentaire des salariés[557].

Le Centre des liaisons européennes et internationales de sécurité sociale (CLEISS) est un organisme de protection sociale, mais qui n'assure pas de mission de recouvrement des cotisations et contributions sociales ou de versement de prestations.

Au titre du versement de prestations en nature ou en espèces lors d'accident du travail ou de maladie professionnelle, les organismes prestataires, notamment les CPAM, les caisses de MSA , les CGSS et l'ENIM.

[557] Il en existe une trentaine en France.

**Au titre de l'assurance chômage**, et depuis la réforme de 2011[558], l'Urssaf est le principal organisme de recouvrement des cotisations et contributions obligatoires.

Pôle Emploi reste cependant compétent en matière de recouvrement pour certains salariés, en application de l'article L.5427-1 du code du travail : salariés agricoles, intermittents du spectacle, VRP, expatriés, frontaliers, marins…

***Nota***

*L'Urssaf recouvre également les cotisations et contributions dues au GUSO par les employeurs occasionnels d'artistes et de techniciens des spectacles vivants et enregistrés*

Le manque à gagner financier généré par le travail dissimulé fait de ces organismes des victimes directes de ces fraudes.

Pour recouvrer les cotisations sociales qui leur sont dues les organismes de protection sociale disposent des prérogatives et des procédures de droit commun qui leur sont reconnues par les textes particuliers qui leurs sont applicables.

En sus de ce dispositif de recouvrement de droit commun, le législateur a mis en place et développé depuis la loi du 31 décembre 1991[559] des prérogatives et des procédures spécifiques à la lutte contre le travail dissimulé, inscrites pour l'essentiel dans le code du travail, le code de la sécurité sociale et le code rural.

Depuis cette époque, de nombreux arrêts de la Cour de cassation précisent et complètent ce dispositif normatif.

Voir notamment :

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/procedure-de-recouvrement-des-cotisations-et-contributions-sociales-derogatoire

Les organismes de protection sociale sont d'autant plus légitimes à faire valoir leurs droits lésés que le défaut de déclarations sociales, initiale ou périodiques, constitue l'un des éléments matériels de l'infraction de travail dissimulé et qu'ils disposent d'agents habilités à rechercher et à constater cette infraction.

***Nota***

*Si, en raison de leur activité, les Urssaf et, dans une moindre mesure, les caisses de MSA, initient des procédures et apparaissent dans des procédures judiciaires qui font référence, il est utile de rappeler que c'est l'ensemble des organismes de protection*

[558] Articles 4 et 5 de la loi n° 2008-126 du 13 février 2008 relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi et article 24 de la loi n° 2009-1646 du 24 décembre 2009 de financement de la sécurité sociale ; voir également la circulaire Unédic n° 2011-14 du 9 mars 2011.

[559] 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.

*sociale ayant une mission de recouvrement des cotisations et des contributions sociales qui disposent, en tant que victimes, des outils juridiques pour récupérer les sommes éludées. A condition de les mobiliser et de les utiliser.*

### .B. Quelle(s) personne(s) mettre en cause ?

Pour récupérer les cotisations et contributions sociales éludées dans une affaire de travail dissimulé, les organismes de protection sociale ont la possibilité de mettre en cause plusieurs personnes, débitrices des sommes qui leur sont dues.

Cependant, les organismes de protection sociale sont tenus par l'autorité de la chose jugée au pénal[560] ; à ce titre une relaxe pour dissimulation d'emploi salarié s'impose. Mais cette autorité ne s'attache qu'à la qualité du fait incriminé, pas à ses conséquences, notamment en présence d'une dissimulation d'heures de travail[561] .

Voir l'article de l'auteur :

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/perimetre-du-recouvrement-des-cotisations-sociales-eludees-autorite-de-la-chose-jugee-au-penal

#### .B.1. La mise en cause du travailleur indépendant dissimulé

Le travailleur indépendant, établi en France ou à l'étranger, qui pratique du travail dissimulé par dissimulation d'activité économique ne verse pas, tout ou partie, des cotisations et contributions sociales aux organismes de protection sociale dont il relève, c'est-à-dire principalement le RSI, la CIPAV, la MSA et l'ENIM. Ces organismes sont victimes de ce comportement, au même titre que celui d'un employeur qui pratique du travail dissimulé.

La mise en cause d'un vrai travailleur indépendant établi en France ne suscite pas de difficulté particulière ; lorsqu'il se présente comme un prétendu bénévole ou intervenant dans un cadre amical ou d'entraide, sa mise en cause nécessite au préalable de requalifier son statut (***voir supra p.45***).

La mise en cause d'un vrai travailleur indépendant établi hors de France nécessite d'établir qu'il n'est pas couvert par un certificat de détachement et qu'il ne s'est pas immatriculé au régime social approprié des travailleurs non salariés en France. Le recouvrement des cotisations dues est objectivement rendu complexe par l'extranéité de sa domiciliation hors de France, ce qui justifie la mise en œuvre de la solidarité financière à l'égard de son donneur d'ordre lorsque les conditions légales sont réunies (***voir supra p.67.***).

#### .B.2. La mise en cause de l'employeur du salarié dissimulé

A titre principal et habituel, le débiteur des cotisations et des contributions sociales dues aux organismes de protection sociale est l'employeur du salarié dissimulé, dont l'emploi n'a pas conduit au versement spontané de tout ou partie de ces cotisations et contributions.

---

[560] Cass. civ. 2 n° 20-15279 du 18 mars 2021 MADAME E.
[561] Cass. civ. 2 n° 20-10725 du 18 mars 2021 LES DELICES DE BABYLONE.

### .B.2.1. La mise en cause de l'employeur officiel du salarié dissimulé

L'employeur officiel, c'est-à-dire celui qui ne conteste pas sa qualité et l'existence de l'emploi dissimulé de son salarié, est établi en France ou à l'étranger.

**.B.2.1.1. La mise en cause de l'employeur officiel établi en France** qui doit des cotisations et des contributions sociales ne pose pas de difficulté juridique particulière.

Il convient cependant de préciser que les organismes de protection sociale sont habilités à contester, comme le salarié, les dispositifs juridiques relatifs au temps de travail prévus par la législation du travail, lorsque ces dispositifs ne sont pas déclinés et mis en œuvre conformément à la législation du travail, et évitent de payer la totalité des heures de travail accomplie par le salarié (***voir supra p.95).***

Les organismes de protection sociale ont ainsi la possibilité de contester les quatre dispositifs suivants qui, indûment appliqués, dissimulent des heures de travail et se soustraient au paiement de cotisations et contributions sociales:

**.- l**a forfaitisation ou quantification a priori des heures de travail prévue par le code du travail et un accord collectif de travail, comme dans le secteur de la distribution de prospectus,

.- la forfaitisation ou quantification a priori des heures de travail par décision unilatérale de l'employeur, comme pour le nettoyage des chambres d'hôtels,

.- les trois conventions de forfait prévues par le code du travail et, le cas échéant, un accord collectif de travail : la convention de forfait en heures sur une semaine ou un mois (article L.3121-38 du code du travail), la convention de forfait annuel en heures et la convention de forfait annuel en jours (article L.3121-39 du code du travail). Les deux dernières conventions de forfait nécessitent une déclinaison par un accord collectif de travail.

.- la qualité de cadre dirigeant, mentionnée à l'article L.3111-2 du code du travail, n'est pas opposable dès lors que le salarié n'exerce pas les fonctions décrites par la loi, ce qui entraîne le paiement de toutes les heures accomplies non mentionnées sur le bulletin de paie.

Les organismes de protection sociale contestent assez rarement l'utilisation mal appropriée de ces dispositifs qui conduit objectivement à de la dissimulation d'heures de travail et à la minoration des cotisations et contributions sociales.

### .B.2.1.2. La mise en cause de l'employeur officiel non établi en France[562]

La mise en cause pour travail dissimulé d'un employeur non établi en France est possible[563] pour défaut de remise de bulletin de paie ou du document équivalent, ainsi que pour dissimulation d'heures de travail, compte tenu de la modification de la rédaction du 2° de l'article L.8221-5 du code du travail issue de la loi Travail, et/ou pour défaut de déclarations sociales en France, induisant un défaut de paiement de cotisations sociales en France, à la sécurité sociale et à l'assurance chômage.

[562] Voir également le » Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères en France » 5ème édition Juin 2021, du même auteur.

[563] En dehors des cas de fraude à l'établissement et/ou au détachement (***voir supra p.100***). Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères » 5ème édition Juin 2021, du même auteur.

Il résulte de l'article L.111-2-2 du code de la sécurité sociale, des règlements de sécurité sociale n° 883/2004 du 29 avril 2004 et n° 987/2009 du 16 septembre 2009, ainsi que des 37 conventions bilatérale de sécurité sociale signées entre la France et des Etats tiers [564], que les organismes de protection sociale ont comme interlocuteurs six catégories d'employeurs non établis en France :

**.a. L'employeur n'est pas établi dans un des 37 Etats** qui ont signé une convention bilatérale de sécurité sociale et ne relève pas d'une de ces conventions. Il doit procéder à son immatriculation, puis aux déclarations sociales en France via l'imprimé E0 et à la déclaration unique d'embauche auprès du guichet unique qui lui est dédié en France : CNFE Urssaf de Strasbourg, MSA d'Alsace, Urssaf des Alpes Maritimes pour les entreprises monégasques et Urssaf du Gard pour les entreprises du secteur de la tauromachie.

A défaut, les organismes de protection sociale sont légitimes à lui réclamer les cotisations sociales (sécurité sociale et assurance chômage) puisque cet employeur pratique du travail dissimulé.

**.b. L'employeur est établi dans un des 37 Etats** qui ont signé une convention bilatérale de sécurité sociale et il justifie détacher son salarié dans le cadre de la convention bilatérale (certificat de détachement présenté).

Les organismes de protection sociale ne sont pas légitimes à lui réclamer les cotisations de sécurité sociale puisque le salarié est maintenu au régime de sécurité sociale du lieu habituel d'emploi. L'infraction de travail dissimulé n'est pas constituée à ce titre.

Mais les cotisations sociales au titre de l'assurance chômage restent dues à Pôle Emploi, car les conventions bilatérales ne couvrent pas l'assurance chômage. Si les déclarations ne sont pas effectuées à Pôle Emploi pour payer les cotisations au titre de l'assurance chômage, l'infraction de travail dissimulé par défaut de déclarations sociales est constituée.

**.c. L'employeur est établi dans un des 37 Etats** qui ont signé une convention bilatérale de sécurité sociale et il relève d'une de ces conventions ; mais il ne justifie pas détacher son salarié dans le cadre de cette convention (pas de certificat de détachement présenté) et il ne s'est pas immatriculé au guichet unique qui lui est dédié.

Les organismes de protection sociale sont légitimes à lui réclamer les cotisations sociales (sécurité sociale et assurance chômage), puisque cet employeur pratique du travail dissimulé.

**.d. L'employeur est établi dans un des Etats de l'UE ou de l'EEE** et il justifie détacher son salarié dans le cadre des règlements communautaires (certificat de détachement présenté).

Les organismes de protection sociale ne sont pas légitimes à lui réclamer les cotisations sociales (sécurité sociale et assurance chômage) puisque le salarié est maintenu au régime de sécurité sociale du lieu habituel d'emploi.

Si l'organisme de recouvrement conteste le bien fondé de la délivrance du certificat de détachement, il est tenu de saisir l'institution de sécurité sociale qui l'a délivré pour

[564] Voir la liste de ces Etats sur le site du CLEISS.

demander son retrait ou son invalidation[565]. Si le certificat de détachement est retiré ou invalidé, les cotisations sociales sont dues en France. A ce jour, il n'existe pas de contentieux relatif à la qualification juridique du défaut de déclarations sociales en France (travail dissimulé ou non) résultant d'un retrait ou d'une invalidation d'un certificat de détachement.

**.e. L'employeur est établi dans un des Etats de l'UE ou de l'EEE**, mais il ne justifie pas détacher son salarié dans le cadre des règlements communautaires (certificat de détachement non présenté).

Les organismes de protection sociale sont légitimes à lui réclamer les cotisations sociales (sécurité sociale et assurance chômage), puisque cet employeur pratique du travail dissimulé.

**.f. L'employeur est établi hors de France** et il embauche en France un salarié pour le faire travailler en France. Il doit procéder à son immatriculation, puis aux déclarations sociales en France via l'imprimé E0 et à la déclaration unique d'embauche auprès du guichet unique qui lui est dédié en France : CNFE Urssaf de Strasbourg, MSA d'Alsace, Urssaf des Alpes Maritimes pour les entreprises monégasques et Urssaf du Gard pour les entreprises du secteur de la tauromachie.

A défaut, les organismes de protection sociale sont légitimes à lui réclamer les cotisations sociales (sécurité sociale et assurance chômage), puisque cet employeur pratique du travail dissimulé.

### .B.2.2. La mise en cause de celui qui exerce de fait la subordination juridique à l'égard du salarié

Au-delà des apparences des conditions d'exercice d'une activité, les organismes de protection sociale sont en droit d'obtenir le paiement des cotisations et des contributions sociales auprès du véritable employeur du salarié dissimulé, par la voie de la requalification d'une situation de travail, sur le constat d'une subordination juridique et plus largement, pour les organismes de sécurité sociale, sur le fondement de l'article L.311-2 du code de la sécurité sociale et de l'article L.720-22 du code rural pour les salariés agricoles et assimilés.

En la matière, l'arrêt *Société Générale* de la Cour de cassation du 13 novembre 1996[566] est la décision de référence pour déterminer l'assujettissement d'une personne en qualité de salarié. Cet arrêt, rendu au double visa de l'article L.121-1 du code du travail et L.242-1 du code de la sécurité sociale, unifie les critères du salariat au sens du code du travail et du code de la sécurité sociale, et fait de la subordination juridique la condition unique de la reconnaissance de la qualité de salarié.

De ce fait, les organismes de protection sociale se trouvent *grosso modo* dans la même situation de requalification qu'un salarié dont l'emploi est dissimulé par son employeur sous une fausse apparence, c'est-à dire sous le statut indu de bénévole, de travailleur indépendant, de stagiaire ou de salarié détaché.

---

[565] CJUE C-620/15 du 27 avril 2017 A-ROSA ; C-359/16 du 6 février 2018 ALTUN ; C-370/17 et C-35/18 du 2 avril 2020 VUELING.

[566] Cass. soc. n° 94-13187 du 13 novembre 1996 SOCIETE GENERALE.

Cependant, s'agissant de la requalification d'un travailleur indépendant en salarié, la Cour de cassation exige la mise en cause, dans la procédure de recouvrement des cotisations engagée à l'encontre du donneur d'ordre, du ou des travailleur(s) à requalifier :

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/procedure-de-recouvrement-des-cotisations-sociales-dans-le-cadre-d-une-requalification-contractuelle

**.B.2.2.1. La mise en cause de celui qui emploie un salarié dissimulé mis à sa disposition**

Le salarié mis à disposition d'une autre entreprise en devient son salarié, dès lors que cette mise à disposition s'accompagne d'un transfert de la subordination juridique[567]. Or, dans la quasi totalité des mises à disposition, l'entreprise qui accueille et utilise le salarié mis à sa disposition va lui fournir le travail, l'encadrer, le diriger, lui donner des instructions et organiser son activité professionnelle, ce qui caractérise le transfert de la subordination juridique. C'est d'ailleurs l'objet de la mise à disposition que de permettre à l'entreprise d'accueil de l'employer comme l'un de ses propres salariés.

La mise en cause de l'entreprise utilisatrice du salarié mis à disposition est possible, soit dans le cadre d'une mise à disposition illicite, soit dans le cadre d'une mise à disposition licite.

**.a. La mise à disposition illicite du salarié**

Le salarié fait l'objet d'une mise à disposition illicite, lorsque cette mise à disposition s'inscrit dans le cadre d'une opération qui s'analyse en du marchandage (article L.8231-1 du code du travail) ou d'une opération qui s'analyse en du prêt illicite de main-d'œuvre (article L.8241-1 du code du travail).Elle est également illicite dès lors qu'elle ne respecte pas les conditions posées par l'alinéa 6 de l'article L.8241-1 et l'article L.8241-2 du code du travail, issus de la loi Cherpion[568].

Le marchandage et le prêt illicite de main-d'œuvre résultent essentiellement de trois fraudes : la fausse sous-traitance, l'exercice illégal d'une activité licite de mise à disposition de salarié[569] et la fourniture illégale d'un salarié par un trafic de main-d'œuvre[570].

La chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu de nombreux arrêts condamnant l'entreprise d'accueil ou utilisatrice pour dissimulation d'emploi salarié[571], preuve que cette entreprise est l'employeur réel du salarié mis à disposition et donc débitrice des cotisations et contributions sociales.

La chambre sociale de la Cour de cassation procède à la même analyse, en considérant que l'entreprise utilisatrice est l'employeur du salarié à qui celui-ci est légitime à s'adresser pour

[567] Not. Cass. Ass. Plén. n° 92-40641 du 20 décembre 1996 ALLIANCE FRANCAISE ; cass. soc. n° 12-21581 du 17 avril 2013 GRAMO.
[568] Article 40 de la loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels.
[569] Entreprise de travail temporaire, agence de mannequins, association de services aux personnes etc.
[570] Voir le « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance » 2ème édition Janvier 2020, du même auteur.
[571] Not. Cass. crim. n° 05-80833 du 31 janvier 2006 ABC.

obtenir la reconnaissance de sa relation de travail et, par suite, le bénéfice de ses droits, et notamment l'indemnité forfaitaire équivalent à six mois de salaire pour travail dissimulé[572].

Enfin, la chambre criminelle a validé la constitution de partie civile d'une Urssaf, avec obtention de dommages et intérêts, dans une affaire de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre[573].

Les organismes de protection sociale disposent donc d'une solide jurisprudence de la Cour de cassation pour obtenir des dommages et intérêts et/ou le paiement des cotisations et contributions sociales auprès de l'entreprise utilisatrice qui exerce la subordination juridique à l'égard de tout salarié.

La mise en cause par les organismes de protection sociale de l'entreprise utilisatrice présente un intérêt considérable, lorsque l'entreprise qui le met à disposition n'a pas de consistance économique ou lorsque la mise à disposition de pseudo salariés détachés s'effectue dans le cadre transnational pour éviter une embauche par l'entreprise utilisatrice française.

**.b. La mise à disposition licite du salarié**

Le fait que le salarié soit mis à disposition d'une autre entreprise dans le cadre d'une mise à disposition a priori licite, prévue et règlementée par la loi Cherpion, n'interdit pas de considérer pour autant que son emploi est dissimulé par l'entreprise d'accueil, qui exerce la subordination juridique, et qui est donc son employeur réel et débiteur des cotisations et contributions sociales (***voir supra p.147***).

Le sujet du transfert du contrat de travail et de la subordination juridique vers l'entreprise d'accueil n'est pas anodin puisque la loi Cherpion autorise la mise à disposition d'un salarié dès le lendemain de son embauche et pour plusieurs années, voire à durée indéterminée[574].

Compte tenu du transfert du contrat de travail et de la subordination juridique vers l'entreprise d'accueil, celle-ci devient son employeur. Elle est tenue de procéder à la DPAE, de lui remettre un bulletin de salaire et de verser les cotisations et contributions sociales aux organismes de protection sociale. L'entreprise d'accueil ne peut pas éluder sa qualité d'employeur, au seul motif que les dispositions de l'alinéa 6 de l'article L.8241-1 et l'article L.8241-2 du code du travail sont formellement respectées. Les organismes de protection sociale disposent de toute la jurisprudence de la Cour de cassation[575] pour qualifier l'entreprise d'accueil d'employeur.

[572] Not. Cass. soc. n° 09-69175 du 18 mai 2011 JOHN DEERE.
[573] Cass. crim. n° 13-84776 du 10 septembre 2014 MARC X. ; voir également Cass.civ. 2 n° 11-28245 du 20 juin 2013 CL JURA.
[574] La loi Cherpion ne fixe aucune limite à la durée de la mise à disposition ; un salarié « Cherpion » peut même ne jamais travailler dans l'entreprise qui l'a embauché.
[575] ***Voir infra p.313*** 5ème partie Jurisprudence.

***Nota***

*Contrairement à l'objectif du législateur la loi Cherpion n'a pas sécurisé la mise à disposition d'un salarié entre deux entreprises.*

*Non seulement la loi Cherpion n'a pas d'impact de nature civile sur les effets du transfert de la subordination juridique vers l'entreprise d'accueil, mais, de surcroît, elle n'a aucune conséquence sur l'existence de l'infraction de marchandage mentionnée à l'article L.8231-1 du code du travail, puisque la loi Cherpion ne vise et ne « blanchit », sous condition, que la seule infraction de prêt illicite de main-d'œuvre mentionnée à l'article L.8241-1 du code du travail.*

*Un salarié mis à disposition dans le respect de la loi Cherpion peut donc cependant faire l'objet d'une opération de marchandage.*

*Les organismes de recouvrement sont légitimes, également à ce titre, à en tirer toutes les conséquences devant le juge du recouvrement.*

**Quid de l'impact des décisions C-620/15 A-Rosa du 27 avril 2017, C-359/16 Altun du 6 février 2018, C-370/17 et C-35/18 Vueling du 2 avril 2020 de la CJUE sur le constat d'une situation de dissimulation d'emploi salarié résultant d'une mise à disposition, illicite ou licite, d'un prétendu salarié détaché auprès d'un entreprise établie en France ?**

En présence d'une mise à disposition d'un prétendu salarié détaché, auprès d'une entreprise qui en devient son employeur de fait sur le territoire français, les organismes de recouvrement sont-ils fondés à s'adresser directement à cet employeur réel, afin d'obtenir le paiement des cotisations et contributions sociales, alors même que ce prétendu salarié détaché est muni d'un certificat de détachement (**voir p.115 et 201**) ?

⇨ Dans ces décisions, la CJUE a confirmé que l'Etat d'accueil et d'emploi d'un salarié détaché, et donc les autorités françaises et le juge français, ne pouvaient pas remettre en cause la validité d'un certificat de détachement, qui dispense de payer les cotisations et contributions sociales en France. Seule l'institution de sécurité sociale qui a délivré le certificat de détachement est en droit de le retirer ou de l'invalider, à la demande des autorités de l'Etat d'accueil et d'emploi.

Dans l'arrêt Vueling, la CJUE ajoute que :

. le juge de l'Etat d'accueil et d'emploi est tenu de s'assurer du respect de la procédure de demande de retrait ou d'invalidation de ce formulaire et de son réexamen dans un délai raisonnable par l'institution émettrice,

.- une décision de justice rendue dans l'Etat d'accueil et d'emploi condamnant une entreprise du fait du non respect de ses obligations en matière de sécurité sociale dans cet Etat n'acquiert pas d'autorité de la chose jugée dès lors qu'elle a été rendue en violation du droit communautaire[576].

[576] Dès lors, une décision pénale condamnant une entreprise étrangère pour travail dissimulé par défaut de déclaration sociale, sans avoir vérifié que la procédure de retrait du certificat de détachement a été respectée,

Tant que ce document n'a pas été retiré ou invalidé, il ne serait donc pas possible ni de constater l'infraction de travail dissimulé par défaut de déclarations sociales puisqu'elles ne sont pas obligatoires en France, ni, par suite, de réclamer le paiement des cotisations et contributions sociales.

⇨ Juridiquement, les décisions de la CJUE, c'est-à-dire de la justice communautaire, ne s'appliquent pas au certificat de détachement délivré par un Etat tiers, c'est-à-dire un Etat hors Union européenne (UE), hors Espace économique européen (EEE) et hors Suisse.

⇨ La différence essentielle entre ces décisions de la CJUE réside dans le fait que les arrêts Altun et Vueling laissent entrevoir la possibilité d'une neutralisation du certificat de détachement par l'Etat d'accueil et d'emploi lorsqu'en présence d'une fraude relative à l'obtention ou à l'utilisation du ce document l'Etat de délivrance du certificat de détachement a retiré ou invalidé ce formulaire ou n'a pas répondu à la demande de retrait ou d'invalidation dans un délai raisonnable.

Cette évolution de la position de la CJUE est à relativiser sensiblement dès lors qu'il suffit que l'Etat de délivrance du certificat de détachement refuse, dans le délai raisonnable et quelles soient l'évidence et la gravité de la fraude, de le retirer ou de l'invalider.

Le refus de retirer ou d'invalider un certificat de détachement est définitivement opposable à l'Etat d'accueil et d'emploi puisque dans une autre décision Alperind C-527/16 du 6 septembre 2018 la CJUE a décidé que l'Etat de délivrance du certificat de détachement n'était pas lié par les conclusions de la Commission administrative de coordination de sécurité sociale saisie d'un recours par l'Etat d'accueil et d'emploi contre cette décision de refus de retrait par l'Etat émetteur du formulaire.

Une condamnation pour travail dissimulé semble devenir impossible, dès lors que la prévention ne vise que le défaut de déclarations sociales par dissimulation d'emploi salarié en France, à l'exclusion du défaut de DPAE et/ou de remise de bulletin de paie.

⇨ A ce jour, on constate que :

.- la CJUE sacralise le certificat de détachement et la procédure de demande de retrait de ce formulaire,

.- la Cour de cassation fait une application stricte de la jurisprudence communautaire et censure les décisions de condamnation des cours d'appel qui s'affranchissent de cette jurisprudence,

.– aucune condamnation définitive pour travail dissimulé n'a été prononcée à la suite d'un retrait de certificat de détachement, puisqu'aucun retrait n'est intervenu dans le cadre d'une telle procédure.

---

ne peut être invoquée par un organisme de sécurité sociale pour asseoir une procédure de recouvrement de cotisations sociales.

⇨ Dans ce contexte, il convient de considérer sept arrêts récents de la Cour de cassation :

.- l'arrêt du 22 décembre 2017[577] de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation, l'arrêt du 9 mai 2018[578] de la 2ème chambre civile de la Cour de cassation et les deux arrêts du 18 septembre 2018[579] de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui ont censuré des décisions de cours d'appel qui avaient condamné des entreprises étrangères pour défaut de paiement de cotisations sociales en France dans le cadre d'une fraude à l'établissement ; décisions censurées en référence à l'arrêt A-Rosa de la CJUE puisque les certificats de détachement n'avaient pas fait l'objet d'une demande de retrait.

.- les deux arrêts des 20 décembre 2018[580] et 24 janvier 2019[581] de la 2ème chambre civile de la Cour de cassation qui ont censuré des décisions de cours d'appel ayant condamné des donneurs d'ordre, requalifiés en employeur de fait de prétendus salariés détachés dans des affaires de fausse prestation de services internationale, à payer des cotisations sociales ; décisions censurées en référence à l'arrêt A-Rosa de la CJUE puisque les certificats de détachement n'avaient pas fait l'objet d'une demande de retrait. Il est à noter que dans ces dossiers, les donneurs d'ordre avaient été cependant condamnés au pénal pour travail dissimulé, marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre.

.- l'arrêt du 7 mai 2019 de la chambre criminelle de la Cour de cassation[582] qui a censuré une décision de relaxe d'une cour d'appel au bénéfice d'une entreprise française poursuivie pour dissimulation d'emploi salarié de prétendus salariés détachés, notamment par défaut de déclarations sociales, au motif que le juge du fond n'a pas suffisamment recherché si les salariés ne se trouvaient pas dans un lien de subordination juridique avec cette entreprise, d'autant que ces salariés résidaient en France et y réalisaient la majeure partie de leur activité.

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/affiliation-a-l-etranger-et-certificat-de-detachement-frauduleux

Il semblerait donc, au regard de cette dernière décision, que les potentialités juridiques offertes par la jurisprudence française de requalification, en matière de fausse prestation de services internationale résultant d'une opération de mise à disposition, pour s'adresser à l'utilisateur français, véritable employeur, permettraient de contourner, dans ce cas de fraude, cette jurisprudence communautaire qui interdit au juge français d'apprécier d'office la validité du certificat de détachement.

En effet, dans cette hypothèse de mise à disposition, les organismes de protection sociale s'adressent à un autre employeur, qui est établi en France, qui n'est pas celui dont l'identité est mentionnée sur le certificat de détachement et qui est donc tiers et étranger à la procédure de recouvrement engagée par les organismes de protection sociale. Le certificat

[577] Cass. Ass. Plén. n° 13-25467 du 22 décembre 2017 A-ROSA.
[578] Cass. civ. 2 n° 16-25995 du 9 mai 2018 KRAKBAU.
[579] Cass. crim. n° 11-88040 du 18 septembre 2018 RYANAIR et Cass. crim. n° 13-88632 CITY JET.
[580] Cass. civ. 2 n° 17-21706 du 20 décembre 2018 STJ.
[581] Cass. civ. 2 n° 17-20191 du 24 janvier 2019 BATIVAL.
[582] Cass. crim. n° 17-86426 du 7 mai 2019 AUTOCAR J.

de détachement est sans objet et hors sujet puisque le salarié n'est pas en mobilité internationale et que sa relation de travail n'est pas transnationale, mais française.

En la matière, ces potentialités juridiques ne sont pas négligeables pour les organismes de protection sociale, compte tenu de l'ampleur et la diffusion des fausses prestations de services internationales sur le territoire français, qui se limitent à de simples mises à disposition de salarié.

Voir également :

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

**.B.2.2.2. La mise en cause de celui qui emploie un salarié sous un faux statut**

Les organismes de recouvrement sont fondés à réclamer les cotisations et contributions sociales à celui qui dissimule l'emploi d'un salarié sous un prétendu statut de bénévole, de stagiaire, de travailleur indépendant, de salarié détaché, y compris en éludant les présomptions de salariat posées par la législation (notamment, artiste, mannequin et bûcheron).

Les organismes de protection sociale ont toute qualité pour considérer que les conditions d'emploi d'une personne en activité relèvent du salariat, sous réserve de l'appréciation souveraine du juge, seul habilité à prononcer la requalification contractuelle et à lui donner tous ses effets juridiques (***voir supra p.107***).

Le critère de l'exercice de l'activité dans le cadre d'une subordination juridique est l'élément déterminant pour requalifier une personne en salarié et demander à celui qui l'emploie le paiement des cotisations et contributions sociales.

La preuve d'une subordination juridique n'est pas nécessaire lorsque la personne en activité est couverte par une présomption de salariat.

Les organismes de protection sociale peuvent se référer à une jurisprudence étoffée de la Cour de cassation, en fonction du faux statut utilisé pour dissimuler l'emploi salarié[583].

Trois situations de dissimulation d'emploi salarié sous un faux statut méritent une attention particulière, puisqu'elles ont un impact conséquent sur le non paiement des cotisations et contributions sociales.

**.a. La dissimulation d'emploi salarié par une prétendue Junior-Entreprise**

**.a.1.** Aux six catégories de stagiaires mentionnées ***supra p.117.***, il faut ajouter l'étudiant qui est missionné dans une entreprise par une Junior-Entreprise[584] pour y effectuer des études à caractère pédagogique et dont le « statut » atypique relève d'un simple arrêté ministériel de la direction de la sécurité sociale du 20 juin 1988[585].

---

[583] ***Voir infra p.313*** 5ème partie Jurisprudence.

[584] La Junior-Entreprise est une association d'étudiants rattachée à une université ou à une grande école (voir le site de la confédération nationale des Junior-Entreprises).

[585] Arrêté du 20 juin 1988 ; lettre DSS du 1er août 1988 ; lettre circulaire ACOSS 88/55 du 19 août 1988. Voir aussi la notice d'information Urssaf du mois de janvier 2006.

Ce statut atypique, sans doute le résultat d'une bienveillance administrative de l'époque dû à un lobbying intense, est juridiquement fragile et original ; ce statut place l'étudiant entre le salarié et le stagiaire relevant de l'article L.124-1 du code de l'éducation.

En effet, l'étudiant placé par une Junior-Entreprise peut relever du salariat car il réalise une étude utile pour l'entreprise qui l'accueille, il reçoit une contrepartie financière de la part de la Junior-Entreprise qui verse des cotisations sociales (forfaitaires et réduites) ; il peut également relever du statut du stagiaire car son immersion et son activité dans l'entreprise d'accueil se situent dans le cadre de son cursus pédagogique accompli dans une université ou une grande école[586].

Pour autant, cet étudiant n'est ni salarié, ni stagiaire de l'article L.124-1 du code de l'éducation car l'arrêté ministériel DSS du 20 juin 1988 n'a pas été abrogé.

Le caractère atypique et original de ce statut est renforcé par le mode de fonctionnement d'une Junior-Entreprise qui s'apparente *grosso modo* à celui d'une entreprise de travail temporaire. Elle fournit (elle place) un étudiant à une entreprise lequel, immergé pendant plusieurs semaines ou plusieurs mois, va réaliser une étude utile à cette entreprise (par exemple, une étude sur l'amélioration de la gestion des stocks). Cette étude est d'autant plus utile à l'entreprise que cette étude va être payée par l'entreprise à la Junior-Entreprise et que celle-ci va rémunérer l'étudiant pour cette étude ; cette rémunération donne lieu à cotisations sociales dans les conditions prévues par l'arrêté ministériel DSS du 20 juin 1988 précité.

Compte tenu de l'encadrement des stages en entreprise intervenu depuis 2007 et des critères du contrat de travail, il devient juridiquement difficile de soutenir que l'étudiant Junior-Entreprise n'est ni l'un (stagiaire) ni l'autre (salarié). D'autant que l'arrêté ministériel DSS du 20 juin 1988 est un texte de circonstance, destiné à échapper aux conséquences de l'arrêt de la Cour de cassation du 15 juin 1988[587], qui a assujetti ces étudiants au régime général de la sécurité sociale, c'est-à-dire les a considérés comme des quasi salariés. Cette décision de la Cour de cassation, un peu oubliée aujourd'hui, peut retrouver toute sa pertinence.

**.a.2.** En tout état de cause, un étudiant placé par une Junior-Entreprise pour effectuer un travail sans lien avec la nature de ses études, tel qu'un inventaire ou de la manutention, ne relève pas de l'arrêté ministériel DSS du 20 juin 1988 ; il est salarié en CDD de fait. En effet, l'arrêté ministériel DSS du 20 juin 1988 précise que l'immersion en entreprise se fait dans le cadre du cursus pédagogique.

Par ailleurs, cette requalification en salarié souffre encore moins d'hésitation lorsque l'association d'étudiants n'est pas reconnue comme Junior-Entreprise par la Confédération nationale des Juniors-Entreprises (CNJE). Il s'agit alors d'une association dite « job services » qui exerce illégalement une activité d'entreprise de travail temporaire, ce qui a été

[586] La création d'un statut de stagiaire mentionné à l'article L.124-1 du code de l'éducation autorise à s'interroger sur la validité juridique de ce statut Junior-Entreprise qui relève d'un simple arrêté, publié pour des raisons de circonstance aujourd'hui discutables.

[587] Cass. soc. n° 86-10732 du 15 juin 1988 URSSAF de SAINT ETIENNE.

sanctionné par le juge au titre du marchandage et du prêt illicite de personnel[588].

Ces associations d'étudiants «job services» se font passer pour des Juniors-Entreprises, afin de facturer à moindre coût aux entreprises les heures de travail des étudiants par l'application des taux de cotisations sociales réduits de l'arrêté ministériel DSS du 20 juin 1988. Les emplois occupés par les étudiants des associations « job services » sont sans lien avec la nature de leur études puisqu'ils font de la mise en rayon, de la distribution de prospectus, des inventaires…

**.b. La dissimulation d'emploi salarié par le non respect des présomptions de salariat**

Le non respect des présomptions de salariat (notamment au bénéfice de l'artiste, du mannequin et du bûcheron) a pour effet de priver les organismes de protection sociale du paiement des cotisations et des contributions sociales dues par l'employeur de droit (producteur, agence de mannequin, utilisateur du mannequin ou du bûcheron).

La requalification par le biais des présomptions de salariat concerne tant un prétendu travailleur indépendant, qu'un prétendu bénévole (ou amateur).

S'agissant d'un artiste ou d'un mannequin, cette requalification est davantage encadrée lorsque cet artiste ou ce mannequin est présenté ou se présente en qualité de prestataire indépendant établi dans un autre Etat de l'Union européenne (UE) ou de l'Espace économique européen (EEE).

**.b.1.** L'article L.7121-5 du code du travail permet au producteur, ou à l'organisateur de la prestation artistique en France, d'écarter la présomption de salariat à l'égard d'un artiste qui justifie être établi en tant que travailleur indépendant pour exercer ce métier à titre habituel dans un de ces Etats.

La Cour de cassation fait une application stricte de cette exception à la présomption de salariat. Elle précise qu'il appartient au producteur du spectacle, et non pas à l'artiste (ou, aux agents de contrôle habilités et aux organismes de recouvrement), d'apporter la preuve qu'il exerce son activité de façon habituelle en qualité de travailleur indépendant dans un autre Etat de l'UE ou de l'EEE où il est établi.

Par ailleurs, il faut que le producteur prouve que cet artiste a accompli en France toutes les formalités déclaratives mentionnées ***supra p.40,*** en qualité de prestataire étranger indépendant.

Dans les 3 affaires dans lesquelles s'est prononcée à ce jour la Cour de cassation, elle a refusé à chaque fois de faire application de cette dérogation à la présomption pour des artistes étrangers[589]. Elle a considéré que les artistes restaient couverts par la présomption de salariat et que les producteurs établis en France étaient leurs employeurs, donc redevables des cotisations et contributions sociales.

*A contrario*, cette exception possible à la présomption de salariat n'est pas applicable à l'artiste résidant en Suisse ou dans un pays tiers.

---

[588] Cass. crim. n° 03-86681 du 16 mars 2004 SACIP.

[589] ***Voir infra p.313*** 5ème partie Jurisprudence.

**.b.2.** A l'identique de l'artiste, l'article L.7123-4-1 du code du travail, rédigé en des termes strictement identiques, permet d'écarter la présomption de salariat à l'égard d'un mannequin qui justifie être établi en tant que travailleur indépendant pour exercer ce métier à titre habituel dans un autre Etat de l'UE ou de l'EEE. Mais cette exception ne vaut qu'à l'égard de l'utilisateur direct du mannequin, mais pas à l'égard de l'agence de mannequins qui, par nature, ne place que des mannequins salariés ; elle ne vaut plus à l'égard du mannequin mineur.

Il n'existe pas de jurisprudence relative à la portée de l'exception à la présomption de salariat posée par l'article L.7123-4-1 du code du travail. Cependant, la similitude de la rédaction des termes de l'article L.7123-4-1 avec l'article L.7121-5 qui vise l'artiste permet de penser que la Cour de cassation fera également une application stricte de cette exception à la présomption de salariat du mannequin, ainsi qu'elle le fait pour l'exception à la présomption de salariat de l'artiste.

Si on transpose cette jurisprudence au mannequinat, il appartient à l'utilisateur direct du mannequin d'apporter la preuve que celui-ci exerce ce métier à titre habituel en qualité de travailleur indépendant dans l'Etat de l'UE ou de l'EEE où il est établi. Par ailleurs, il faut que l'utilisateur prouve que ce mannequin a accompli en France toutes les formalités déclaratives mentionnées ***supra p.40,*** en qualité de prestataire étranger indépendant. A défaut, les organismes de protection sociale, sont légitimes à demander le paiement des cotisations et contributions sociales résultat de l'application de la présomption de salariat.

*A contrario*, cette exception possible à la présomption de salariat n'est pas applicable au mannequin résidant en Suisse ou dans un Etat tiers. La présomption lui est opposable, ainsi qu'à l'utilisateur, sans réserve.

***Nota***

*.- A supposer réunies les conditions posées par l'article L.7121-5 ou par l'article L.7123-4-1 du code du travail, la requalification de l'artiste prestataire ou du mannequin prestataire en salarié resterait cependant possible par la démonstration de droit commun de l'existence d'un lien de subordination juridique permanente.*

*.- Une disposition législative de nature et d'effet équivalent n'existe pas dans le code rural concernant le bûcheron établi ou résidant dans un autre Etat de l'UE ou de l'EEE (**voir supra p.134**).*

**.c. La dissimulation d'emploi salarié d'un prétendu salarié détaché**

Les fraudes au détachement du salarié sur le territoire français ont notamment pour objectif d'éviter de payer les cotisations et contributions sociales en France. En effet, la quasi-totalité des salariés qui travaillent en France sous le statut indu du détachement sont munis d'un certificat de détachement, dont leur employeur officiel a sollicité la délivrance auprès de l'institution de sécurité sociale de l'Etat dans lequel il est domicilié.

⇨ La jurisprudence de la CJUE rend en principe opposable à l'Etat d'accueil et d'emploi et au juge national de cet Etat le certificat de détachement dont est muni le salarié détaché, notamment par les décisions C-620/15 A-Rosa du 27 avril 2017, C-359/16 Altun du 6 février 2018, C-370/17 et C-37/18 Vueling du 2 avril 2020, quelles que soient la nature et les modalités de la fraude au détachement constatée, et notamment :

.- lorsque le salarié est employé dans le cadre d'une fraude à l'établissement sur le territoire français, impliquant l'existence d'un employeur de fait sur le territoire français,

.- lorsque le salarié est employé en France dans le cadre d'une opération de fausse sous-traitance[590],

.- lorsque le salarié est employé en France dans le cadre d'une opération de mise à disposition licite ou illicite[591], y compris dans le cadre d'une mobilité internationale intragroupe.

.- lorsque le salarié travaille sous la subordination juridique d'un employeur établi en France,

.- lorsqu'un salarié est recruté à l'étranger pour travailler en France, c'est-à-dire sans antériorité d'emploi avant son prétendu détachement,

.- lorsqu'un salarié est recruté en France pour travailler en France par une entreprise qui n'a pas d'établissement en France.

⇨ Dans ces décisions, la CJUE a confirmé que l'Etat d'accueil et d'emploi d'un salarié détaché, et donc les autorités françaises et le juge français, ne pouvaient pas remettre en cause la validité d'un certificat de détachement, qui dispense de payer les cotisations et contributions sociales en France. Seule l'institution de sécurité sociale qui a délivré le certificat de détachement est en droit de le retirer ou de l'invalider, à la demande des autorités de l'Etat d'accueil et d'emploi.

⇨ Seule l'institution compétente de sécurité sociale de l'Etat d'accueil et d'emploi est habilitée à demander le retrait du certificat de détachement litigieux ; le prétendu salarié détaché n'a pas qualité pour le faire. Il est tenu de solliciter cette institution qui, sous réserve qu'elle accepte de donner une suite favorable à sa démarche, présentera une demande de retrait du formulaire à l'institution émettrice.

Dans l'arrêt Vueling, la CJUE ajoute que :

. le juge de l'Etat d'accueil et d'emploi est tenu de s'assurer du respect de la procédure de demande de retrait ou d'invalidation de ce formulaire et de son réexamen dans un délai raisonnable par l'institution émettrice,

.- une décision de justice rendue dans l'Etat d'accueil et d'emploi condamnant une entreprise du fait du non respect de ses obligations en matière de sécurité sociale dans cet

[590] Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance » 2ème édition Janvier 2020, du même auteur.
[591] Idem.

Etat n'acquiert pas d'autorité de la chose jugée dès lors qu'elle a été rendue en violation du droit communautaire[592].

Tant que ce document n'a pas été retiré ou invalidé, il ne serait donc pas possible ni de constater l'infraction de travail dissimulé par défaut de déclarations sociales puisqu'elles ne sont pas obligatoires en France, ni, par suite, de réclamer le paiement des cotisations et contributions sociales.

⇨ Juridiquement, les décisions de la CJUE, c'est-à-dire de la justice communautaire, ne s'appliquent pas au certificat de détachement délivré par un Etat tiers, c'est-à-dire un Etat hors Union européenne (UE), hors Espace économique européen (EEE) et hors Suisse.

⇨ La différence essentielle entre ces décisions de la CJUE réside dans le fait que les arrêts Altun et Vueling laissent entrevoir la possibilité d'une neutralisation du certificat de détachement par l'Etat d'accueil et d'emploi lorsqu'en présence d'une fraude relative à l'obtention ou à l'utilisation du ce document l'Etat de délivrance du certificat de détachement a retiré ou invalidé ce formulaire ou n'a pas répondu à la demande de retrait dans un délai raisonnable.

Cette évolution de la position de la CJUE est à relativiser sensiblement dès lors qu'il suffit que l'Etat de délivrance du certificat de détachement refuse, dans le délai raisonnable et quelles soient l'évidence et la gravité de la fraude, de le retirer.

Le refus de retirer un certificat de détachement est définitivement opposable à l'Etat d'accueil et d'emploi puisque dans une autre décision Alperind C-527/16 du 6 septembre 2018 la CJUE a décidé que l'Etat de délivrance du certificat de détachement n'était pas lié par les conclusions de la Commission administrative de coordination de sécurité sociale saisie d'un recours par l'Etat d'accueil et d'emploi contre cette décision de refus de retrait par l'Etat émetteur du formulaire.

Une condamnation pour travail dissimulé, y compris par un juge prud'homal, semble devenir impossible, dès lors que la prévention vise le défaut de déclarations sociales par dissimulation d'emploi salarié en France.

⇨ A ce jour, on constate que :

.- la CJUE sacralise le certificat de détachement et la procédure de demande de retrait ou d'invalidation de ce formulaire,,

.- la Cour de cassation fait une application stricte de la jurisprudence communautaire et censure les décisions de condamnation des cours d'appel qui s'affranchissent de cette jurisprudence,

.– aucune condamnation pour travail dissimulé n'a été prononcée à la suite d'un retrait de certificat de détachement, puisqu'aucun retrait n'est intervenu dans le cadre d'une telle procédure.

[592] Dès lors, une décision pénale condamnant une entreprise étrangère pour travail dissimulé par défaut de déclaration sociale, sans avoir vérifié que la procédure de retrait du certificat de détachement a été respectée, ne peut être invoquée par un prétendu salarié détaché, notamment pour obtenir des dommages et intérêts.

⇨ Dans ce contexte, il convient de considérer sept arrêts récents de la Cour de cassation :

.- l'arrêt du 22 décembre 2017[593] de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation, l'arrêt du 9 mai 2018[594] de la 2ème chambre civile de la Cour de cassation et les deux arrêts du 18 septembre 2018[595] de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui ont censuré des décisions de cours d'appel qui avaient condamné des entreprises étrangères pour défaut de paiement de cotisations sociales en France dans le cadre d'une fraude à l'établissement ; décisions censurées en référence à l'arrêt A-Rosa de la CJUE puisque les certificats de détachement n'avaient pas fait l'objet d'une demande de retrait.

.- les deux arrêts des 20 décembre 2018[596] et 24 janvier 2019[597] de la 2ème chambre civile de la Cour de cassation qui ont censuré des décisions de cours d'appel ayant condamné des donneurs d'ordre, requalifiés en employeur de fait de prétendus salariés détachés dans des affaires de fausse prestation de services internationale, à payer des cotisations sociales ; décisions censurées en référence à l'arrêt A-Rosa de la CJUE puisque les certificats de détachement n'avaient pas fait l'objet d'une demande de retrait. Il est à noter que dans ces dossiers, les donneurs d'ordre avaient été cependant condamnés au pénal pour travail dissimulé, marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre.

.- l'arrêt du 7 mai 2019 de la chambre criminelle de la Cour de cassation[598] qui a censuré une décision de relaxe d'une cour d'appel au bénéfice d'une entreprise française poursuivie pour dissimulation d'emploi salarié de prétendus salariés détachés, notamment par défaut de déclarations sociales, au motif que le juge du fond n'a pas suffisamment recherché si les salariés ne se trouvaient pas dans un lien de subordination juridique avec cette entreprise, d'autant que ces salariés résidaient en France et y réalisaient la majeure partie de leur activité.

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/affiliation-a-l-etranger-et-certificat-de-detachement-frauduleux

Il semblerait donc, au regard de cette dernière décision, que les potentialités juridiques offertes par la jurisprudence française de requalification, en matière de fausse prestation de services internationale résultant d'un transfert de la subordination juridique vers une entreprise en France, qui serait l'employeur réel du prétendu salarié détaché, permettraient de contourner, dans ce cas de fraude, cette jurisprudence communautaire qui interdit au juge français d'apprécier la validité du certificat de détachement.

En la matière, ces potentialités juridiques ne sont pas négligeables pour les organismes de protection sociale, compte tenu de l'ampleur et de la diffusion des fausses prestations de services internationales sur le territoire français, qui se limitent à faire travailler un salarié pour le compte d'une entreprise établie en France.

---

[593] Cass. Ass. Plén. n° 13-25467 du 22 décembre 2017 A-ROSA.
[594] Cass. civ. 2 n° 16-25995 du 9 mai 2018 KRAKBAU.
[595] Cass. crim. n° 11-88040 du 18 septembre 2018 RYANAIR et Cass. crim. n° 13-88632 CITY JET.
[596] Cass. civ. 2 n° 17-21706 du 20 décembre 2018 STJ.
[597] Cass. civ. 2 n° 17-20191 du 24 janvier 2019 BATIVAL.
[598] Cass. crim. n° 17-86426 du 7 mai 2019 AUTOCAR J.

Voir également :

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

### .B.3. La mise en cause du donneur d'ordre

Les organismes de recouvrement ont la faculté de mettre cause le donneur d'ordre pour le paiement des sommes dues par son cocontractant ou une entreprise sous-traitante, dans une affaire de travail dissimulé par dissimulation d'activité ou par dissimulation d'emploi salarié.

Depuis la loi du 31 décembre 1991[599], les organismes de recouvrement ont la faculté de mettre en cause le donneur d'ordre cocontractant de l'entreprise qui pratique du travail dissimulé, en application de l'article L.8222-2 du code du travail. Ce dispositif a été complété par la loi du 23 décembre 2013[600] qui concerne uniquement le donneur d'ordre lorsqu'il est une personne morale de droit public, en application de l'article L.8222-6 du code du travail.

Ces deux mécanismes, appelés la solidarité financière, sont à la disposition des organismes de recouvrement pour obtenir, sous conditions, du donneur d'ordre le paiement des cotisations, des pénalités et des majorations dues par son cocontractant qui pratique du travail dissimulé.

Les sommes dues par le donneur d'ordre sont proratisées à la valeur des travaux réalisés par le travailleur indépendant ou l'employeur pour le compte de ce client.

Ces mécanismes obéissent à des conditions différentes de mise en œuvre. Lorsque le donneur d'ordre est une personne morale de droit public, les organismes de recouvrement ont le choix entre les deux procédures.

#### .B.3.1. Le mécanisme de la solidarité financière de l'article L.8222-2 du code du travail (*voir supra p.176*)

Pour assigner le donneur d'ordre devant le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS)[601], il faut, soit que le donneur d'ordre ait été condamné pour recours du travail dissimulé pratiqué par son entreprise sous-traitante, soit, qu'à la suite d'un contrôle, l'entreprise sous-traitante ait été verbalisée pour des faits de travail dissimulé et que son donneur d'ordre n'ait pas procédé à des vérifications préalables auprès de cette entreprise.

.- la condamnation pénale du donneur d'ordre pour recours à une entreprise qui pratique du travail dissimulé permet aux organismes de protection sociale de l'assigner de plein droit devant le TASS[602], en application de l'article L.8222-2 du code du travail.

---

[599] 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.
[600] Article 83 de la loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la sécurité sociale pour 2014.
[601] Depuis le 1er janvier 2019, le TASS est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance, puis au 1er janvier 2020 par le pôle social du tribunal judiciaire.
[602] Idem.

.- en l'absence de condamnation pénale du donneur d'ordre, quatre conditions doivent être réunies pour permettre aux organismes de protection sociale de faire jouer l'article L.8222-2 du code du travail. Il faut que :

- ⇨ l'entreprise sous-traitante soit contrôlée par un des agents de contrôle habilités mentionnés à l'article L.8271-1-2 du code du travail,
- ⇨ l'agent de contrôle verbalise cette entreprise pour des faits de travail dissimulé,
- ⇨ le contrat commercial ou le marché entre l'entreprise sous-traitante et son donneur d'ordre soit égal ou supérieur à 5 000 euros hors taxes,
- ⇨ le donneur d'ordre n'ait pas procédé à des vérifications initiales et périodiques auprès de son entreprise sous-traitante[603].

**Nota**

*L'organisme de recouvrement qui met en œuvre la solidarité financière à l'égard du donneur d'ordre est-il tenu de lui communiquer le procès-verbal pour travail dissimulé relevé à l'encontre de son cocontractant sous-traitant direct ?*

*La Cour de cassation apporte trois précisions :*

*.- l'organisme de recouvrement n'est pas tenu de lui communiquer spontanément le procès-verbal dans le cadre de la procédure de recouvrement Cass. civ.2 n° 18-12150 du 14 février 2019 Urssaf Paca :*

*https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/fraude-transnationale-a-l-emploi-d-un-salarie-en-france*

*.- l'organisme de recouvrement est tenu de lui communiquer le procès-verbal si le donneur d'ordre en fait la demande Cass. civ.2 n° 19-17601 du 8 avril 2021 Urssaf Alsace,*

*.- l'organisme de recouvrement est tenu de lui communiquer le procès-verbal au cours de l'instance judiciaire qu'il engage, dès lors que le donneur d'ordre conteste l'existence ou le contenu du procès-verbal Cass. civ.2 n° 19-17601 du 8 avril 2021 Urssaf Alsace.*

*L'organisme de recouvrement ne peut pas lui opposer le secret professionnel pour refuser cette communication.*

### .B.3.2. Le mécanisme de la solidarité financière de l'article L.8222-6 du code du travail (*voir supra p.178*)

Ce mécanisme est réservé au cas où le travailleur indépendant ou l'employeur qui pratique du travail dissimulé est une entreprise cocontractante d'un donneur d'ordre personne morale de droit public, et quel que soit le montant du marché[604].

[603] ***Voir infra p.371 et sq.*** en annexe le détail de ces vérifications.

Pour permettre aux organismes de recouvrement d'assigner le donneur d'ordre personne morale de droit public devant le TASS[605], en application de cette disposition du code du travail, il faut que :

- ⇨ le travailleur indépendant ou l'employeur soit contrôlé par l'un des agents de contrôle habilités mentionnés à l'article L.8271-1-2 du code du travail,
  - ⇨ à la suite de ce contrôle, le donneur d'ordre ait reçu un courrier de la part de l'agent de contrôle habilité l'informant que ce travailleur indépendant ou cet employeur pratique du travail dissimulé,
  - ⇨ soit à réception du courrier lui signalant la situation de travail dissimulé, le donneur d'ordre n'ait pas écrit aussitôt au travailleur indépendant ou à l'employeur pour lui enjoindre de faire cesser sans délai la situation et n'ait pas informé l'agent de contrôle habilité des suites données par l'entreprise à son injonction,
  - ⇨ soit le contrat se poursuit au-delà d'un délai de six mois suivant l'injonction du donneur d'ordre, et alors que la situation de travail dissimulé n'a pas cessé.

Il n'est pas nécessaire d'établir un procès-verbal constatant l'infraction de travail dissimulé.

Le mécanisme de solidarité financière de l'article L.8222-6 du code du travail est à la main des organismes de recouvrement puisqu'ils disposent des agents de contrôle habilités, qui peuvent donc mettre ce mécanisme en œuvre à tout moment.

**.B.3.3. La solidarité financière du donneur d'ordre s'applique à toutes les situations où une entreprise pratique du travail dissimulé,** que ce soit par un travailleur indépendant exerçant seul sous la forme d'une entreprise individuelle, par une entreprise ou une association qui emploie des salariés ou par une entreprise établie en France ou à l'étranger qui preste et/ou qui détache des salariés sur le territoire français.

La mise en œuvre de la solidarité financière à l'égard du donneur d'ordre par les organismes de protection sociale ne soulève pas en principe de difficulté pour obtenir toutes les informations nécessaires à son application.

Lorsque une entreprise sous-traitante qui exerce du travail dissimulé travaille exclusivement pour le compte d'un donneur d'ordre, l'Urssaf est habilitée à réclamer à ce donneur d'ordre la totalité ses cotisations et contributions sociales éludées[606].

Les organismes de protection sociale disposent tous d'agents habilités pour rechercher et constater les infractions de travail dissimulé ; ces agents sont en capacité de rassembler pour le compte de leurs organismes les renseignements et documents nécessaires, voire de mettre en œuvre le mécanisme de l'article L.8222-6 du code du travail.

Ces organismes sont par ailleurs destinataires, en application de l'article L.8271-8-1 du code du travail, des procès-verbaux de travail dissimulé établis par tous les agents de contrôle habilités. De façon plus générale, le secret professionnel est levé entre les organismes de

---

[604] Le seuil de 5 000 euros n'existe pas.

[605] Depuis le 1er janvier 2019, le TASS est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance, puis au 1er janvier 2020 par le pôle social du tribunal judiciaire.

[606] Cass. civ. 2 n° 17-21950 du 10 octobre 2019 SOLOGNE ET LOIRE HABITAT.

protection sociale et les agents de contrôle habilités, en application des articles L.8271-4 et L.8271-5 du code du travail.

Enfin, le bon fonctionnement des CODAF assure aux organismes de protection d'avoir une connaissance exhaustive des affaires dans lesquelles la solidarité financière est mobilisable, notamment lorsqu'une condamnation pénale intervient plusieurs mois après les constats de l'agent habilité.

**.B.4. La mise en cause du maître d'ouvrage (*voir supra p.180*)**

Les organismes de recouvrement ont le droit de mettre en cause le maître d'ouvrage pour le paiement des sommes dues par son cocontractant ou une entreprise sous-traitante, dans le cadre d'une affaire de travail dissimulé par dissimulation d'activité ou par dissimulation d'emploi salarié.

Créée elle aussi par la loi du 31 décembre 1991[607], la mise en cause du maître d'ouvrage, prévue par les articles L.8222-2 et L.8222-5 du code du travail, est une seconde alternative à la disposition des organismes de protection sociale, pour obtenir le paiement des cotisations et des contributions sociales qui leur sont dues par l'entreprise qui pratique du travail dissimulé.

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 réalisé[608]. Le maître d'ouvrage est destinataire final du travail réalisé et en assure la plupart du temps son financement.

**.B.4.1. Il s'agit d'un autre mécanisme de solidarité financière** qui permet, sous conditions, aux organismes de protection sociale de demander au maître d'ouvrage de leur payer, aux lieu et place de l'entreprise qui pratique du travail dissimulé, les mêmes sommes que celles concernant le donneur d'ordre. Les sommes dues par le maître d'ouvrage sont proratisées à la valeur des travaux réalisés par l'employeur pour le compte de celui-ci.

Le choix entre la solidarité financière du donneur d'ordre et la solidarité financière du maître d'ouvrage est de pure opportunité pour les organismes de protection sociale ; l'une n'est pas le préalable de l'autre.

Les organismes de protection sociale ne peuvent pas cependant assigner directement le maître d'ouvrage devant le TASS[609]. Le maître d'ouvrage doit, soit avoir été condamné pénalement pour recours par personne interposée à du travail dissimulé, soit ne pas avoir obtenu la régularisation de la situation de l'entreprise qui pratique du travail dissimulé.

.- la condamnation pénale du maître d'ouvrage pour recours, par personne interposée, à l'entreprise qui pratique du travail dissimulé permet aux organismes de protection sociale de

[607] 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.
[608] 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 maitrise d'œuvre privée.
[609] Depuis le 1er janvier 2019, le TASS est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance, puis au 1er janvier 2020 par le pôle social du tribunal judiciaire.

l'assigner de plein droit devant le TASS[610], en application de l'article L.8222-2 du code du travail.

.- en l'absence de condamnation pénale, quatre conditions doivent être réunies afin de permettre aux organismes de protection sociale de faire jouer l'article L.8222-2 du code du travail à l'égard du maître d'ouvrage. Il faut que :

⇨ l'activité ou le processus économique initié par le maître d'ouvrage ait fait l'objet d'un contrôle par un agent habilité en matière de lutte contre le travail dissimulé,

⇨ l'agent habilité ait décidé de faire application de l'article L.8222-5, d'informer le maître d'ouvrage qu'il a constaté qu'une entreprise pratique du travail dissimulé et de lui demander de faire cesser cette situation,

⇨ le maître d'ouvrage n'ait pas entrepris les diligences nécessaires pour faire cesser cette situation qui perdure lors d'un second contrôle de l'agent habilité[611],

⇨ l'agent habilité communique l'ensemble de ces informations aux organismes de protection sociale.

**.B.4.2. La solidarité financière du maître d'ouvrage s'applique à toutes les situations où une entreprise pratique du travail dissimulé,** que ce soit par un travailleur indépendant exerçant seul sous la forme d'une entreprise individuelle, par une entreprise ou une association qui emploie des salariés ou par une entreprise établie en France ou à l'étranger qui preste et/ou qui détache des salariés sur le territoire français.

La mise en œuvre de la solidarité financière à l'égard du maître d'ouvrage par les organismes de protection sociale ne soulève pas en principe de difficulté pour obtenir toutes les informations nécessaires à son application.

Les organismes de protection sociale disposent tous d'agents habilités pour rechercher et constater les infractions de travail dissimulé. Ces agents peuvent donc mettre ce mécanisme en œuvre à tout moment ; ils sont également en capacité de rassembler pour le compte de leurs organismes les renseignements et documents nécessaires.

Ces organismes sont par ailleurs destinataires, en application de l'article L.8271-8-1 du code du travail, des procès-verbaux de travail dissimulé établis par tous les agents de contrôle habilités. De façon plus générale, le secret professionnel est levé entre les organismes de protection sociale et les agents de contrôle habilités, en application des articles L.8271-4 et L.8271-5 du code du travail.

Enfin, le bon fonctionnement des CODAF permet aux organismes de protection d'avoir une connaissance exhaustive des affaires dans lesquelles la solidarité financière est mobilisable, notamment lorsqu'une condamnation pénale intervient plusieurs mois après les constats de l'agent habilité.

---

[610] Idem.

[611] Le maître d'ouvrage est également tenu par la solidarité financière s'il n'obtient pas la régularisation de la situation à la suite d'un signalement d'un syndicat, d'une organisation professionnelle ou d'une institution représentative du personnel (même article du code du travail).

***Nota***

*La rédaction des articles L.1262-4-3 et L.3245-2 du code du travail permet aux services de recouvrement de s'adresser indifféremment au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage, dès lors que les conditions propres à chaque procédure sont respectées.*

### .B.5. La mise en cause de la société mère

La loi du 12 mai 2009[612] a créé et a ajouté une solidarité financière intragroupe dans l'hypothèse où une entreprise du groupe pratique du travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié.

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).

## .C. Les droits des organismes de protection sociale

En présence d'une situation de travail dissimulé dont ils sont victimes, les organismes de protection sociale disposent d'un ensemble de droits et procédures à caractère pécuniaire, destiné à protéger et garantir leurs ressources financières.

### .C.1. Le droit de se constituer partie civile et d'obtenir des dommages et intérêts

⇨ Le travail dissimulé a pour effet de priver les organismes de protection sociale des ressources qui proviennent des cotisations et des contributions sociales dues à l'occasion de l'exercice d'une activité économique à titre indépendant ou de l'emploi de salarié.

La privation de ces ressources cause un préjudice financier aux organismes de sécurité sociale qui sont alors admis par la jurisprudence à se constituer partie civile au procès pénal et à réclamer des dommages et intérêts[613].

Les dommages et intérêts qui peuvent être attribués dans le cadre d'une procédure pénale ne sont pas symboliques, ni dérisoires. Les organismes de protection sociale peuvent obtenir

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

[613] Pour Pôle Emploi : cass. crim. n° 14-80584 du 25 novembre 2015 ; pour l'Urssaf : cass. crim. n° 97-85392 du 26 mai 1998 ; pour la MSA : cass. crim. n° 03-87679 du 14 septembre 2004.

la réparation intégrale du préjudice financier causé par le non versement des cotisations et contributions sociales, ce qui représente dans certaines affaires des sommes considérables[614].

La constitution de partie civile des organismes de protection sociale, insuffisamment utilisée, présente par ailleurs l'intérêt de conforter l'action du procureur de la République, de renforcer la sanction pénale et de dissuader pour l'avenir.

La constitution de partie civile n'interdit pas aux organismes de protection sociale de mettre en œuvre simultanément devant le TASS[615] la procédure de droit commun de recouvrement des cotisations et contributions sociales éludées ; les deux procédures se cumulent.[616]

La demande de dommages et intérêts par le biais d'une constitution de partie civile au procès pénal est dirigée, sans doute à titre principal, à l'encontre l'opérateur économique ou l'employeur défaillant ; mais elle peut également être dirigée à l'encontre du donneur d'ordre mis en cause pour recours à du travail dissimulé, y compris sans l'hypothèse où le donneur d'ordre a bénéficié d'une décision de relaxe[617] :

Voir l'article de l'auteur :

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/la-relaxe-d-un-donneur-d-ordre-n-interdit-pas-une-condamnation-a-verser-des-dommages-et-interets-a-l-urssaf

***Nota***

*En se référant à la jurisprudence communautaire relative à l'opposabilité du certificat de détachement, la Cour de cassation[618] dénie le droit à l'Urssaf de se constituer partie civile et d'obtenir des dommages et intérêts dans une affaire de travail dissimulé, notamment par défaut de déclarations sociales, dans laquelle une entreprise étrangère a détaché, dans une situation de fraude à l'établissement et/ou de fraude au détachement en France, des salariés munis de certificats de détachement qui n'ont pas fait l'objet d'une demande de retrait de ces formulaires conforme au droit communautaire.*

### .C.2. Le recouvrement des cotisations et contributions sociales éludées

Les organismes de protection sociale sont habilités à recouvrer les cotisations et contributions éludées, avec le cas échéant les majorations et pénalités.

[614] Dans l'affaire Ryanair, l'Urssaf a obtenu 4,5 M. d'euros de dommages et intérêts devant la cour d'appel d'Aix en Provence.
[615] Depuis le 1er janvier 2019, le TASS est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance, puis au 1er janvier 2020 par le pôle social du tribunal judiciaire.
[616] Cass. crim. n° 04-84056 du 5 octobre 2004 MICHEL X.
[617] Cass. crim. n° 18-86992 du 7 janvier 2020 AGMS.
[618] Cass. crim. n° 18-86757 du 12 janvier 2021 BLANCONORTE.

***Nota***

*L'article 22 de la loi du 24 décembre 2019[619] a élargi, de façon fort opportune, les compétences des agents des organismes de recouvrement en leur permettant de faire des vérifications, des enquêtes et des constats pour le compte d'organismes appartenant à d'autres branches de la sécurité sociale ; ainsi, un agent de la MAS peut désormais contrôler un cotisant relevant du régime général, et réciproquement.*

*Les procès-verbaux, établis dans ce nouveau cadre juridique, transmis à un autre organisme de protection sociale font foi à son égard jusqu'à preuve du contraire. Le directeur de cet organisme en tire, le cas échéant, les conséquences, selon les procédures applicables à cet organisme concernant l'attribution des prestations et le recouvrement des cotisations et contributions dont il a la charge.*

*Cette modification des règles de compétences a été souhaitée pour assurer un meilleur contrôle des entreprises de travail temporaire établies à l'étranger qui détachent des salariés intérimaires dans des exploitations agricoles. Lors d'un contrôle, l'agent de la MSA pourra également procéder à des investigations portant sur les conditions de détachement et d'emploi des salariés intérimaires d'une entreprise de travail temporaire qui relève, en principe, du régime général de sécurité sociale.*

En application de l'article L.243-7-7 du code la sécurité sociale, le montant du redressement des cotisations et des contributions sociales est majoré de 25%, que la situation de travail soit découverte lors d'un contrôle sur place (article L.243-7 du code) ou matérialisée par un procès-verbal (article L.243-7-5 du code). Cette majoration du montant du redressement concerne le travail dissimulé par dissimulation d'activité (par exemple à l'égard d'un travailleur indépendant) et le travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié (l'employeur). Cette majoration de 25% est minorée de 10% si la personne procède au paiement intégral de toutes les sommes dues, dans le mois qui suit la notification de la mise en demeure ou si la personne respecte l'échéancier validé par le directeur de l'organisme ; cette minoration ne s'applique pas à la réitération d'une situation de travail dissimulé.

Le redressement est majoré de 40% en présence de circonstances aggravantes dans le dossier de travail dissimulé (dissimulation d'emploi de plusieurs salariés, mineur soumis à l'obligation scolaire victime, abus de vulnérabilité ou travail dissimulé commis en bande organisée).

Les majorations de 25% et de 40% sont elles mêmes portées respectivement à 45% et à 65% lorsqu'est constatée, dans un délai de cinq ans, une réitération d'une situation de travail dissimulé.

En application de l'article L.244-11 du code de la sécurité sociale[620], l'action en recouvrement des sommes dues en raison du travail dissimulé, y compris celles relatives à

[619] Loi n° 2019-1446 du 24 décembre 2020 de financement de la sécurité sociale pour 2020. Art. L.114-10-1 du code de la sécurité sociale.

[620] Article 24 V de la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017.

l'assurance chômage, se prescrit dans les cinq ans, à condition qu'un procès-verbal ait été relevé ; sinon la prescription de droit commun de trois ans s'applique.

Toutefois, il n'est pas nécessaire que ce procès-verbal ait été transmis au procureur de la République[621].

Par ailleurs, l'organisme de recouvrement n'est pas tenu de transmettre d'office à l'assujetti redressé le procès-verbal constatant l'infraction de travail dissimulé relevé à son encontre; la non communication du procès-verbal n'entraîne pas l'annulation de la procédure de recouvrement[622].

Cette règle s'applique également lorsque l'organisme de recouvrement fonde sa procédure de recouvrement sur le procès-verbal d'un agent de contrôle appartenant à une autre administration[623].

Cependant cette transmission est obligatoire si l'assujetti redressé en fait la demande au cours de la procédure de recouvrement[624].

Le recouvrement de ces sommes n'est pas cependant conditionné par l'existence préalable d'un procès-verbal relevant l'infraction de travail dissimulé ; ce sont les faits qui établissent l'élément matériel du délit de travail dissimulé qui constituent le fait générateur du versement des cotisations et des contributions sociales[625].

**En cas de constat d'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié**, le redressement a pour objet exclusif le recouvrement des cotisations afférentes à cet emploi, sans qu'il soit nécessaire d'établir l'intention frauduleuse de l'employeur[626].

En application de l'article L.242-1-2 du code de la sécurité sociale, le calcul des cotisations et contributions de sécurité sociale est effectué, sauf si le chiffrage au réel est possible[627], sur des rémunérations qui, sont, à défaut de preuve contraire en termes de durée effective d'emploi et de rémunération versée, évaluées forfaitairement à 25% du plafond annuel de la sécurité sociale en vigueur au moment du constat du délit de travail dissimulé ; le caractère frauduleux de la dissimulation d'emploi salarié n'est pas à démontrer[628].

Ces rémunérations sont réputées avoir été versées au cours du mois où le délit de travail dissimulé est constaté ; elles ne peuvent donner lieu à exonération ou réduction de cotisations sociales.

Pour faire obstacle à l'application de l'évaluation forfaitaire de la rémunération servant de base au calcul du redressement, l'employeur doit apporter la preuve non seulement de la durée réelle d'emploi du salarié dissimulé, mais encore du montant exact de la rémunération versée à ce dernier pendant cette période[629].

---

[621] Cass. civ. 2 n° 20-14084 du 8 avril 2021 DBR.
[622] Cass. civ. 2 n° 20-13991 du 8avril 2021 SPG.
[623] Décision QPC n° 2020-864 du 13 novembre 2020 ROUTE DESTINATION VOYAGES.
[624] Cass. civ. 2 n° 19-17601 du8 avril 2021 URSAFF ALSACE.
[625] Cass. civ. 2 n° 12-26123 du 10 octobre 2013 ATOUT CŒUR.
[626] Cass. civ. 2 n° 14-21490 du 9 juillet 2015 EXECUTIVE TRAVEL.
[627] Vrais bulletins de paie, vrais horaires et comptabilisation des sommes correspondantes.
[628] Cass. civ. 2 n° 13-22943 du 9 octobre 2014 NORDCATH.
[629] Cass. civ. 2 n° 12-27513 du 19 décembre 2013 YI SHENG.

L'organisme de recouvrement dispose également de la faculté de procéder à une taxation forfaitaire, en application de l'article R.242-5 du code de la sécurité sociale, lorsque la comptabilité de l'employeur ne permet pas d'établir le chiffre exact des rémunérations servant de base au calcul des cotisations dues.

Ce forfait est établi compte tenu des conventions collectives en vigueur ou, à défaut, des salaires pratiqués dans la profession ou la région considérée. La durée de l'emploi est déterminée d'après les déclarations des intéressés ou par tout autre moyen de preuve.

Cette taxation forfaitaire suppose d'avoir pu déterminer avec exactitude le volume d'heures de travail. A défaut de chiffrage au réel ou par taxation forfaitaire, le redressement forfaitaire de l'article L.242-1-2 du code de la sécurité sociale s'applique.

**En cas de requalification d'un faux travailleur indépendant en salarié**, qui est une forme particulière de la dissimulation d'emploi salarié, l'article L.8221-6 II du code du travail dispose que le donneur d'ordre condamné au pénal est tenu au paiement des cotisations calculées sur les sommes versées au titre de la période pour laquelle la dissimulation a été établie.

La Cour de cassation précise que le recouvrement des cotisations dues par l'employeur d'un faux travailleur indépendant n'est possible que pour la période postérieure à la requalification en emploi salarié de l'emploi litigieux[630] (et dans la limite de la prescription de cinq ans en application de l'article L.244-11 du code de la sécurité sociale).

L'application de cette disposition pose un problème d'articulation avec l'article L.242-1-2 du code de la sécurité sociale qui fixe une évaluation forfaitaire des rémunérations versées, notamment pour les courtes périodes d'emploi du salarié sous ce faux statut.

Par ailleurs, et en application d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation[631], la procédure de recouvrement des cotisations et contributions sociales, engagée par un organisme de protection sociale à l'égard d'un donneur d'ordre qui recourt à un prétendu travailleur indépendant, pour les requalifier respectivement en employeur et en salarié, nécessite, à défaut de nullité, de mettre également en cause le travailleur indépendant dans cette procédure de contestation de son statut apparent.

***Nota***

*Le code de la sécurité sociale et le code rural contiennent des dispositions relatives à la reconstitution de la protection sociale en matière de droit à la retraite, qui intéressent particulièrement le salarié dissimulé.*

*L'article L.241-1-3 du code de la sécurité sociale, entré en vigueur le 1er janvier 2015[632], précise que lorsqu'un redressement de cotisations sociales a une incidence sur les droits de tout salarié*

[630] Cass. civ. 2 n° 10-22868 du 13 octobre 2011 BABOU.
[631] Not. Cass. civ. 2 n° 17-19242 du 29 novembre 2018 URSSAF DU CANTAL.
[632] Article 91 de la loi n° 2014-1554 du 22 décembre 2014 de financement de la sécurité sociale pour 2015. Circulaire CNAV n° 2016-37 du 4 août 2016 relative au redressement de cotisations sociales suite à travail dissimulé.

*en matière d'assurance vieillesse, les organismes chargés du recouvrement transmettent les informations utiles aux organismes gestionnaires pour rectifier ses droits.*

*En cas de constat de travail dissimulé, et s'il y a collusion entre l'employeur et le salarié, la rectification ne s'opère qu'à compter du redressement.*

*L'article L.725-12-2 du code rural prévoit la même disposition pour le salarié relevant du régime agricole.*

*Il n'existe pas d'information officielle sur le nombre de salariés qui ont bénéficié de cette disposition en 2015.*

### .C.3. Le refus des exonérations et des réductions de cotisations sociales

L'article L.242-1-1 et l'alinéa 1er de l'article L.133-4-2 du code de la sécurité sociale permettent aux organismes de sécurité sociale de refuser le bénéfice des exonérations et des réductions des cotisations et des contributions sociales à tout employeur ou à tout travailleur indépendant qui ne respecte pas l'une des trois interdictions en matière de travail dissimulé posées par l'article L.8221-1 du code du travail. Le refus opposable à l'employeur vise la rémunération régularisée versée au salarié dissimulé, ainsi que les rémunérations versées aux autres salariés de l'employeur.

Contrairement à une lecture un peu rapide des textes, ces sanctions civiles ne s'appliquent donc pas uniquement à l'auteur du travail dissimulé ; elles concernent également le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage, en qualité d'employeur. L'alinéa 1er de l'article L.133-4-2 du code de la sécurité sociale vise en effet sans restriction les trois interdictions posées par l'article L.8221-1 du code du travail.

Le refus n'est pas conditionné par l'existence préalable d'un procès-verbal ou d'une condamnation pénale.

### .C.4. L'annulation des exonérations et des réductions de cotisations sociales et sa modulation

Le code de la sécurité sociale permet également aux organismes de sécurité sociale d'annuler le bénéfice des exonérations et des réductions des cotisations et des contributions sociales accordées à tout employeur ou à tout travailleur indépendant qui commet les infractions de dissimulation d'activité et de dissimulation d'emploi salarié, ainsi qu'au donneur d'ordre et au maître d'ouvrage. L'annulation des exonérations et des réductions de cotisations est susceptible de faire l'objet d'une modulation, c'est-à-dire qu'elle peut être totale ou partielle.

**Le principe de l'annulation.**

L'annulation des exonérations et des réductions de cotisations sociales est prévue par deux dispositions du code de la sécurité sociale :

.- l**es alinéas 2 et 3 de l'article L.133-4-2 du code de la sécurité sociale** disposent que, lorsque l'infraction définie aux articles L.8221-3 et L.8221-5 du code du travail est constatée

par procès-verbal par un agent de contrôle habilité, l'organisme de recouvrement procède, dans la limite de la prescription de cinq ans[633] applicable en matière de travail dissimulé, à l'annulation des réductions ou exonérations des cotisations ou contributions pratiquées au cours d'un mois civil, lorsque les rémunérations versées ou dues à un ou des salariés dissimulés au cours de ce mois sont au moins égales au Smic.

Lorsque les rémunérations dissimulées au cours du mois sont inférieures à la rémunération mensuelle minimale mentionnée au deuxième alinéa, l'annulation est réduite à due proportion en appliquant aux réductions ou exonérations de cotisations ou contributions pratiquées un coefficient égal au rapport entre les rémunérations dues ou versées en contrepartie du travail dissimulé et la rémunération mensuelle minimale[634].

Pour procéder à l'annulation du bénéfice des exonérations et des réductions de cotisations sociales, un procès-verbal constatant l'infraction de travail dissimulé est donc nécessaire.

**.- l'article L.133-4-5 du code de la sécurité sociale** vise le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage.

Lorsque le donneur d'ordre n'a pas procédé aux vérifications de son cocontractant au titre de la solidarité financière (article L.8222-1 du code du travail) et que ce cocontractant pratique du travail dissimulé, les organismes de protection sociale sont habilités à procéder à l'annulation des exonérations et des réductions dont a bénéficié ce donneur d'ordre pour ses salariés.

Ainsi, dans une décision du 8 octobre 2020[635], la Cour de cassation a validé l'annulation des exonérations de cotisations sociales dont avait bénéficié une entreprise parce qu'elle recourait à une société qui exerçait du travail dissimulé.

Lorsque le maître d'ouvrage n'a pas fait cesser, à la suite d'un signalement d'un agent habilité, la situation de travail dissimulé pratiqué par une entreprise intervenante (article L.8222-5 du code du travail), les organismes de protection sociale sont habilités à procéder à l'annulation des exonérations et des réductions dont a bénéficié ce maître d'ouvrage pour ses salariés[636].

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.

L'annulation s'applique pour chacun des mois au cours duquel ces situations sont constatées.

---

[633] Article L.244-11 du code de la sécurité sociale.

[634] Pour plus d'information, voir la circulaire DSS/5C/2006/304 du 6 juillet 2006.

[635] Cass. civ. 2 n° 19-20147 du 8 octobre 2020 AIMB.

[636] Le maître d'ouvrage est également tenu au remboursement des exonérations et des abattements dont il bénéficie s'il n'obtient pas la régularisation de la situation à la suite d'un signalement d'un syndicat, d'une organisation professionnelle ou d'une institution représentative du personnel (même article du code du travail).

Un procès-verbal constatant l'infraction de travail dissimulé ou de recours à du travail dissimulé n'est pas nécessaire.

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

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.

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.

**Les tempéraments et l'application de la modulation**

La modulation de l'annulation des exonérations et des réductions de cotisations sociales est prévue par ces mêmes dispositions du code de la sécurité sociale.

L'annulation des exonérations et des réductions de cotisations sociales peut faire l'objet d'une modulation[637], c'est-à-dire être partielle et non pas totale. La modulation s'applique non seulement à celui qui exerce du travail dissimulé, quelle que soit sa forme, mais également au donneur d'ordre qui recourt à celui-ci, à l'exclusion du maître d'ouvrage. La modulation doit être sollicitée par le donneur d'ordre cotisant, et sous réserve qu'une décision de justice définitive ne soit pas intervenue pour confirmer l'annulation.

La proportion des réductions et 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 du donneur d'ordre, sur la période concernée, dans la limite de 100 % .

Cette modulation est cependant exclue lorsque la dissimulation d'emploi salarié concerne un mineur soumis à l'obligation scolaire ou une personne vulnérable ou dépendante; l'exclusion de la modulation n'est plus pas applicable à la commission de l'infraction de travail dissimulé en bande organisée.

Dans sa décision n° 2019-795 DC du 20 décembre 2019, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes les modalités de la modulation de l'annulation à l'égard du donneur d'ordre.

[637] Article 13 de la loi n° 2018-1203 du 22 décembre 2018 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2019 et article 21 de la loi n° 2019-1446 du 24 décembre 2019 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2020.

***Nota***

*La bonne application des dispositions du code de la sécurité sociale relatives au refus d'exonération ou de réduction de cotisations et de contributions sociales et relatives à l'annulation de ces avantages nécessite une circulation de l'information et des documents entre les agents de contrôle habilités qui constatent les situations de travail dissimulé ou l'absence des vigilance des donneurs d'ordre et des maîtres d'ouvrage et les organismes de protection sociale.*

*Ces organismes sont par ailleurs destinataires, en application de l'article L.8271-6-4 du code du travail, des procès-verbaux de travail dissimulé établis par tous les agents de contrôle habilités. De façon plus générale, le secret professionnel est levé entre les organismes de protection sociale et les agents de contrôle habilités, en application des articles L.8271-4 et L.8271-5 du code du travail.*

*Les articles L.8271-5 et L.8271-6-4 lèvent le secret professionnel et permettent la circulation et la transmission des informations, des documents utiles à l'action des organismes de protection sociale.*

*Mais la transmission des informations, des documents et des procès-verbaux sur le fondement des articles L.8171-5 et L.8271-6-4 du code du travail pour faire appliquer ces sanctions civiles présente une grande fragilité juridique. En effet, ces dispositions du code du travail ne visent 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.242-1-1, L.133-4-2 et L.133-4-5 du code de la sécurité sociale.*

### .C.5. Le refus d'attribuer des aides publiques

L'article L.8272-1 du code du travail autorise l'autorité administrative compétente à refuser pendant cinq ans une aide publique à la personne verbalisée pour une des infractions relevant du champ du travail illégal, mentionné à l'article L.8211-1 du code du travail.

L'article D.8272-1 du code du travail précise la liste des aides publiques susceptibles de faire l'objet de ce refus.

Lorsque l'aide publique est versée par une autorité administrative qui est un organisme de protection sociale, celui-ci dispose également de cet outil à mobiliser, en qualité de victime du travail illégal.

Dans ce cadre, les organismes de protection sociale sont habilités à refuser le bénéfice de :

⇨ l'exonération de cotisations sociales patronales attachées au contrat d'apprentissage (article L.6221-1 du code du travail),

⇨ les aides attribuées par Pôle Emploi et son réseau, attachées au contrat unique d'insertion (article L.5134-19-1 du code du travail),

⇨ les exonérations de cotisations patronales au titre des assurances sociales et des allocations familiales, les exonérations de cotisations patronales au titre des accidents du travail et des maladies professionnelles et l'aide financière pour l'accompagnement

personnalisé vers l'emploi, attachées au contrat de professionnalisation (article L.6325-1 du code du travail).

La décision de refuser l'aide publique est prise en opportunité par l'organisme de protection sociale, en tenant compte de la gravité des faits constatés, de la nature de l'aide et de l'avantage qu'elle procure à l'employeur.

L'organisme de protection sociale peut refuser l'aide non seulement à l'employeur du salarié dissimulé ou du salarié étranger employé sans titre de travail ou du salarié victime d'une opération de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre, mais également au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage ou à tout autre, dès qu'il lors qu'il a fait l'objet d'une verbalisation pour recours ou pour complicité.

La période de cinq ans pendant laquelle l'aide est refusée se décompte à partir de la date de clôture du procès-verbal[638].

Malgré son grand intérêt, cette mesure est très peu appliquée dans les faits.

La mise en œuvre du refus des aides publiques suppose que les organismes de protection sociale intéressés (sécurité sociale et Pôle Emploi) aient connaissance de la verbalisation pour une infraction relevant du travail illégal de l'employeur qui sollicite l'aide publique susceptible d'être refusée. Le CODAF est sans doute l'instance qui permet d'organiser l'échange des informations de cette nature et de les porter à la connaissance des organismes de protection sociale prestataires, dans le cadre de l'article L.8271-4 et de l'alinéa 2 de l'article L.8271-5 du code du travail.

### .C.6. Le remboursement des aides publiques attribuées

L'article L.8272-1 du code du travail autorise l'autorité administrative compétente à demander le remboursement d'une aide publique versée à la personne verbalisée pour une des infractions relevant du champ du travail illégal, mentionné à l'article L.8211-1 du code du travail. L'article D.8272-1 du code du travail précise la liste des aides publiques susceptibles de faire l'objet de ce remboursement (***voir supra .C.5.***).

Lorsque l'aide publique a été versée par une autorité administrative qui est un organisme de protection sociale, celui-ci dispose également de cet outil de remboursement à mobiliser, en qualité de victime du travail illégal.

Dans ce cadre, les organismes de protection sociale sont habilités à demander le remboursement de l'aide publique attribuée. Le remboursement est limité aux aides attribuées dans les douze mois qui précèdent la clôture du procès-verbal relevant l'infraction relevant du champ du travail illégal.

Malgré son grand intérêt, cette mesure est peu appliquée dans les faits.

La mise en œuvre du remboursement des aides publiques suppose que les organismes de protection sociale intéressés (sécurité sociale et Pôle Emploi) aient connaissance de la verbalisation pour une infraction relevant du travail illégal de l'employeur qui a obtenu une

[638] Pour plus d'informations, voir la circulaire interministérielle du 28 novembre 2012 relative aux sanctions administratives suite à procès-verbal relevant une infraction de travail illégal.

aide publique. Le CODAF est sans doute l'instance qui permet d'organiser l'échange des informations de cette nature et de les porter à la connaissance des organismes de protection sociale prestataires, dans le cadre de l'article L.8271-4 et de l'alinéa 2 de l'article L.8271-5 du code du travail.

### .C.7. L'action récursoire contre l'employeur lors d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle d'un salarié dissimulé

Les organismes de protection sociale prestataires (CPAM, MSA, CGSS, ENIM) sont habilités à réclamer à l'employeur d'un salarié dissimulé le remboursement du coût de la prise en charge d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle survenu à ce salarié. Cette action récursoire en remboursement est prévue par l'article L.471-1 du code de la sécurité sociale et par l'article L.751-37 du code rural.

L'action récursoire en remboursement concerne à la fois le montant des prestations en nature (hospitalisation, consultations médicales, séances de kinésithérapie etc…) et le montant des prestations en espèces (indemnités journalières, rente, capital à la victime ou à ses ayants-droit).

Le montant de ces prestations peut représenter des sommes élevées, ce qui constitue un outil efficace et précieux pour lutter contre ces fraudes, car très dissuasif.

La mise en œuvre de l'action récursoire suppose que les organismes prestataires aient connaissance de l'emploi illégal du salarié victime de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle. Le CODAF est sans doute l'instance qui permet d'organiser l'échange des informations de cette nature et de les porter à la connaissance des organismes de protection sociale prestataires, dans le cadre de l'alinéa 2 de l'article L.8271-5 du code du travail.

## .D. La mise en œuvre des droits des organismes de protection sociale

Les organismes de protection sociale victimes du travail dissimulé ont la faculté de faire valoir leurs droits, soit en utilisant la voie pénale, soit en utilisant la voie civile, en application de dispositions mentionnées dans le code du travail ou dans les textes relatifs à la sécurité sociale, et au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation.

### .D.1. L'utilisation de la voie pénale

**.D.1.1.** Tout d'abord, il convient de rappeler que les agents des organismes de sécurité sociale et des caisses de mutualité sociale agricole agréés à cet effet et assermentés, ainsi que les agents de Pôle Emploi, chargés de la prévention des fraudes, agréés et assermentés à cet effet peuvent, en application des articles L.8271-1 et L.8271-2 du code du travail, rechercher et constater les infractions de travail dissimulé.

Les procès-verbaux établis font foi jusqu'à preuve du contraire.

Les agents des organismes de sécurité sociale appartiennent à l'Urssaf, à la CGSS, à la MSA, au RSI et à l'ENIM. Les organismes de sécurité sociale, les caisses de MSA et Pôle Emploi, en raison de cette double mission de recherche des infractions et de recouvrement des cotisations sociales éludées par la commission des ces infractions, disposent d'un statut particulier privilégié parmi les acteurs de la lutte contre ces fraudes.

**.D.1.2.** Les caisses de sécurité sociale peuvent également utiliser les dispositions de l'article L.244-1 du code de la sécurité sociale qui mentionnent que le cotisant, qui ne s'est pas conformé aux prescriptions de la législation de sécurité sociale, est poursuivi devant le tribunal de police, soit à la requête du ministère public, éventuellement sur la demande du ministre chargé de la sécurité sociale, soit à la requête de toute partie intéressée et, notamment, de tout organisme de sécurité sociale.

Cette prérogative peut trouver son intérêt dans les affaires de travail dissimulé qui n'ont pas donné lieu (pour diverses raisons) à verbalisation spécifique à destination du tribunal correctionnel, mais qui font apparaître des cotisations et contributions sociales impayées.

**.D.1.3.** Les organismes de protection sociale sont habilités à se constituer partie civile dans les procédures pénales relatives à des affaires de travail dissimulé, et à obtenir ainsi des dommages et intérêts de la part de l'auteur de l'infraction. La constitution de partie civile, qui vient se greffer sur une procédure pénale en cours, est une procédure facultative, mais très judicieuse et fructueuse, à la discrétion et à la diligence des organismes de recouvrement.

C'est la procédure de constitution de partie civile traditionnellement utilisée par les organismes de protection sociale.

La chambre criminelle de la Cour de cassation valide cette constitution de partie civile avec demande de dommages et intérêts et son cumul avec la procédure de recouvrement de droit commun devant le TASS[639] ; la Cour de cassation considère en effet que la demande de dommages et intérêts n'a ni le même objet, ni la même cause que la demande portée devant le TASS[640].

A priori, rien ne s'oppose donc à ce que les organismes de protection sociale se constituent systématiquement partie civile, dès lors qu'ils ont connaissance de la procédure pénale en cours, ce qui ne souffre pas de difficulté dès lors que le CODAF remplit son rôle.

La Cour de cassation assortit cependant le principe de la constitution de partie civile d'un tempérament significatif. En effet, elle juge qu'un organisme de sécurité sociale ne peut pas obtenir des dommages et intérêts en se constituant partie civile dans une affaire de travail dissimulé par non déclaration sociale concernant une fraude à l'établissement et/ou une fraude au détachement, lorsque la procédure de demande de retrait du certificat de détachement n'a pas été engagée et menée conformément au droit communautaire[641].

Par ailleurs, l'article L.114-9 du code de la sécurité sociale oblige les organismes chargés de la gestion obligatoire d'un régime de sécurité sociale et les organismes admis à encaisser des cotisations à déposer plainte avec constitution de partie civile dans le cadre de fraude dont le montant dépasse une somme fixée par décret; dans ce cas, ils sont dispensés de verser une consignation.

Si un organisme local ne dépose pas plainte avec constitution de partie civile, l'organisme national auquel il est rattaché peut se substituer à lui. Les organismes nationaux peuvent

[639] Depuis le 1er janvier 2019, le TASS est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance, puis au 1er janvier 2020 par le pôle social du tribunal judiciaire.
[640] Cass. crim. n° 04-84056 du 5 octobre 2004.
[641] Cass. crim. n° 18-86709 du 12 janvier 2021 EUVEO.

aussi déposer plainte directement au nom et pour le compte d'un ou plusieurs organismes locaux qui les mandatent à cette fin.

La constitution de partie civile, simple ou associée à un dépôt de plainte, permet aux organismes de sécurité sociale de réclamer des montants de dommages et intérêts conséquents (et non pas symboliques) destinés à réparer le préjudice qu'ils subissent et de nature à dissuader l'auteur de l'infraction[642].

### .D.2. L'utilisation de la voie civile

Les organismes de protection sociale qui sont privés du versement des cotisations et des contributions sociales du fait de pratiques de travail dissimulé disposent, en fonction des textes particuliers qui régissent leur fonctionnement, de prérogatives et de procédures de recouvrement qui relèvent, en première instance, du TASS[643] au titre de la sécurité sociale et au titre de l'assurance chômage[644].

Ces prérogatives et ces procédures applicables en matière de lutte contre le travail dissimulé sont à la fois spécifiques et de droit commun ; elles résultent par ailleurs de la combinaison de textes inscrits dans le code du travail, des dispositions relatives à la sécurité sociale et de la jurisprudence de la Cour de cassation.

#### .D.2.1. L'utilisation de la voie civile par le recours à la législation du travail

Le code du travail contient plusieurs dispositions permettant aux organismes de protection sociale, soit en tant que tels, soit par leurs agents de contrôle habilités, d'enrichir leurs procédures, de mieux chiffrer leur créance et d'obtenir un meilleur recouvrement des cotisations et contributions sociales dans les affaires de travail dissimulé.

Les prérogatives inscrites dans le code du travail s'ajoutent à celles mentionnées dans les textes de sécurité sociale.

##### .D.2.1.1. Les prérogatives d'enquête et de chiffrage

.- la levée du secret professionnel entre agents de contrôle habilités article L.8271-2 alinéa 1er du code du travail *(**voir infra p.299 et sq.**),*

.- la levée du secret professionnel entre les organismes de protection sociale et les agents de contrôle habilités articles L.8271-4 alinéa 1er et L.8271-5 alinéa 2 du code du travail *(**voir infra p.299 et sq.**),*

.- la levée du secret professionnel entre les agents de contrôle et le CLEISS article L.8271-5-1 du code du travail *(**voir infra p.299 et sq.**),*

.- la levée du secret professionnel entre les agents de contrôle et leurs homologues à l'étranger article L.8271-6 du code du travail *(**voir infra p.299 et sq.**),*

---

[642] Dans le dossier Ryanair, l'Urssaf a obtenu 4,5 M. euros de dommages et intérêts, la CRPN 3M. euros et Pôle Emploi.450 000 euros.

[643] Depuis le 1er janvier 2019, le TASS est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance, puis au 1er janvier 2020 par le pôle social du tribunal judiciaire.

[644] Sur ce point, voir également circulaire Unedic n° 2011-14 du 9 mars 2011.

.- la réception de plein droit par les organismes de recouvrement des procès-verbaux relevant l'infraction de travail dissimulé article L.8271-6-4 du code du travail*(**voir infra p.299 et sq.**),*

.- le droit de mettre en œuvre l'obligation de vigilance prévue par l'article L.1262-4-3 du code du travail,

.- le droit de mettre en œuvre l'obligation de vigilance prévue par l'article L.3245-2 du code du travail,

.- le droit de mettre en œuvre la solidarité financière prévue par l'article L.8222-5 du code du travail,

.- le droit de mettre en œuvre la solidarité financière prévue par l'article L.8222-6 du code du travail,

.- la participation au CODAF,

.- l'accès à la base CIRSO pour les DPAE,

.- l'accès à la base SIPSI[645] pour les déclarations de détachement des salariés en France,

.- le droit de communication dans les sociétés de domiciliation article L.8171-12 du code du travail *(**voir supra p.47 et infra p.305**),*

.- le droit de communication auprès du directeur de la publication article L.8221-7 du code du travail *(**voir supra p.49 et infra p.306**),*

.- le droit de communication avec les préfectures pour les professions soumises à autorisation ou règlementées article L.8271-10 du code du travail *(**voir infra p.303**)*,

.- le droit de communication et de copie immédiate des documents suivants, quels que soient leur forme et leur support:

- ⇨ 1° les documents justifiant que l'immatriculation, les déclarations et les formalités mentionnées aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5 ont été effectuées ainsi que ceux relatifs à l'autorisation d'exercice de la profession ou à l'agrément lorsqu'une disposition particulière l'a prévu ;
- ⇨ 2° les documents justifiant que l'entreprise a vérifié, conformément aux dispositions des articles L. 8222-1 ou L. 8222-4, que son ou ses cocontractants ont accompli les formalités mentionnées aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5 ou des réglementations d'effet équivalent de leur pays d'origine ;
- ⇨ 3° les devis, les bons de commande ou de travaux, les factures et les contrats ou documents commerciaux relatifs aux prestations exécutées en méconnaissance des dispositions de l'article L. 8221-1 ;
- ⇨ 4° les attestations d'assurances professionnelles détenues par les travailleurs indépendants lorsque ces assurances répondent à une obligation légale.

[645] Lorsqu'elle sera opérationnelle.

.- le droit d'audition consentie de toute personne utile article L.8271-6-1 du code du travail *(**voir infra p.308**)*,

.- le droit d'établir un procès-verbal d'audition signé par la personne entendue article L.8271-6-1 du code du travail *(**voir infra p.309**)*,

.- le contrôle d'identité de toute personne en activité ou entendue article L.8271-6-1 du code du travail ***(voir infra p.310)***.

**.D.2.1.2. Les prérogatives de mise en recouvrement**

Les organismes de protection sociale disposent de deux dispositifs particuliers relevant de la législation du travail pour recouvrer les cotisations et contributions sociales dans une affaire de travail dissimulé.

**.a. La solidarité financière en présence de travail dissimulé**

Le mécanisme de la solidarité financière *(**voir supra p.67 et 175**)* permet aux organismes de recouvrement, lorsque les conditions sont réunies, de choisir leur débiteur : le travailleur indépendant ou l'employeur, le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage.

***Nota***

*Le principe même de la solidarité financière dispense les organismes de recouvrement de s'adresser d'abord au débiteur principal, c'est-à-dire au travailleur indépendant ou à l'employeur. Ils peuvent s'adresser directement exclusivement au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage.*

La mise en œuvre de la solidarité financière, lorsqu'elle résulte des articles L.8222-5 et L.8222-6 du code du travail, est à la main des organismes de protection sociale puisqu'ils disposent des agents de contrôle habilités à initier la mise en cause du donneur d'ordre personne morale de droit public et du maître d'ouvrage. Cette prérogative n'est pas anodine, compte tenu de l'intérêt que représente la solidarité financière pour récupérer les cotisations sociales éludées.

Par ailleurs, la Cour de cassation apporte les précisions suivantes sur la mise en œuvre de la solidarité financière par les organismes de recouvrement, lorsqu'elle résulte de l'article L.8222-2 du code du travail:

.- le seuil de 5000 euros s'apprécie dans le cadre d'un contrat commercial unique, même s'il est à exécution successive,

.- un procès-verbal constatant l'infraction de travail dissimulé est nécessaire, conformément à l'article L.8222-2 du code du travail,

.- la relaxe du représentant légal de l'entreprise n'interdit pas d'engager la solidarité financière de l'entreprise personne morale,

.- les documents que le donneur d'ordre doit se faire remettre par son cocontractant sont les seuls documents mentionnés aux articles D.8222-5 et D.8222-7 du code du travail ; il en résulte, par exemple, que pour le recours à une entreprise étrangère seule la remise du certificat de détachement vaut preuve de la régularité sociale, lorsque l'entreprise étrangère ne s'est pas immatriculée en France.

.- la présomption de vérification par le donneur d'ordre est écartée en cas de discordance entre la dénomination de la société, désignée sur les documents remis, et l'identité du cocontractant,

.- s'agissant, non de recouvrer des cotisations dont le donneur d'ordre est redevable en tant qu'employeur, mais de mettre en œuvre la solidarité financière de celle-ci en vue du paiement des cotisations impayées par son sous-traitant, auteur de l'infraction de travail dissimulé, les règles régissant la compétence territoriale des unions de recouvrement en matière de contrôle des cotisants sont étrangères à cette mise en œuvre ; une Urssaf peut donc s'adresser à un donneur d'ordre domicilié hors de sa circonscription.

.- le principe du contradictoire et les droits de la défense sont respectés lorsque la lettre d'observations, après avoir rappelé les règles applicables et mentionné le montant global des cotisations dues par le sous-traitant, énonce que les cotisations mises à la charge du donneur d'ordre ont été calculées au prorata de la valeur des prestations effectuées par le sous-traitant au bénéfice du donneur d'ordre, seules étant prises en compte les prestations supérieures à 5000 euros, et précise année par année le montant des sommes dues,

.- l'article R.243-59 du code de la sécurité sociale impose, dans la mise en ouvre de la solidarité financière consécutive au constat d'un travail dissimulé, pour seule obligation, avant la décision de redressement, d'exécuter les formalités assurant le respect du principe de la contradiction par l'envoi de la lettre d'observations, sans être tenu de joindre à celle-ci le procès-verbal constatant le délit ; le juge peut toujours ordonner, par la suite, la production du procès-verbal pour lever le doute invoqué par le donneur d'ordre poursuivi.

.- la convention générale de réciprocité signée entre deux ou plusieurs Urssaf, en application des articles L.213-1 et D.213-1-1 du code de la sécurité sociale, vaut pour les opérations de contrôle visées à l'article L.243-7 de ce code, y compris la verbalisation pour travail dissimulé, préalable à la mise en œuvre de la solidarité financière.

***Nota***

*La Cour de cassation reconnaît le droit de l'Urssaf de refuser de délivrer à une entreprise cotisante l'attestation de « compte à jour » mentionnée à l'article L.243-15 du code de la sécurité sociale, lorsque cette entreprise ne s'est pas acquittée de la totalité de ses cotisations et contributions à leur date d'exigibilité initiale. Le refus de l'Urssaf peut être contesté devant le juge des référés*[646]*.*

*Cette attestation de «compte à jour» est remise par le sous-traitant à son donneur d'ordre au titre de la législation relative à la solidarité financière et à la prévention du travail dissimulé pour tout contrat d'un montant égal ou supérieur à 5000 euros.*

[646] Cass. civ. 2 n° 15-20231 du 16 juin 2016 HORIZON ; cass. civ. 2 n° 16-11297 du 9 février 2017 SGC.

**.b. La requalification de la situation d'activité ou de travail**

La requalification de la situation de travail permet aux organismes de recouvrement de récupérer des cotisations et contributions sociales auprès d'une personne qui n'avait pas officiellement la qualité d'employeur avant la décision du juge.

Les organismes de protection sociale sont habilités à saisir le TASS[647] pour demander la requalification de la situation d'activité ou de travail, faire reconnaître la qualité d'employeur et obtenir le paiement de leurs créances.

Le recouvrement dans le cadre d'une requalification vise un périmètre très large de situations de fraude :

.- les opérations de marchandage ou de prêt illicite de main-d'œuvre, puisque les cotisations et contributions sont réclamées à l'utilisateur du ou des salariés prêtés. Cette requalification est notamment très utile dans le cadre des fausses prestations de services internationales, y compris celles des entreprises de travail temporaire ; les salariés détachés sont en réalité en emploi direct en France.

.- toutes les autres opérations de mise à disposition de personnel, licites ou illicites, entraînant un transfert de la subordination juridique vers l'entreprise d'accueil, y compris dans le cadre de la mobilité internationale intragroupe,

.- les situations d'emploi en fraude aux présomptions de salariat posées par le code du travail et le code rural, les personnes étant employées en qualité de bénévole ou de travailleur indépendant,

.- les situations d'emploi de salarié sous un prétendu statut de bénévole, de stagiaire ou de travailleur indépendant, hors fraude aux présomptions de salariat,

***Nota***

*En application d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation, la procédure de recouvrement des cotisations et contributions sociales, engagée par un organisme de protection sociale à l'égard d'un donneur d'ordre qui recourt à un prétendu travailleur indépendant, pour les requalifier respectivement en employeur et en salarié, nécessite, à défaut de nullité, de mettre également en cause le travailleur indépendant dans cette procédure de contestation de son statut apparent.*

*Voir notamment, Cass. civ.2 n° 17-19242 du 29 novembre 2018 Urssaf du Cantal.*

.- les situations de fraude à l'établissement par des entreprises étrangères qui emploient indument en France des salariés sous un statut de détaché.

[647] Depuis le 1er janvier 2019, le TASS est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance, puis au 1er janvier 2020 par le pôle social du tribunal judiciaire.

### .D.2.2. L'utilisation de la voie civile par le recours aux textes de sécurité sociale

Les organismes de protection sociale s'appuient à titre principal sur les textes de sécurité sociale qui régissent à la fois les modes d'intervention de leurs agents chargés du recouvrement et leur procédure institutionnelle de mise en recouvrement amiable ou contentieuse des cotisations et des contributions sociales.

**.D.2.2.1.** Une affaire de travail dissimulé, qui conduit à une procédure de recouvrement de cotisations ou de contributions sociales, est portée à la connaissance des organismes de protection sociale :

.- de façon inopinée, dans le cadre d'un contrôle d'assiette, sur place, chez le cotisant, en application de l'article L.243-7 du code de la sécurité sociale,

.- lors d'un contrôle ciblé sur la recherche du travail dissimulé,

.- par la réception des procès-verbaux qui leur sont transmis de plein droit en application de l'article L.8271-8-1 du code du travail et de l'article L.243-7-5 du code de la sécurité sociale.

Les organismes de recouvrement peuvent obtenir des informations par d'autres voies sur des situations de travail dissimulé, notamment au sein du CODAF, mais ces informations ne peuvent être exploitées que dans le cadre d'une de ces trois procédures.

La mise en recouvrement des cotisations et contributions sociales en matière de travail dissimulé n'est pas conditionnée par l'existence préalable de constat de cette infraction, excepté pour la mise en œuvre de la solidarité financière contre le donneur d'ordre, au titre de l'article L.8222-2 du code du travail.

Les textes de sécurité sociale contiennent plusieurs dispositions spécifiques relatives aux procédures de recouvrement en lien avec le travail dissimulé :

.- l'action en prescription des cotisations et contributions sociales est portée de trois ans (délai de droit commun) à cinq ans si un procès-verbal est établi (article L.244-11 du code de la sécurité sociale).

.- les cotisations et contributions sociales dues sont majorées de 25% ; lorsque des circonstances aggravantes sont constatées (dissimulation d'emploi de plusieurs salariés, mineur victime dégagé de l'obligation scolaire, abus de vulnérabilité et travail dissimulé en bande organisée), la majoration est portée à 40% (article L.243-7-7 du code de la sécurité sociale).

.- en présence d'une dissimulation d'emploi salarié, le redressement s'effectue de façon forfaitaire sur la base d'une rémunération équivalente à 25% du plafond annuel de la sécurité sociale, sauf preuve contraire en termes de durée effective d'emploi et de rémunération versée (article L.242-1-2 du code de la sécurité sociale).

.- l'avis de passage adressé préalablement au cotisant n'est pas obligatoire lorsque le contrôle est effectué pour rechercher du travail dissimulé (article R.243-59 du code de la sécurité sociale).

.- tout redressement pour travail dissimulé consécutif à un contrôle inopiné nécessite la mise en œuvre de la procédure contradictoire spécifique prévue par les articles R.133-8 et R.133-8-1 du code de la sécurité sociale, que ce redressement vise le travailleur indépendant, l'employeur, le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage.

La Cour de cassation juge que cette procédure contradictoire spécifique ne s'applique pas lorsque le constat de travail dissimulé intervient dans le cadre d'un contrôle effectué sur le fondement de l'article L.243-7 du code de la sécurité sociale[648]. Elle précise également que l'Urssaf n'est pas tenue de communiquer à l'employeur, lorsqu'elle engage une procédure de recouvrement pour des faits de travail dissimulé, le procès-verbal constatant cette infraction[649].

Enfin, la Cour de cassation juge fondé le refus d'une Urssaf de délivrer une attestation de régularité des obligations de déclaration et de paiement des cotisations sociales à une entreprise verbalisée pour travail dissimulé[650].

***Nota sur le droit d'audition des agents des organismes de protection sociale***

*La Cour de cassation a rendu récemment plusieurs décisions relatives au droit d'audition des agents des organismes de protection sociale :*

*.- Cass. crim. n° 19-81632 du 15 octobre 2019 l'article 61-1 du code de procédure pénale qui confère des droits à la personne auditionnée ne s'applique pas au droit d'audition consentie dont dispose un agent de l'Urssaf en application de l'article L.8271-6-1 du code du travail relatif à la lutte contre le travail illégal ;*

*.- Cass. civ. 2 n° 18-19847 du 19 septembre 2019 le droit d'audition consentie mentionné à l'article L.8271-6-1 du code du travail ne s'applique pas après l'envoi de la lettre d'observations à l'employeur à laquelle celui-ci a répondu; l'audition est donc libre.*

*.- Cass. civ. 2 n° 18-19929 du 19 septembre 2019 le respect de l'audition consentie prévue par l'article L.8271-6-1 du code du travail est d'application stricte ; à défaut, la procédure de recouvrement est irrégulière.*

*Voir l'article de l'auteur :*

*https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/droit-d-audition-dans-le-cadre-d-une-affaire-de-travail-dissimule*

**.D.2.2.2.** Les organismes de sécurité sociale peuvent engager des mesures conservatoires, à l'encontre du débiteur des cotisations et contributions sociales, en application de l'article L.133-1 du code de la sécurité sociale. Cette disposition, issue de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2017[651], autorise le directeur de l'organisme de recouvrement des

[648] Cass. civ. 2 n° 15-16110 du 7 juillet 2016 FORMACAD.
[649] Cass. 2 n° 18-12150 du 14 février 2019 URSSAF PROVENCE ALPES COTE D'AZUR.
[650] Cass. civ. 2 n° 12-40037 du 5 juillet 2012 ARCO.
[651] Article 24 V de la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017.

cotisations et contributions sociales[652] à procéder à l'égard de ce débiteur, sans solliciter l'autorisation du juge prévue au premier alinéa de l'article L.511-1 du code des procédures civiles d'exécution, à une ou plusieurs des mesures conservatoires mentionnées aux articles L.521-1 à L.533-1 du même code, dans la limite des montants de ces cotisations et contributions, sociales éludées, ainsi que des majorations, pénalités et remboursement des exonérations et des abattements dont il est redevable.

Le débiteur des cotisations et des contributions sociales est l'employeur du salarié dissimulé, établi ou non en France, mais également le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage, au titre de la solidarité financière.

La procédure de saisie conservatoire nécessite l'établissement préalable d'un procès-verbal pour travail dissimulé, par l'un des agents de contrôle habilités (***voir infra p.298***), qui est ensuite transmis aux organismes de recouvrement créanciers, sur le fondement de l'article L.8271-6-4 du code du travail.

La procédure de saisie conservatoire permet de faire face à l'insolvabilité, organisée ou non, du débiteur, lorsque celui-ci n'est pas en mesure de présenter des garanties pour payer ses dettes sociales. Elle se substitue à la procédure de flagrance sociale, de création récente[653], mais qui n'a pas prospéré.

***Nota***

*La mise en œuvre d'une saisie conservatoire contre un employeur non établi en France n'est pas irréaliste, notamment lorsque les sommes dues aux organismes de protection sociale en France sont importantes.*

*Une mesure de contrainte de nature sensiblement équivalente est à la disposition du juge, lorsqu'il est saisi par un organisme de recouvrement qui souhaite obtenir une garantie pour le paiement de ses créances à l'égard d'une entreprise non établie en France.*

*Ainsi, dans le dossier Ryanair, la chambre de l'instruction de la cour d'appel d'Aix en Provence a validé le 3 février 2017 la décision du juge d'instruction qui a décidé, à la demande de l'Urssaf, du placement sous contrôle judiciaire de la compagnie aérienne, assorti notamment de l'obligation de verser un cautionnement de 5 millions d'euros, en garantie du paiement des 6,8 millions d'euros dus à l'organisme de recouvrement.*

### .D.2.2.3 Le recours à la notion d'abus de droit

La situation d'abus de droit de la part du cotisant est une procédure spécifique prévue par l'article L.243-7-2 du code de la sécurité sociale. Elle permet aux organismes de protection sociale de restituer le véritable caractère et d'écarter, comme ne leur étant pas opposables, soit les actes qui ont un caractère fictif, soit les actes, qui recherchant le bénéfice d'une

[652] Notamment RSI, MSA, ENIM, URSSAF et CGSS.

[653] Article L.243-7-4 du code de la sécurité sociale. Voir le « Mode d'emploi des droits des victimes du travail illégal et du dumping social » 2ème édition Avril 2020 p.186, du même auteur.

application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les contributions et cotisations sociales d'origine légale ou conventionnelle auxquelles le cotisant est tenu au titre de la législation sociale ou que le cotisant, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées, eu égard à sa situation ou à ses activités réelles.

L'article L.114-18-1 du code de la sécurité sociale prévoit en outre une amende administrative à l'encontre de celui, personne physique ou morale, qui dans le cadre d'une activité professionnelle de conseil à caractère juridique, financier ou comptable ou de détention de biens ou de fonds pour le compte de tiers, a intentionnellement fourni à un cotisant, qui commet un abus de droit au sens de l'article L.243-7-2 du code de la sécurité sociale ou de l'article L.725-25 du code rural, une prestation qui a directement contribué à commettre cet abus de droit ou à le dissimuler.

Le montant de l'amende administrative infligée à la personne complice de l'abus de droit ou qui le dissimule est égal à 50% des revenus tirés de cette prestation, sans être inférieur à 10 000 euros.

L'abus de droit concerne un très large périmètre de situations, incluant le cas échéant le travail illégal ou des pratiques proches de celui-ci. A ce jour très peu de jurisprudence sociale relative à l'abus de droit, hormis la décision du 12 octobre 2017[654] de la Cour de cassation qui considère que la divergence d'appréciation sur les règles d'assiette des cotisations n'est pas au nombre des contestations susceptibles de donner lieu à la procédure d'abus de droit prévue par l'article L.243-7-2 du code de la sécurité sociale, rejetant ainsi le pourvoi d'un cotisant qui reprochait à l'URSSAF ne pas utilisé cette procédure pour engager le recouvrement des cotisations dues.

### .III. Les droits des caisses de congés payés (et intempéries)

Les caisses de congés payés (et intempéries) sont « les parents pauvres » de la lutte contre le travail dissimulé, alors que cette fraude leur cause un préjudice financier considérable.

Le travail dissimulé se traduit par le non paiement des cotisations aux caisses, au titre des congés payés et au titre des intempéries pour le secteur du BTP.

Par ailleurs le volume non négligeable des interventions des entreprises étrangères dans les secteurs couverts par des caisses de congés payés (et intempéries) a accentué ce manque à gagner, dans la mesure où celles-ci ne versent que rarement leurs cotisations en France.

Contrairement à ce que prévoit le code du travail pour le défaut de déclarations sociales aux organismes de protection sociale, le défaut de déclarations sociales aux caisses de congés payés (et intempéries) ne constitue pas du travail dissimulé, même si ce défaut de déclaration les place dans une situation préjudiciable identique à celle des organismes de protection sociale.

A l'inverse de ce qui a été conçu et construit au fil des années pour les organismes de protection sociale, il existe en effet très peu de dispositions spécifiques dans le code du travail destinées à valoriser les droits des caisses et à favoriser le recouvrement des

[654] Cass. soc. n° 16-21469 du 12 octobre 2017 SIMI.

cotisations éludées en présence d'une situation de travail illégal ou de dumping social.

Pour recouvrer les cotisations éludées, les caisses utilisent leurs outils de droit commun qui, face à ces fraudes, présentent des limites objectives d'efficacité.

Pour cette raison, il existe logiquement très peu de jurisprudence illustrant les conditions et les modalités de recouvrement des cotisations par les caisses dans les affaires de travail illégal et de dumping social.

**.A. Quelles sont les caisses de congés payés (et intempéries) ?**

Peu nombreuses, elles couvrent cependant des secteurs d'activité sensibles au travail dissimulé: le bâtiment, les travaux publics, les spectacles vivants et enregistrés, le transport.

.- Dans le BTP, il existe 26 caisses qui collectent les cotisations au titre des congés payés depuis 1937 et au titre des intempéries depuis 1946 : 24 caisses régionales pour le bâtiment et 2 caisses nationales, l'une pour les travaux publics et la seconde pour les SCOP.

.- Dans le secteur des spectacles vivants et enregistrés, il existe une seule caisse, créée en 1939, qui est gérée au niveau national par AUDIENS et qui collecte les cotisations au titre des congés payés des artistes et des techniciens intermittents, à l'exception de celles qui doivent être versées au GUSO.

Les cotisations versées au GUSO par les employeurs occasionnels d'artistes et de techniciens intermittents sont recouvrées par l'Urssaf.

. Dans le secteur des transports, de la manutention, du déménagement, de la propreté et de la logistique, il existe des caisses interprofessionnelles et interrégionales (cf articles D.741-1 et suivants du code du travail, *en attente de codification dans le code des transports).*

Seules les caisses du BTP collectent en sus les cotisations au titre des intempéries.

Les caisses nationales, interrégionales ou régionales sont dotées de la personnalité juridique et peuvent ester en justice pour faire valoir leurs droits.

Tout employeur relevant du champ d'une caisse de congés payés (et intempéries) doit adhérer et payer les cotisations dues.

Dans un arrêt de principe[655], la chambre sociale de la Cour de cassation considère que l'adhésion obligatoire à une caisse de congés payés et intempéries ne constitue pas une atteinte à la liberté d'adhérer à une association, au sens de l'article 11-2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; la Cour de cassation précise que les caisses de congés payés ont pour objet la protection des droits et de la santé des salariés en leur assurant non seulement le paiement des congés payés, mais également des indemnités de chômage dues pour les arrêts de travail liés aux intempéries et que cette protection justifie la restriction à la liberté d'adhérer à une association prévue par l'article 11-2 de la Convention.

**.B. Quelle(s) personne(s) mettre en cause ?**

[655] Cass. soc. n° 03-18771 du 22 février 2006 HELLEGOUARCH.

Pour récupérer les cotisations éludées dans une affaire de travail dissimulé, les caisses de congés payés (et intempéries) ont la possibilité de mettre en cause l'employeur officiel ou toute autre personne exerçant de fait la subordination juridique sur des salariés et qui est débitrice des sommes qui leur sont dues.

A cet égard, les caisses se trouvent sensiblement dans la même situation que les organismes de protection sociale.

Cependant, les caisses de congés payés (et intempéries) ne peuvent pas mettre en cause le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage au titre de la solidarité financière puisque les cotisations qui leur sont dues ne relèvent pas du périmètre de ce dispositif.

### .B.1. La mise en cause de l'employeur officiel qui dissimule le salarié

A titre principal et habituel, le débiteur des cotisations dues aux caisses de congés payés (et intempéries) est l'employeur du salarié dissimulé, dont l'emploi n'a pas conduit au versement spontané de tout ou partie de ces cotisations et contributions.

L'employeur officiel, c'est-à-dire celui qui ne conteste pas sa qualité et l'existence de l'emploi dissimulé de son salarié, est établi en France ou à l'étranger.

#### .B.1.1. La mise en cause de l'employeur officiel établi en France

La mise en cause de l'employeur officiel qui doit des cotisations ne pose pas de difficulté juridique particulière, sauf à ce que cet employeur, qui dissimule du personnel salarié conteste son assujettissement à la caisse parce qu'il exerce une activité qui ne ressort pas du champ prévu par les textes (c'est-à-dire ni BTP, ni spectacles vivants et enregistrés, ni transports etc).

#### .B.1.2. La mise en cause de l'employeur officiel non établi en France

**.B.1.2.1.** Depuis le décret du 11 juillet 1994[656], toute entreprise étrangère qui détache des salariés en France pour accomplir une activité relevant du champ d'une caisse de congés payés (et intempéries), doit s'immatriculer à la caisse compétente en France, déclarer et verser les cotisations sur les mêmes bases que les entreprises françaises.

Les cotisations sont déclarées et versées à la caisse du lieu de l'intervention de l'entreprise étrangère ; en cas d'interventions multiples simultanées, l'entreprise étrangère peut centraliser ses déclarations et versements à la caisse du lieu où l'intervention est la plus importante, compte tenu de l'effectif qui y est affecté.

L'entreprise étrangère est affiliée de plein droit au dispositif français, en application de l'article L.1262-4 7° du code du travail[657].

Cet assujettissement de plein droit vaut pour toute entreprise étrangère, qu'elle soit établie dans l'Union européenne, dans l'Espace économique européen, en Suisse, à Monaco ou dans un Etat tiers.

---

[656] Décret n° 94-573 du 11 juillet 1994.
[657] Cass. soc. n° 03-18771 du 22 février 2006 HELLEGOUARCH.

**.B.1.2.2.** Le code du travail prévoit une dérogation à ce principe, mais qui est très encadrée et qui a, de ce fait, une portée limitée (articles D.3141-26 et D.3141-27 ; articles D.7121-42 et D.7121-43 du code du travail).

La dérogation ne vaut pas pour les entreprises établies dans les Etats tiers, y compris en Suisse et à Monaco. Ces entreprises versent nécessairement les cotisations en France, sans exception.

L'entreprise établie dans un autre Etat de l'UE ou dans l'EEE est dispensée de verser les cotisations en France si elle justifie que ses salariés bénéficient dans leur pays de droits à congés payés au moins équivalents aux salariés français.

***Nota***

*Bénéficier de droits au moins équivalents signifie très concrètement que le salarié détaché doit avoir le même nombre de jours de congé qu'en France, le même niveau d'indemnité et la même assiette de calcul que cette indemnité.*

*Ainsi ne bénéficie pas de droit équivalent le salarié détaché qui bénéficie de 25 jours de congé par an, ou d'une indemnité représentant 1/15è de sa rémunération ou d'une indemnité calculée sur son salaire local et non pas sur le niveau de salaire français.*

*Dans la pratique, ces droits au moins équivalents sont très rarement existants.*

*Par suite, son employeur doit s'immatriculer et verser les cotisations en France.*

Lorsqu'il est considéré que le salarié bénéficie de droits au moins équivalents dans son pays, l'entreprise établie dans un autre Etat de l'UE ou dans l'EEE doit ensuite justifier qu'elle est à jour du paiement de ses cotisations dans son Etat de domiciliation et qu'elle continue à cotiser dans son Etat pendant la période de détachement de ses salariés en France.

Dans le cadre de ce dispositif juridique, trois conventions ont été signées dans le BTP entre l'Union des caisses de France et les caisses de congés payés de trois Etats de l'UE : l'Allemagne, l'Autriche et l'Italie.

Aux termes de ces conventions, l'entreprise établie dans un de trois Etats n'est pas tenue de verser ses cotisations en France lorsqu'elle présente une attestation bilingue de dispense d'affiliation en France, délivrée par la caisse de congés payés de l'un de trois Etats où elle est domiciliée.

L'Union des caisses de France dispose également de cette attestation lorsqu'elle a été délivrée.

Ce mécanisme dérogatoire ne vaut pas pour le secteur des spectacles vivants et enregistrés, ni pour le secteur des transports, de la manutention, du déménagement, de la propreté et de la logistique.

***Nota***

*Selon la Cour de cassation, c'est à l'entreprise étrangère qu'il appartient d'apporter la preuve aux agents de l'inspection du travail, aux caisses de congés payés (et intempéries) et au juge qu'elle remplit les conditions posées par le code du travail pour se dispenser de payer les cotisations en France ; elle doit donc prouver que son salarié détaché bénéficie de droits au moins équivalents.*

*Ce n'est pas aux agents de l'inspection du travail, aux caisses de congés payés (et intempéries) et au juge de rechercher si, dans l'Etat de domiciliation de l'entreprise étrangère, le salarié détaché bénéficie de droits au moins équivalents.*

*En effet, le principe posé par la loi française est l'affiliation de l'entreprise étrangère en France ; dès lors, l'entreprise doit justifier le bien fondé de la dérogation qu'elle invoque.*

*Voir à ce sujet, le très important arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 10 mai 2006*[658]*.*

La délivrance et la présentation du certificat de détachement en application des règlements communautaires de sécurité sociale n'a aucune relation, ni aucune incidence avec l'obligation pour l'entreprise étrangère de s'immatriculer et de verser des cotisations en France.

Présenter un certificat de détachement ne dispense pas de payer les cotisations en France à la caisse de congés payés (et intempéries) compétente**.**

### .B.2. La mise en cause de celui qui exerce de fait la subordination juridique à l'égard du salarié

Au-delà des apparences des conditions d'exercice d'une activité, les caisses de congés payés (et intempéries) sont en droit d'obtenir le paiement des cotisations auprès du véritable employeur, par la voie de la requalification d'une situation de travail, sur le constat d'une subordination juridique.

En la matière, l'arrêt *Société Générale* de la Cour de cassation du 13 novembre 1996[659] est la décision de référence pour déterminer l'assujettissement d'une personne en qualité de salarié. Cet arrêt, rendu au double visa de l'article L.121-1 du code du travail et L.242-1 du code de la sécurité sociale, unifie les critères du salariat au sens du code du travail et du code de la sécurité sociale, et fait de la subordination juridique la condition unique de la reconnaissance de la qualité de salarié.

De ce fait, les caisses de congés payés (et intempéries) se trouvent *grosso modo* dans la même situation de requalification qu'un salarié dont l'emploi est dissimulé par son employeur sous une fausse apparence ou que les organismes de protection sociale face à cette fraude.

[658] Cass. crim. n° 05-81902 du 10 mai 2006 MECI.
[659] Cass. soc. n° 94-13187 du 13 novembre 1996 SOCIETE GENERALE.

### .B.2.1. La mise en cause de celui qui emploie un salarié mis à sa disposition

Le salarié mis à disposition d'une autre entreprise en devient son salarié, dès lors que cette mise à disposition s'accompagne d'un transfert de la subordination juridique[660]. Or, dans la quasi totalité des mises à disposition, l'entreprise qui accueille et utilise le salarié mis à sa disposition va lui fournir le travail, l'encadrer, le diriger, lui donner des instructions et organiser son activité professionnelle, ce qui caractérise le transfert de la subordination juridique. C'est d'ailleurs l'objet de la mise à disposition que de permettre à l'entreprise d'accueil de l'employer comme l'un de ses propres salariés.

Dès lors que l'entreprise d'accueil qui utilise un salarié mis à disposition exerce à son égard la subordination juridique, elle devient son employeur de fait. Elle est alors tenue d'accomplir la DPAE, de remettre un bulletin de salaire, de verser les cotisations et contributions sociales aux organismes de protection sociale, ainsi que les cotisations à la caisse de congés payés (et intempéries).

En ne respectant pas ces formalités, l'entreprise d'accueil pratique de la dissimulation d'emploi salarié. Les caisses sont fondées à mettre en cause et à s'adresser à l'entreprise qui utilise ainsi le salarié pour obtenir la reconnaissance de cette relation de travail subordonnée et le versement des cotisations en relation avec cet emploi dissimulé.

La mise en cause de l'entreprise utilisatrice du salarié mis à disposition est possible, soit dans le cadre d'une mise à disposition illicite, soit dans le cadre d'une mise à disposition licite.

#### B.2.1.1. La mise à disposition illicite du salarié

Le salarié fait l'objet d'une mise à disposition illicite, lorsque cette mise à disposition s'inscrit dans le cadre d'une opération qui s'analyse en du marchandage (article L.8231-1 du code du travail) ou d'une opération qui s'analyse en du prêt illicite de main-d'œuvre (article L.8241-1 du code du travail). Elle est également illicite dès lors qu'elle ne respecte pas les conditions posées par l'alinéa 6 de l'article L.8241-1 et l'article L.8241-2 du code du travail, issus de la loi Cherpion[661].

Le marchandage et le prêt illicite de main-d'œuvre résultent essentiellement de trois fraudes : la fausse sous-traitance, l'exercice illégal d'une activité licite de mise à disposition de salarié[662] et la fourniture illégale d'un salarié par un trafic de main-d'œuvre[663].

Ces fraudes sont endémiques dans le BTP. Dans le secteur des spectacles vivants, des associations dites prestataires, qui se déclarent à tort employeur, fournissent des artistes à des producteurs de spectacles qui éludent ainsi leurs obligations d'employeurs qu'ils sont.

---

[660] Not. Cass. Ass. Plén. n° 92-40641 du 20 décembre 1996 ALLIANCE FRANCAISE ; cass. soc. n° 12-21581 du 17 avril 2013 GRAMO.

[661] Article 40 de la loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels.

[662] Entreprise de travail temporaire, agence de mannequins, association de services aux personnes etc.

[663] Voir le « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance » 2ème édition Janvier 2020, du même auteur.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu de nombreux arrêts condamnant l'entreprise d'accueil ou utilisatrice pour dissimulation d'emploi salarié[664], preuve que cette entreprise est l'employeur réel du salarié mis à disposition.

La chambre sociale de la Cour de cassation valide la même analyse, en considérant que l'entreprise utilisatrice est l'employeur du salarié à qui celui-ci est légitime à s'adresser pour obtenir la reconnaissance de sa relation de travail et, par suite, le bénéfice de ses droits, et notamment l'indemnité forfaitaire équivalente à six mois de salaire pour travail dissimulé[665].

Enfin, la chambre criminelle a validé la constitution de partie civile d'une Urssaf, avec obtention de dommages et intérêts, dans une affaire de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre[666].

Les caisses de congés payés (et intempéries) disposent donc d'une solide jurisprudence de référence de la Cour de cassation pour obtenir le paiement des cotisations auprès de l'entreprise utilisatrice qui exerce la subordination juridique.

La mise en cause par les caisses de congés payés (et intempéries) de l'entreprise utilisatrice présente un intérêt considérable, lorsque l'entreprise qui met à disposition le salarié n'a pas de consistance économique ou lorsque la mise à disposition s'effectue dans le cadre transnational pour éviter une embauche par l'entreprise utilisatrice française.

#### B.2.1.2. La mise à disposition licite du salarié

Le fait que le salarié soit mis à disposition d'une autre entreprise dans le cadre d'une mise à disposition a priori licite n'interdit pas de considérer pour autant que son emploi est dissimulé par l'entreprise d'accueil, qui est son employeur réel et débiteur des différentes cotisations et contributions sociales (***voir supra p.152***).

Le sujet du transfert du contrat de travail et de la subordination juridique n'est pas anodin puisque la loi Cherpion autorise la mise à disposition d'un salarié dès le lendemain de son embauche et pour plusieurs années, voire à durée indéterminée[667].

Compte tenu du transfert du contrat de travail et de la subordination juridique vers l'entreprise d'accueil, celle-ci devient son employeur. Elle est tenue de procéder à la DPAE, de lui remettre un bulletin de salaire et de verser les cotisations aux caisses de congés payés et intempéries. L'entreprise d'accueil ne peut pas éluder sa qualité d'employeur, au seul motif que les dispositions de l'alinéa 6 de l'article L.8241-1 et l'article L.8241-2 du code du travail sont formellement respectées.

Les caisses des congés payés (et intempéries) disposent de toute cette jurisprudence de la Cour de cassation[668] pour qualifier l'entreprise d'accueil d'employeur.

---

[664] Not. Cass. crim. n° 05-80833 du 31 janvier 2006 ABC.

[665] Not. Cass.soc. n° 09-69175 du 18 mai 2011 JOHN DEERE.

[666] Cass. crim. n° 13-84776 du 10 septembre 2014 MARC X. ; voir également Cass.civ. 2 n° 11-28245 du 20 juin 2013 CL JURA.

[667] La loi Cherpion ne fixe aucune limite à la durée de la mise à disposition ; un salarié « Cherpion » peut même ne jamais travailler dans l'entreprise qui l'a embauché.

[668] ***Voir infra p.313*** 5ème partie Jurisprudence.

***Nota***

*Le secteur du BTP fait l'objet de mises à disposition collectives de salariés dans le cadre d'un dévoiement de la mobilité internationale intragroupe[669]. Ces mises à disposition, avec transfert de la subordination juridique, ont pour effet de rendre l'entreprise d'accueil employeur de fait des salariés en mobilité qui sont affectés sur les chantiers de cette entreprise.*

*La caisse ds congés payés (et intempéries) est fondée à réclamer à l'entreprise d'accueil le paiement des cotisations en qualité d'employeur.*

### .B.2.2. La mise en cause de celui qui emploie un salarié sous un faux statut

Les caisses de congés payés (et intempéries) sont fondées à réclamer les cotisations à celui qui dissimule l'emploi d'un salarié sous un prétendu statut de bénévole, de stagiaire, de travailleur indépendant, de salarié détaché, y compris en éludant la présomption de salariat de l'artiste posée par le code du travail.

Les caisses de congés payés (et intempéries) ont toute qualité pour considérer que les conditions d'emploi d'une personne en activité relèvent du salariat, sous réserve de l'appréciation souveraine du juge, seul habilité à prononcer la requalification contractuelle et à lui donner tous ses effets juridiques (***voir supra p.107***).

Le critère de l'exercice de l'activité dans le cadre d'une subordination juridique est l'élément déterminant pour requalifier une personne en salarié et demander à celui qui l'emploie le paiement des cotisations et contributions sociales.

La preuve d'une subordination juridique n'est pas nécessaire lorsque la personne en activité est couverte par la présomption de salariat de l'artiste.

Les caisses de congés payés peuvent se référer à une jurisprudence étoffée de la Cour de cassation, en fonction du faux statut utilisé pour dissimuler l'emploi salarié[670].

Quatre situations de dissimulation d'emploi salarié sous un faux statut méritent une attention particulière, puisqu'elles ont un impact conséquent sur le non paiement des cotisations et contributions sociales.

#### .B.2.2.1. La dissimulation d'emploi salarié par le recours à un faux travailleur indépendant

Le secteur du BTP et, dans une moindre mesure, celui des spectacles vivants et enregistrés et celui des transports, sont exposés aux pratiques de faux travail indépendant (***voir supra p.121***).

La requalification d'un pseudo travailleur indépendant en salarié permet aux caisses de congés payés (et intempéries) de réclamer au donneur d'ordre devenu employeur le paiement des cotisations relatives à cet emploi dissimulé.

---

[669] Voir le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français» 5ème édition Juin 2021, du même auteur.

[670] ***Voir infra p.313*** 5ème partie Jurisprudence.

Le salarié prétendu travailleur indépendant est, soit établi et résident en France, soit abusivement détaché en France sous ce statut, depuis un autre Etat.

S'il est vrai que la majorité des faux travailleurs indépendants sont établis en France, notamment sous le régime de l'auto entrepreneur, l'élargissement de l'Union européenne, avec la reconnaissance de la libre prestation de services, a optimisé cette fraude à l'emploi transnational[671].

La jurisprudence de la Cour de cassation, qui fixe la ligne de partage entre le vrai et le faux travailleur indépendant, s'est construite dans les affaires mettant en relation un pseudo donneur d'ordre et un prétendu travailleur indépendant établi en France. Pour autant, cette jurisprudence est transposable sans réserve, lorsque le prétendu travailleur indépendant est établi hors de France ; ce sont les mêmes critères de requalification qui permettent aux caisses de congés payés (et intempéries) de s'affranchir des apparences et d'obtenir du juge la requalification de sa situation contractuelle et le paiement des cotisations.

La caisse des congés payés des spectacles vivants et enregistrés dispose en outre du bénéfice de la présomption de salariat posée par la législation du travail pour rétablir le vrai statut de l'artiste en activité.

### .B.2.2.2. La dissimulation d'emploi salarié par le non respect de la présomption de salariat de l'artiste

Le non respect de la présomption de salariat de l'artiste a pour effet de priver Audiens, qui est la caisse de congés payés des spectacles, du paiement des cotisations et des contributions sociales dues par l'employeur de l'artiste, c'est-à-dire par le producteur du spectacle.

La requalification par le biais de la présomption de salariat concerne tant un prétendu bénévole (ou amateur), qu'un prétendu travailleur indépendant prestataire établi hors de France.

**.a.** L'article 32 (non codifié) de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine a créé un statut d'artiste amateur[672], non soumis à la présomption de salariat de l'article L.7121-3 du code du travail (***voir supra p.131***), dès lors qu'il pratique à titre non professionnel et qu'il n'en tire aucune rémunération[673].

Il n'est pas acquis que l'article 32 de la loi du 7 juillet 2016 limite les possibilités de requalification d'un artiste bénévole/amateur en un artiste salarié. En effet,

.- l'article L.7121-3 du code du travail mentionne déjà l'existence d'une rémunération pour faire application de la présomption de salariat ; l'apport de l'article 32 est (en principe) neutre.

---

[671] Voir notamment le 1er arrêt de requalification de faux artisans détachés : Cass. soc. n° 95-18115 du 27 mars 1997 DEBEZY/LADRISOL.

[672] Complété par le décret n° 2017-1049 du 10 mai 2017 et par l'arrêté du 25 janvier 2018 qui posent de nombreuses conditions à la légalité de la qualité d'amateur lors des répétitions et des représentations.

[673] L'article 32 répond à une demande très ancienne des organisateurs de festivals qui souhaitaient que certains artistes qu'ils produisent ne soient pas considérés comme des salariés, avec respect des minima de rémunération conventionnels et paiement des cotisations et contributions sociales.

.- hors présomption de salariat, la rémunération n'est pas un critère du salariat, mais la conséquence de celui-ci,

.- l'article L.3123-3 du code du travail, conforté par la jurisprudence de la Cour de cassation, donne une définition très large de la rémunération (***voir supra p.113***),

.- hors présomption de salariat, le critère du salariat reste la subordination juridique de droit commun ; et si la personne est subordonnée, elle exerce à titre professionnel.

L'analyse juridique ne devient pas binaire (amateur ou présomption de salariat), mais reste ternaire (amateur, présomption de salariat ou salarié de droit commun avec subordination juridique avérée, même si les nombreuses conditions posées par les textes d'application de l'article 32 sont réunies).

**.b.** L'article L.7121-5 du code du travail permet au producteur, ou à l'organisateur de la prestation artistique en France, d'écarter la présomption de salariat à l'égard d'un artiste qui justifie être établi en tant que travailleur indépendant pour exercer ce métier à titre habituel dans un autre Etat de l'Union européenne (UE) ou dans l'Espace économique européen (EEE).

La Cour de cassation fait une application stricte de cette exception à la présomption de salariat. Elle précise qu'il appartient au producteur du spectacle, et non pas à la caisse de congés payés (ou aux agents de contrôle habilités, aux organismes de recouvrement ou à l'artiste), d'apporter la preuve qu'il exerce son activité de façon habituelle en qualité de travailleur indépendant dans un autre Etat de l'UE ou de l'EEE où il est établi.

Par ailleurs, il faut que le producteur prouve que cet artiste a accompli en France toutes les formalités déclaratives mentionnées ***supra p.40.***

Dans les 3 affaires dans lesquelles s'est prononcée à ce jour la Cour de cassation, elle a refusé à chaque fois de faire application de cette dérogation à la présomption pour des artistes étrangers[674]. Elle a considéré que les artistes restaient couverts par la présomption de salariat et que les producteurs établis en France étaient leurs employeurs, donc redevables des cotisations et contributions sociales.

*A contrario*, cette exception possible à la présomption de salariat n'est pas applicable à l'artiste résidant en Suisse ou dans un pays tiers.

***Nota***

*A supposer réunies les conditions posées par l'article L.7121-5 du code du travail, la requalification de l'artiste prestataire en salarié resterait cependant possible par la démonstration de droit commun de l'existence d'un lien de subordination juridique permanente, notamment si l'artiste se produit en France, intégré dans une troupe ou un ensemble, comme l'un de ses membres, sans disposer d'une quelconque autonomie scénique ou artistique.*

[674] ***Voir infra p.313*** 5ème partie Jurisprudence.

### .B.2.2.3. La dissimulation d'emploi salarié d'un prétendu salarié détaché

Les trois secteurs couverts par des caisses de congés payés (et intempéries), c'est-à-dire le BTP, les spectacles vivants et enregistrés et les transports, font l'objet de très nombreuses prestations de services et d'opérations de détachement sur le territoire français.

Les fraudes au détachement du salarié sur le territoire français ont aussi pour objectif d'éviter de payer les cotisations aux caisses de congés payés (et intempéries), alors qu'elles sont juridiquement dues, sauf dans de rares exceptions ***(voir supra p.272).***

Cependant, il est plus commode pour les caisses de congés payés (et intempéries) de s'adresser à un employeur débiteur établi en France, notamment en cas de fraude, ce qui facilite le recouvrement de ces cotisations.

Pour cette raison d'efficacité du recouvrement, les caisses ont un intérêt à demander au juge la requalification de la situation d'activité et de travail en France de l'entreprise étrangère et du salarié détaché, dès lors que les conditions sont réunies pour obtenir cette requalification et obtenir l'identification d'un employeur de fait sur le territoire français.

Les caisses de congés payés (et intempéries) sont en capacité d'identifier un employeur de fait établi en France dans les situations suivantes (***voir supra p.107***):

.- lorsque le salarié est employé dans le cadre d'une fraude à l'établissement sur le territoire français,

.- lorsque le salarié est employé en France dans le cadre d'une opération de fausse sous-traitance[675],

.- lorsque le salarié est employé en France dans le cadre d'une opération de mise à disposition licite ou illicite[676]

Cette démarche de requalification doit s'appuyer sur les dispositions de la législation du travail et sur sa jurisprudence, pour en tirer ensuite des conséquences en matière de recouvrement des cotisations.

### .B.2.2.4. La dissimulation d'emploi salarié par une prétendue Junior-Entreprise

**.a.** Aux six catégories de stagiaires mentionnées ***(voir supra p.117)***, il faut ajouter l'étudiant qui est missionné dans une entreprise par une Junior-Entreprise[677] pour y effectuer des études à caractère pédagogique et dont le « statut » atypique relève d'un simple arrêté ministériel de la direction de la sécurité sociale du 20 juin 1988[678].

Ce statut atypique, sans doute le résultat d'une bienveillance administrative de l'époque dû à un lobbying intense, est juridiquement fragile et original ; ce statut place l'étudiant entre le

[675] Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance » 2ème édition Janvier 2020, du même auteur.
[676] Idem.
[677] La Junior-Entreprise est une association d'étudiants rattachée à une université ou à une grande école (voir le site de la confédération nationale des Junior-Entreprises).
[678] Arrêté du 20 juin 1988 ; lettre DSS du 1er août 1988 ; lettre circulaire ACOSS 88/55 du 19 août 1988. Voir aussi la notice d'information Urssaf du mois de janvier 2006.

salarié et le stagiaire relevant de l'article L.124-1 du code de l'éducation.

En effet, l'étudiant placé par une Junior-Entreprise peut relever du salariat car il réalise une étude utile pour l'entreprise qui l'accueille, il reçoit une contrepartie financière de la part de la Junior-Entreprise qui verse des cotisations sociales (forfaitaires et réduites) ; il peut également relever du statut du stagiaire car son immersion et son activité dans l'entreprise d'accueil se situent dans le cadre de son cursus pédagogique accompli dans une université ou une grande école[679].

Pour autant, cet étudiant n'est ni salarié, ni stagiaire de l'article L.124-1 du code de l'éducation car l'arrêté ministériel DSS du 20 juin 1988 n'a pas été abrogé.

Le caractère atypique et original de ce statut est renforcé par le mode de fonctionnement d'une Junior-Entreprise qui s'apparente *grosso modo* à celui d'une entreprise de travail temporaire. Elle fournit (elle place) un étudiant à une entreprise, lequel immergé pendant plusieurs semaines ou plusieurs mois, va réaliser une étude utile à cette entreprise (par exemple, une étude sur l'amélioration de la gestion des stocks). Cette étude est d'autant plus utile à l'entreprise que cette étude va être payée par l'entreprise à la Junior-Entreprise et que celle-ci va rémunérer l'étudiant pour cette étude ; cette rémunération donne lieu à cotisations sociales dans les conditions prévues par l'arrêté ministériel DSS du 20 juin 1988 précité.

Compte tenu de l'encadrement des stages en entreprise intervenu depuis 2007 et des critères du contrat de travail, il devient juridiquement difficile de soutenir que l'étudiant Junior-Entreprise n'est ni l'un (stagiaire) ni l'autre (salarié). D'autant que l'arrêté ministériel DSS du 20 juin 1988 est un texte de circonstance, destiné à échapper aux conséquences de l'arrêt de la Cour de cassation du 15 juin 1988[680], qui a assujetti ces étudiants au régime général de la sécurité sociale, c'est-à-dire les a considérés comme des quasi salariés. Cette décision de la Cour de cassation, un peu oubliée aujourd'hui, peut retrouver toute sa pertinence.

**.b.** En tout état de cause, un étudiant placé par une Junior-Entreprise pour effectuer un travail sans lien avec la nature de ses études, tel qu'un inventaire ou de la manutention, ne relève pas de l'arrêté ministériel DSS du 20 juin 1988 ; il est salarié en CDD de fait. En effet, l'arrêté ministériel DSS du 20 juin 1988 précise que l'immersion en entreprise se fait dans le cadre du cursus pédagogique.

Par ailleurs, cette requalification en salarié souffre encore moins d'hésitation lorsque l'association d'étudiants n'est pas reconnue comme Junior-Entreprise par la Confédération nationale des Juniors-Entreprises (CNJE). Il s'agit alors d'une association dite « job services » qui exerce illégalement une activité d'entreprise de travail temporaire, ce qui a été sanctionné par le juge au titre du marchandage et du prêt illicite de personnel[681].

---

[679] La création d'un statut de stagiaire mentionné à l'article L.124-1 du code de l'éducation autorise à s'interroger sur la validité juridique de ce statut Junior-Entreprise qui relève d'un simple arrêté, publié pour des raisons de circonstance aujourd'hui discutables.

[680] Cass. soc. n° 86-10732 du 15 juin 1988 URSSAF de SAINT ETIENNE.

[681] Cass. crim. n° 03-86681 du 16 mars 2004 SACIP.

Ces associations d'étudiants «job services» se font passer pour des Juniors-Entreprises, afin de facturer à moindre coût aux entreprises les heures de travail des étudiants par l'application des taux de cotisations sociales réduits de l'arrêté ministériel DSS du 20 juin 1988. Les emplois occupés par les étudiants des associations « job services » sont sans lien avec la nature de leur études puisqu'ils font de la mise en rayon, de la distribution de prospectus, des inventaires…

***Nota***

*Quid de la solidarité financière ?*

*Les caisses de congés payés (et intempéries) ne peuvent pas mettre en cause le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage pour obtenir le paiement des cotisations qui leurs sont dues.*

*Depuis l'origine, elles sont en effet exclues des différents mécanismes de solidarité financière prévus par le code du travail en matière de lutte contre le travail dissimulé et le dumping social.*

*Cette anomalie est difficilement explicable compte tenu du fait que les caisses de congés payés (et intempéries) interviennent dans des secteurs particulièrement sensibles à ces fraudes et que les montants éludés représentent des sommes considérables.*

*A l'heure où se multiplient les ajouts législatifs pour mieux lutter contre le dumping social, il est curieux qu'aucune modification du code du travail n'ait été introduite pour aligner les droits et prérogatives des caisses de congés payés (et intempéries) sur ceux des organismes de protection sociale*[682]*.*

### .C. Quels sont les droits des caisses de congés payés (et intempéries) ?

Les droits et prérogatives des caisses de congés payés (et intempéries) en matière de lutte contre le travail illégal et le dumping social sont très limités dans l'absolu, et en particulier au regard des droits et prérogatives des organismes de protection sociale.

#### .C.1. Le droit de se constituer partie civile et d'obtenir des dommages et intérêts

Le travail dissimulé a pour effet de priver les caisses de congés payés (et intempéries) des ressources qui proviennent des cotisations dues à l'occasion l'emploi de salarié[683].

La privation de ces ressources cause un préjudice financier aux caisses qui sont alors admises à se constituer partie civile au procès pénal et à réclamer des dommages et intérêts.

Les dommages et intérêts qui peuvent être attribués dans le cadre d'une procédure pénale ne sont pas symboliques, ni dérisoires. Les caisses sont en droit d'obtenir la réparation

[682] La loi Travail ne prévoit rien.

[683] Dans le BTP, le taux moyen de cotisations est de 22% ; dans le secteur des spectacles vivants et enregistrés il est de 14,70%.

intégrale du préjudice financier causé par le non versement des cotisations, ce qui représente dans certaines affaires des sommes considérables[684].

La constitution de partie civile n'interdit pas aux caisses de mettre en œuvre simultanément la procédure de droit commun de recouvrement des cotisations éludées.

***Nota***

*La constitution de partie civile des caisses dans les affaires de travail dissimulé est insuffisamment utilisée. L'une des explications est que les caisses, qui ne sont pas des organismes de protection sociale, ne disposent pas, en raison des textes et du fonctionnement institutionnel du dispositif de lutte contre le travail illégal, des mêmes informations que celles-ci.*

*A ce titre, il serait instructif de savoir si Audiens, qui gère la caisse des congés payés dans les spectacles vivants et enregistrés, est informée de tout procès-verbal de travail dissimulé relevé dans ce secteur d'activité sur le territoire national, y compris dans les DOM.*

*Par ailleurs, il n'est pas certain que chaque CODAF invite les caisses de congés payés (et intempéries) à ses réunions.*

### .C.2. Le recouvrement des cotisations éludées

Les caisses de congés payés (et intempéries) sont habilitées à recouvrer les cotisations et contributions éludées dans les affaires de travail dissimulé, avec le cas échéant les majorations et pénalités.

Mais le recouvrement de ces cotisations s'effectue selon les règles de droit commun, sans majoration supplémentaire pour cause de travail dissimulé, contrairement à ce que prévoit le code de la sécurité sociale pour les organismes de sécurité sociale.

Le délai de prescription n'est pas allongé.

Le calcul des cotisations n'est pas effectué sur une base forfaitaire de durée effective d'emploi et de rémunération versée.

Aucune disposition particulière n'est prévue dans le code du travail si un donneur d'ordre fait l'objet d'une condamnation pénale pour recours à un faux travailleur indépendant.

Il n'existe par ailleurs aucune jurisprudence, contrairement aux organismes de protection sociale, sur la possibilité pour la caisse de demander ou non un rappel rétroactif des cotisations éludées lors du recours à un faux travailleur indépendant.

[684] Dans l'affaire Ryanair, l'Urssaf a obtenu 4,5 M d'euros de dommages et intérêts devant la cour d'appel d'Aix en Provence.

### .D. La mise en œuvre des droits des caisses de congés payés (et intempéries)

Les caisses de congés payés (et intempéries) ne disposent pas de moyens et de prérogatives spécifiques, à leur main ou à leur initiative, pour identifier ou connaître des situations de travail dissimulé et pour en tirer des conséquences pour le recouvrement de leurs cotisations.

Certes, elles disposent, pour certaines d'entre elles, de contrôleurs, mais, pour l'essentiel du volume du travail illégal, elles sont dépendantes des informations qu'elles sont susceptibles de recevoir, notamment de la part des agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé ou du CODAF (si la caisse est invitée à ses réunions).

Elles ont alors la faculté de faire valoir leurs droits, soit par la voie pénale, soit par la voie civile, en utilisant notamment les opportunités de la levée du secret professionnel.

#### .D.1. La levée du secret professionnel

L'alinéa 2 de l'article L.8271-5 du code du travail autorise les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal à transmettre aux caisses, sur leur demande écrite, tous renseignements et tous documents leur permettant de recouvrer les cotisations qui leur sont dues.

Ce texte, à voie étroite et à condition qu'il soit réellement appliqué, permet donc aux caisses d'asseoir et d'engager en toute sécurité juridique des procédures judiciaires en lien avec les cotisations qui leur sont dues dans les affaires de travail dissimulé.

#### .D.2. La gestion et le contrôle de la carte d'identification professionnelle (pour les caisses BTP)

La gestion de la carte d'identification professionnelle dans le BTP par l'association UFC BTP (CIBTP) permet aux agents de contrôle du réseau des caisses de congés payés et intempéries de disposer d'une information privilégiée et utile pour s'assurer que toutes les entreprises assujetties sont déclarées auprès de l'institution et versent les cotisations en cette qualité[685].

#### .D.3. L'accès à la base SIPSI

Depuis le décret du 28 juillet 2020[686], les agents des caisses de congés payés (et intempéries) ont accès à la base SIPSI gérée par le ministère du travail, qui reçoit et recense les déclarations de détachement des salariés par les entreprise étrangères sur le territoire français.

#### .D.4. L'utilisation de la voie pénale

**.D.4.1.** Tout d'abord, il convient de rappeler que le défaut de déclaration et de paiement de cotisations aux caisses de congés payés (et intempéries) ne constitue pas l'infraction de travail dissimulé.

---

[685] Pour mémoire, on rappellera que la quasi-totalité des entreprises étrangères intervenant dans le secteur du BTP en France sont assujetties, mais qu'à ce jour aucun état des lieux, aucun bilan n'ont été faist sur le respect de cette obligation à incidence financière, alors qu'elle a un impact très fort sur le dumping social.

[686] Décret n° 2016-1044 du 29 juillet 2016, modifié par l'article 5 du décret n° 2020-916 du 28 juillet 2020.

Le défaut d'immatriculation et de déclaration constitue une contravention de 5ème classe qui peut être relevée par procès-verbal par les agents de l'inspection du travail et par les contrôleurs des caisses de congés payés (et intempéries) mentionnés à l'article L.3141-31 du code du travail.

De ce fait, les contrôleurs des caisses de congés payés (et intempéries), lorsqu'ils existent dans les caisses, n'ont pas compétence pour rechercher et constater l'infraction de travail dissimulé, quelle que soit sa forme.

Ils n'ont pas compétence pour vérifier le respect de la DPAE et n'ont pas accès à la base CIRSO relative aux DPAE. Ils peuvent consulter les bulletins de paie, mais n'ont pas compétence pour relever la dissimulation d'emploi salarié par défaut de remise de bulletin de paie ou par dissimulation d'heures de travail ; seul un signalement au procureur de la République sur le fondement de l'article 40 du code de procédure pénale est possible.

**.D.4.2.** Les caisses de congés payés (et intempéries) sont habilitées à se constituer partie civile dans les procédures pénales relatives à des affaires de travail dissimulé, et à obtenir ainsi des dommages et intérêts de la part de l'auteur de l'infraction.

La constitution de partie civile, qui vient se greffer sur une procédure pénale en cours, est une procédure facultative, mais très judicieuse et fructueuse, à la discrétion et à la diligence des caisses.

La chambre criminelle de la Cour de cassation valide la constitution de partie civile avec demande de dommages et intérêts et son cumul avec la procédure de recouvrement de droit commun devant le TASS[687] ; la Cour de cassation considère en effet que la demande de dommages et intérêts n'a ni le même objet, ni la même cause que la demande portée devant le TASS[688].

A priori, rien ne s'oppose donc à ce que les caisses de congés payés (et intempéries) s'appuient sur cette jurisprudence et se constituent systématiquement partie civile, dès lors qu'elles ont connaissance de la procédure pénale en cours, ce qui ne souffre pas de difficulté dès lors que les caisses sont invitées aux réunions du CODAF.

La constitution de partie civile permet aux caisses de réclamer des montants de dommages et intérêts conséquents (et non pas symboliques) destinés à réparer le préjudice qu'elles subissent et de nature à dissuader l'auteur de l'infraction, notamment dans les affaires de fausse prestation de services internationale[689].

### .D.5. L'utilisation de la voie civile

Les caisses de congés payés (et intempéries) qui sont privées du versement des cotisations du fait de pratiques de travail dissimulé disposent, en fonction des textes particuliers qui

[687] Depuis le 1er janvier 2019, le TASS est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance, puis au 1er janvier 2020 par le pôle social du tribunal judiciaire.
[688] Cass. crim. n° 04-84056 du 5 octobre 2004.
[689] Dans le dossier Ryanair, l'Urssaf a obtenu 4,5 M. euros de dommages et intérêts, la CRPN 3M. euros et Pôle Emploi.450 000 euros.

régissent leur fonctionnement[690], de prérogatives et de procédures de recouvrement qui relèvent, en première instance du juge prud'homal.

Le juge de droit commun compétent pour examiner les demandes d'immatriculation et de paiement des cotisations des entreprises assujetties est le tribunal de commerce.

Les prérogatives et les procédures utilisées par les caisses ne sont pas spécifiques aux affaires de travail dissimulé ; elles valent pour les entreprises établies en France et pour les entreprises établies à l'étranger qui peuvent être assignées devant le juge français[691].

Les caisses, ne bénéficiant pas des différents mécanismes de solidarité financière, ne sont pas en capacité de s'adresser au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage.

### .D.6. Quid de l'impact de la création de la carte d'identification professionnelle dans le BTP sur le contrôle du travail dissimulé ?

La récente création de la carte d'identification professionnelle (du salarié) dans le BTP[692] conduit à s'interroger sur la plus value de cette disposition pour obtenir un meilleur recouvrement des cotisations par les caisses de congés payés et intempéries, notamment par rapport à la DPAE ou à la déclaration de détachement, qui existent depuis plus de 20 ans.

La création de la carte aurait pour objet de s'assurer de la transparence de l'emploi d'un salarié du BTP, ce qui est déjà la raison d'être de la DPAE depuis 1991 et de la déclaration de détachement depuis 1994.

Si la DPAE ou la déclaration de détachement a été effectuée lors du contrôle sur un chantier, la demande de carte par l'employeur n'apporte aucune plus value puisque l'emploi du salarié est déjà officiel et donne lieu à cotisations sociales.

Si la DPAE ou la déclaration de détachement n'a pas été effectuée lors du contrôle sur un chantier, elle constitue un manquement suffisamment avéré et suffisant à la loi, qui fonde et justifie la mise en recouvrement des cotisations.

D'autre part, les agents de l'inspection du travail et les contrôleurs des caisses peuvent constater le défaut de déclaration et de versement des cotisations aux caisses, qui caractérise une contravention de 5ème classe.

Le défaut de demande de carte, en sus du défaut de DPAE ou de défaut de déclaration de détachement, n'apporte rien de plus pour établir la transparence de l'emploi et pour la mise en recouvrement des cotisations impayées[693].

Enfin, le défaut de demande de carte professionnelle par l'entreprise assujettie auprès de l'UCF-BTP (ou CIBTP) n'a aucun lien juridique avec le dispositif de lutte contre le travail dissimulé, ou le travail illégal, dont il n'est pas un élément constitutif.

---

[690] Notamment le Règlement intérieur de la caisse.
[691] Cass. soc. n° 03-18771 du 22 février 2006 HELLEGOUARCH.
[692] Article 282 IV de la loi Macron, codifié à l'article L.8291-1 du code du travail.
[693] Sur ce sujet, voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français» 5ème édition Juin 2021, p.36 et suivante, du même auteur.

Il aurait été plus judicieux, plus fiable et plus simple, de permettre aux contrôleurs des caisses du BTP de consulter la base CIRSO des DPAE.

Il est à noter enfin que l'UFC-BTP (ou CIBTP), pas plus que le ministère du travail, n'ont publié d'étude ou de bilan sur l'évolution du montant du versement des cotisations aux caisses régionales depuis la création de la carte.

De façon, plus générale, l'UFC-BTP (ou CIBTP) ou le ministère du travail n'a publié aucun chiffre, aucune étude, aucun bilan sur le versement des cotisations aux caisses régionales par les entreprises étrangères depuis 1994, date de l'obligation pour ces entreprises étrangères de cotiser à ces organismes en France.

***Nota***

*La loi Travail a introduit dans le code du travail un droit à l'information du salarié détaché, en relation avec la délivrance de la carte d'identification professionnelle, sur la règlementation qui lui est applicable.*

*L'article L.8291-1 du code du travail est complété par un alinéa qui précise que le salarié détaché reçoit avec la carte d'identification professionnelle un document, rédigé dans une langue qu'il comprend, qui l'informe de la règlementation qui lui est applicable sur le territoire français.*

*Le décret du 5 mai 2017*[694] *détaille les modalités de ce droit à l'information du salarié détaché dans le BTP et le génie civil.*

*Ce droit à l'information s'ajoute à celui auquel est tenu, par voie d'affichage, le maître d'ouvrage sur les chantiers du BTP et de génie civil pour les chantiers de niveau I, qui correspondent aux travaux du BTP les plus importants.*

### .IV. Les droits des organisations syndicales des salariés

Les organisations syndicales de salariés, en raison, de leur mission sont légitimes à faire valoir leurs droits, ainsi que ceux des salariés victimes du travail illégal et du dumping social. L'article L.2132-3 du code du travail dispose que les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice. Ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent.

En la matière, la loi Savary a conforté les organisations des organisations syndicales à prendre en charge les droits des salariés victimes de ces fraudes ou à se constituer partie civile.

[694] Article 7 du décret n° 2017-825 du 5 mai 2017 relatif au renforcement des règles visant à lutter contre les prestations de services internationales illégales

L'action judiciaire des organisations syndicales emprunte soit la voie pénale, soit la voie civile, même si celle-ci reste encore limitée par les textes.

### .A. L'utilisation de la voie pénale

Les organisations syndicales sont habilitées à signaler ou à porter plainte à tout moment au procureur de la République concernant des faits susceptibles de constituer du travail illégal ou des manquements (non respect du Smic ou hébergement indigne…) relevant de pratiques de dumping social.

Elles sont fondées à se constituer partie civile dans les affaires pénales relatives au traitement de ces fraudes. La constitution de partie civile des organisations syndicales dans ce type d'affaire est reconnue et admise par l'arrêt de principe de la chambre criminelle de la Cour de cassation[695], tant dans les affaires de travail dissimulé, que de marchandage ou de prêt illicite de main-d'œuvre.

La loi Savary a inséré dans le code de procédure pénale un article 2-21-1 qui dispose que toute association, tout syndicat professionnel ou tout syndicat de salariés de la branche intéressée, régulièrement déclaré depuis au moins deux ans à la date des faits et dont l'objet statutaire comporte la défense des intérêts collectifs des entreprises et des salariés peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions définies au livre II de la huitième partie du code du travail (lutte contre le travail illégal) même si l'action publique n'a pas été mise en mouvement par le ministère public ou par la partie lésée.

On perçoit mal l'apport de cette disposition, compte tenu de l'article L.2132-3 du code du travail et de la décision précitée de la Cour de cassation. La circulaire de la Chancellerie[696] de présentation des dispositions à caractère pénal de la loi Savary n'est pas explicite sur ce sujet et ne précise pas l'apport de cette modification législative.

Se constituer partie civile permet notamment de conforter l'action publique et d'attester de l'intérêt porté par les organisations syndicales à la lutte contre ces fraudes.

Enfin, les organisations syndicales sont habilitées à faire une citation directe de l'auteur de l'infraction devant la juridiction pénale, en application des articles 389 et suivants du code de procédure pénale.

Ces démarches sont effectuées à la seule initiative des organisations syndicales ou en complément de démarches identiques du ou des salariés victimes.

### .B. L'utilisation de la voie civile

De façon classique et usuelle, les organisations syndicales sont habilitées à défendre les intérêts et droits du salarié devant le conseil de prud'hommes et devant le TASS[697] (reconnaissance d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, faute inexcusable…) et en appel des décisions rendues par ces deux juridictions.

---

[695] Cass. crim. n° 10-86829 du 6 décembre 2011 SYNDICAT CFDT CONSTRUCTION ET BOIS.

[696] Circulaire n° JUSD 142537 C du 22 octobre 2014.

[697] Depuis le 1er janvier 2019, le TASS est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance, puis au 1er janvier 2020 par le pôle social du tribunal judiciaire.

La loi Savary a inséré les articles L.1265-1 et L.8223-4 dans le code du travail pour favoriser la défense devant le conseil de prud'hommes et la cour d'appel des droits du salarié victime du travail illégal ou du salarié détaché sur le territoire français. Il s'agit de l'extension d'une disposition déjà inscrite dans le code du travail à l'article L.8255-1 depuis la loi du 17 octobre 1981[698] et qui ne visait que le salarié étranger démuni de titre de travail.

Ces deux dispositions autorisent les organisations syndicales à saisir d'initiative le conseil de prud'hommes ou la cour d'appel, dès lors que le salarié, dûment informé, ne s'y est pas opposé.

Ces dispositions ont vocation à dynamiser les instances judiciaires relatives à la valorisation des droits du salarié victime du travail illégal ou du salarié détaché.

**.C. Les limites des voies judiciaires**

L'action des organisations syndicales, notamment devant le conseil des prud'hommes, est sensiblement entravée par le déficit d'informations et de documents qui leurs sont nécessaires pour engager ou étayer des procédures.

L'illustration la plus significative concerne la mise en œuvre des différents mécanismes de solidarité financière et d'obligation de vigilance à l'égard du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage.

En effet, les organisations syndicales ne sont pas habilitées à obtenir des agents de contrôle et des organismes de protection sociale les informations et les documents dont ils disposent et qui sont indispensables pour actionner ces dispositifs ; les agents de contrôle et les organismes de protection sociale sont tenus au secret professionnel.

Il en résulte que ces dispositifs, malgré leur intérêt, sont restés lettre morte. Il en ira de même pour les dispositifs contenus dans les lois Savary et Macron destinés à lutter contre le dumping social.

Par ailleurs, les articles L.1265-1 et L.8223-4 du code du travail sont réservés aux instances prud'homales ; ils ne sont pas mobilisables devant le TASS[699], notamment dans le cadre d'une procédure relative à un accident du travail ou à une maladie professionnelle.

**.V. Les droits des organisations professionnelles**

**.A.** Les organisations professionnelles, en raison, de leur mission sont légitimes à faire valoir leurs droits, en raison de la défense des intérêts des entreprises et du secteur économique qu'elles représentent et du préjudice subi du fait des pratiques de concurrence déloyale et de dumping social des opérateurs économiques qui ne respectent pas la loi.

En la matière, la loi Savary a conforté les organisations professionnelles dans ce rôle, en confirmant leurs droits à se constituer partie civile dans les affaires de travail illégal.

---

[698] Loi n° 81-941 du 17 octobre 1981 modifiant diverses dispositions du code du travail relatives à l'emploi d'étrangers en situation irrégulière.

[699] Depuis le 1er janvier 2019, le TASS est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance, puis au 1er janvier 2020 par le pôle social du tribunal judiciaire.

Les organisations professionnelles sont habilitées à signaler ou à porter plainte à tout moment au procureur de la République concernant des faits susceptibles de constituer du travail illégal ou des pratiques relevant du dumping social.

Elles sont fondées à se constituer partie civile dans les affaires pénales relatives au traitement de ces fraudes pour la défense des intérêts collectifs de la profession. La constitution de partie civile des organisations professionnelles dans ce type d'affaire est reconnue et admise par le juge[700].

La loi Savary a inséré dans le code de procédure pénale un article 2-21-1 qui dispose que toute association, tout syndicat professionnel ou tout syndicat de salariés de la branche concerné régulièrement déclaré depuis au moins deux ans à la date des faits et dont l'objet statutaire comporte la défense des intérêts collectifs des entreprises et des salariés peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions définies au livre II de la huitième partie du code du travail (lutte contre le travail illégal) même si l'action publique n'a pas été mise en mouvement par le ministère public ou par la partie lésée.

On perçoit mal l'apport de cette disposition, compte tenu de la jurisprudence constante qui accueille la constitution de partie civile des organisations professionnelles, puisque le travail illégal leur cause, par nature, un préjudice direct et personnel.

La circulaire de la Chancellerie[701] de présentation des dispositions à caractère pénal de la loi Savary n'est pas explicite sur ce sujet et ne précise pas l'apport de cette modification législative.

Se constituer partie civile permet notamment de conforter l'action publique et d'attester de l'intérêt porté par les organisations professionnelles à la lutte contre ces fraudes.

Enfin, les organisations professionnelles sont habilitées à faire une citation directe de l'auteur de l'infraction devant la juridiction pénale, en application des articles 389 et suivants du code de procédure pénale.

**.B.** La mobilisation judiciaire des organisations professionnelles est non seulement soutenue, mais fortement souhaitée par les pouvoirs publics.

En attestent, les dispositions récurrentes qui sont insérées dans les conventions de partenariat de lutte contre le travail illégal. Dans ces conventions, les organisations professionnelles signataires s'engagent notamment à signaler au procureur de la République des faits susceptibles de caractériser du travail illégal et à se constituer partie civile.

Parfois, les conventions de partenariat de lutte contre le travail illégal prévoient des clauses précisant que, dans le cadre d'enquêtes ou de procédures judiciaires, les organisations professionnelles se tiennent à disposition comme sachant ou expert pour toute étude, évaluation, analyse ou transmission d'informations en relation avec l'affaire en cours.

---

[700] Ainsi dans l'affaire Ryanair, une organisation professionnelle s'est constituée partie civile et a obtenu des dommages et intérêts. De façon plus générale, voir également. Cass. Plén. n° 91-12611 du 7 mai 1993 SYNDICAT DE LA NOUVEAUTE.

[701] Circulaire n° JUSD 142537 C du 22 octobre 2014.

### .VI. Les droits des entreprises et des autres opérateurs économiques

Quelques (rares) décisions de justice apportent des précisions sur les droits des entreprises victimes du travail illégal ou sur les droits d'autres opérateurs impliqués dans les affaires de travail illégal.

**.A.** Une entreprise est fondée à faire une citation directe contre une personne qui exerce du travail dissimulé[702].

**.B.** Une entreprise qui se dit victime de concurrence déloyale du fait de pratiques relevant du travail illégal n'est pas recevable à se constituer partie civile.

La Cour de cassation considère qu'elle ne subit pas de préjudice direct, mai seulement un préjudice indirect, du fait de la commission de l'infraction de travail dissimulé[703].

**.C**. Une entreprise est recevable à se constituer partie civile contre son salarié qui pratique du travail dissimulé à l'occasion de son temps de travail et avec les biens et équipements de l'entreprise[704].

La Cour de cassation précise que, si la législation sur le travail dissimulé, a été édictée en vue de l'intérêt général, elle n'en tend pas moins également à la protection des particuliers qui peuvent, lorsque sa méconnaissance leur a causé un préjudice direct et personnel, en obtenir réparation devant la juridiction pénale.

**.D.** Un donneur d'ordre condamné, en application des dispositions du code du travail relatives à la solidarité financière, à payer les cotisations sociales de son cocontractant est fondé à lui demander le remboursement de ces sommes[705].

[702] Cass. crim. n° 97-81754 du 17 novembre 1998 GARAGE ZANKER.
[703] Cass. crim. n° 05-85672 du 17 octobre 2006 GIE TRPA.
[704] Cass. crim. n° 97-81754 du 17 novembre 1998 GARAGE ZANKER.
[705] Cass. soc. n° 04-10677 du 23 novembre 2005 URBAN.

# 4ème partie

# LES AGENTS DE CONTROLE HABILITES ET LEURS PREROGATIVES

**.I. Quels sont les agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé ?**

La liste des agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé est fixée par l'article L.8271-1-2 du code du travail :

1° Les agents de contrôle de l'inspection du travail ;

2° Les officiers et agents de police judiciaire ;

3° Les agents des impôts et des douanes ;

4° Les agents des organismes de sécurité sociale et des caisses de mutualité sociale agricole agréés à cet effet et assermentés ;

5° Les administrateurs des affaires maritimes, les officiers du corps technique et administratif des affaires maritimes et les fonctionnaires affectés dans les services exerçant des missions de contrôle dans le domaine des affaires maritimes sous l'autorité ou à la disposition du ministre chargé de la mer ;

6° Les fonctionnaires des corps techniques de l'aviation civile commissionnés à cet effet et assermentés ;

7° Les fonctionnaires ou agents de l'Etat chargés du contrôle des transports terrestres ;

8° Les agents de l'institution mentionnée à l'article L.5312-1 du code du travail, c'est-à-dire de Pôle Emploi, chargés de la prévention des fraudes, agréés et assermentés à cet effet.

***Nota***

*Alors que son ministère était demandeur, aucune disposition n'a été prise par la direction générale de l'aviation civile (DGAC) pour habiliter ses agents en matière de travail dissimulé depuis la loi du 11 mars 1997, date de leur ajout dans la liste interministérielle des agents habilités. Ils n'ont donc aucune compétence en la matière, ce qui peut surprendre, compte tenu des fraudes constatées dans le secteur de l'aérien.*

**.II. Quelles sont les prérogatives des agents de contrôle habilités ?**

Les prérogatives des agents de contrôle en matière de travail dissimulé sont fixées d'une part en dénominateur commun par le code du travail, et d'autre part par les textes particuliers qui régissent chaque statut des différents agents habilités. Ainsi, lorsque le code du travail est muet sur une prérogative bien identifiée, l'exercice de cette prérogative se fait dans le cadre des textes particuliers, s'ils existent, propres à chaque catégorie d'agent habilité.

Ainsi, le code du travail ne contient aucune disposition relative au droit d'entrée dans les lieux ou les locaux professionnels ou à usage professionnel, sauf pour les agents de l'inspection du travail. Le droit d'entrée des autres agents mentionnés à l'article L.8271-1-2 du code du travail, lorsqu'il existe, est régi par les dispositions spécifiques prévues par le

code de procédure pénale, le livre de procédures fiscales, le code des douanes, le code des transports, le code de la sécurité social, le code rural…

### .A. Les prérogatives communes aux agents de contrôle habilités

Les agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé disposent de plusieurs prérogatives communes, essentiellement codifiées dans le code du travail, et parfois reprises pour partie dans les différents codes qui régissent leurs missions et leurs enquêtes, lorsqu'ils ne sont pas agents de l'inspection du travail.

Ces prérogatives communes ont commencé à être instituées par la loi du 31 décembre 1991 et étoffées, au fil du temps, par différents apports législatifs.

#### .A.1. Le droit de rechercher l'infraction de travail dissimulé

Le pouvoir de rechercher l'infraction de travail dissimulé a été introduit formellement dans le code du travail par la loi du 11 mars 1997. Cette mention, inscrite dans l'article L.8271-7 de ce code, est une précision fondamentale, destinée à dynamiser la politique de lutte contre le travail dissimulé et à sécuriser les procédures, lorsque l'agent habilité n'est pas un agent de l'inspection du travail.

Le droit de rechercher l'infraction de travail dissimulé autorise l'agent habilité, dès lors qu'il est dans l'exercice de ses fonctions, à utiliser directement ses pouvoirs, par exemple le droit d'entrée ou de contrôle sur pièce ou sur place d'un assujetti, pour vérifier si la situation de travail ne constitue pas du travail dissimulé. Le constat de la situation de travail dissimulé ne s'effectue pas de façon incidente ou subsidiaire, mais à titre principal et de façon spontanée, au même titre que les autres missions de contrôle dont est investi l'agent[706].

La seule limite à la recherche de l'infraction de travail dissimulé à titre principal est que cette recherche doit s'inscrire dans le respect des textes qui régissent le statut de l'agent. Ainsi, si l'infraction de travail dissimulé est recherchée et constatée dans le cadre d'un contrôle routier de véhicules à la circulation, l'agent doit justifier qu'au titre de ses fonctions, il a le droit d'arrêter et d'immobiliser un véhicule sur la voie publique et de procéder au contrôle du véhicule et/ou de l'activité de transport de ce véhicule.

#### .A.2. Le droit de constater l'infraction de travail dissimulé

Le constat de l'infraction de travail dissimulé emporte pour l'agent habilité le droit d'établir un procès-verbal, et pas simplement un rapport sur le fondement de l'article 40 du code de procédure pénale ou une fiche de renseignement ou de liaison à l'intention de sa hiérarchie ou du procureur de la République.

Ce procès-verbal est établi selon les formes propres à chaque administration ou organisme auquel appartient l'agent de contrôle.

En application de l'article L.8271-8 du code du travail, le procès-verbal a une force probante particulière puisqu'il fait foi jusqu'à preuve contraire, alors même que les constats

[706] Cass. civ. 2 n° 15-16110 du 7 juillet 2016 FORMACAD.

habituellement opérés par l'agent de contrôle dans le cadre de ses fonctions ne valent qu'à titre de simples renseignements[707].

Le procès-verbal est transmis directement au procureur de la République ; un vice de procédure ne peut être invoqué au motif que l'envoi du procès-verbal n'a pas été effectué par la hiérarchie de l'agent verbalisateur ou sous son contreseing.

### .A.3. La levée du secret professionnel

Introduite dans le code du travail par la loi du 31 décembre 1991, elle ne concernait à l'origine que les relations entre les agents de contrôle, en qualité de personnes physiques. La levée du secret professionnel a été ensuite étendue en direction d'entités, d'institutions ou d'organismes es qualité. La plupart de ces textes est basée sur la réciprocité des échanges.

Les textes relatifs à la levée du secret professionnel sont rédigés pour en recevoir l'application la plus large. S'agissant de dispositions de nature législative; toute interprétation ou application restrictive de ces textes doit être juridiquement argumentée et documentée par un texte *contra*, de même nature, c'est-à-dire un texte législatif, ou par une jurisprudence idoine (qui, à ce jour, n'existe pas).

La levée du secret professionnel correspond en effet à un double objectif : donner son plein sens au caractère interministériel de la lutte contre le travail dissimulé, en amont du contrôle, pendant le contrôle et en aval de celui-ci ; sécuriser les procédures qui ne sont pas dès lors indûment assises sur une violation du secret professionnel ou du secret de l'enquête mentionné à l'article 11 du code de procédure pénale.

Ces dispositions du code du travail dispensent formellement les agents de contrôle habilités qui en disposent d'adresser des réquisitions ou d'exercer un droit de communication en direction des autres agents.

#### .A.3.1. La levée du secret professionnel partagée et réciproque

##### .A.3.1.1. La levée du secret professionnel entre les agents de contrôle habilités

L'article L.8271-2 du code du travail précise que les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal, qui inclut le travail dissimulé, se communiquent réciproquement tous renseignements et tous documents utiles à l'accomplissement de leur mission de lutte contre le travail illégal.

Sous réserve de justifier de la qualité d'agent de contrôle habilité, ces échanges professionnels n'obéissent à aucun formalisme particulier. Ces échanges sont directs et n'ont pas à être validés par la hiérarchie ou être transmis par la hiérarchie.

Ces échanges sont susceptibles d'intervenir à tout moment.

L'intention du législateur du 31 décembre 1991 était notamment de déroger de façon expresse au secret de l'enquête mentionné à l'article 11 du code de procédure pénale, qui prévoit lui-même cette possible dérogation par voie législative.

[707] Sauf exception, notamment pour les agents des douanes.

La généralité, la radicalité et la simplicité de la rédaction de l'article L.8271-2 du code du travail n'excluent aucune information ou aucun document de la levée du secret professionnel ; les procès-verbaux ou autres documents de cette nature sont nécessairement et directement visés par la levée du secret professionnel.

### .A.3.1.2. La levée du secret professionnel avec des entités ou des organismes gestionnaires d'aides ou attributaires de droits

L'article L.8271-4 du code du travail précise que les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal, qui inclut le travail dissimulé, transmettent, sur demande écrite, aux agents du Centre national du cinéma et de l'image animée, des directions régionales des affaires culturelles, de Pôle Emploi, de l'Unedic et des collectivités territoriales tous renseignements et tous documents nécessaires à l'appréciation des droits ou à l'exécution d'obligations qui entrent dans le champ de leurs compétences respectives.

Ils disposent, dans l'exercice de leur mission de lutte contre le travail illégal, d'un droit de communication sur tous renseignements et documents nécessaires auprès de ces services.

Le droit de transmission exercé par l'agent habilité est conditionné par le respect d'un formalisme, puisqu'une demande écrite préalable est nécessaire de la part de l'entité ou de l'organisme gestionnaire destinataire.

A l'inverse, le droit de communication de l'agent habilité en direction de l'entité ou de l'organisme gestionnaire est exercé sans formalisme ; un écrit n'est pas nécessaire. Ainsi, une procédure de travail dissimulé n'est pas viciée au motif que la DRAC a transmis, sur demande verbale, à un agent de contrôle habilité une décision de refus d'attribution de licence d'entrepreneur de spectacles ou qu'une mairie lui ait transmis, dans les mêmes conditions, une copie d'un permis de construire portant l'identité et l'adresse du maître d'ouvrage.

La généralité, la radicalité et la simplicité de la rédaction de l'article L.8271-4 du code du travail n'excluent aucune information ou aucun document de la levée du secret professionnel ; les procès-verbaux ou autres documents de cette nature sont nécessairement et directement visés par la levée du secret professionnel.

### .A.3.1.3. La levée du secret professionnel avec les organismes de protection sociale

L'article L.8271-5 du code du travail précise que les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal, qi inclut le travail dissimulé, dissimulé peuvent, sur demande écrite, obtenir des organismes chargés d'un régime de protection sociale tous renseignements ou tous documents utiles à l'accomplissement de leurs missions en matière de travail dissimulé.

Ils transmettent à ces organismes, qui doivent en faire la demande par écrit, tous renseignements et tous documents permettant à ces derniers de recouvrer les sommes impayées ou d'obtenir le remboursement de sommes indûment versées.

La levée du secret professionnel est conditionnée par le respect d'un formalisme réciproque puisqu'une demande écrite est nécessaire.

Les organismes de protection sociale sont, d'une part les organismes de recouvrement (Urssaf, MSA, CGSS, Enim, caisses de retraite complémentaire…) et d'autre part les organismes prestataires attributaires de sommes, d'aides ou d'avantages en espèces ou en nature.

La généralité, la radicalité et la simplicité de la rédaction de l'article L.8271-5 du code du travail n'excluent aucune information ou aucun document de la levée du secret professionnel; les procès-verbaux ou autres documents de cette nature sont nécessairement et directement visés par la levée du secret professionnel. Cette disposition du code du travail a constitué la première assise juridique[708] de la transmission des procédures aux organismes de recouvrement pour récupérer les sommes éludées dans une affaire de travail dissimulé.

#### .A.3.1.4. La levée du secret professionnel avec les agents du CLEISS

Le centre des liaisons européennes et internationales de sécurité sociale (CLEISS) est l'institution publique de référence chargée de contribuer à la bonne application des textes internationaux de sécurité sociale visant les personnes en mobilité. A ce titre, le CLEISS est l'interlocuteur privilégié de ses homologues à l'étranger ; il dispose d'une expertise sur les textes applicables ; il gère la base SIRDAR recensant les certificats de détachement délivrés par les autres Etats de l'Union européenne (UE), de l'EEE ou par la Suisse.

L'article L.8271-5-1 du code du travail précise que les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal, qui inclut le travail dissimulé, peuvent transmettre aux agents du CLEISS tous renseignements ou tous documents utiles à l'accomplissement de ses missions pour l'application des règlements et accords internationaux et européens de sécurité sociale.

De même, les agents du CLEISS peuvent transmettre aux agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé tous renseignements et documents utiles à l'accomplissement de leur mission de lutte contre le travail dissimulé.

Cette disposition du code du travail est redondante avec l'article L.8271-5 du code du travail puisque le CLEISS est un organisme de protection sociale.

Par nature, ces échanges visent essentiellement les entreprises étrangères qui détachent des salariés en mobilité temporaire sur le territoire français.

Ces échanges professionnels se font entre agents personnes physiques, et ne sont soumis à aucun formalisme particulier.

La généralité, la radicalité et la simplicité de la rédaction de l'article L.8271-5-1 du code du travail n'excluent aucune information ou aucun document de la levée du secret professionnel; les procès-verbaux ou autres documents de cette nature sont nécessairement et directement visés par la levée du secret professionnel.

---

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

### .A.3.1.5. La levée du secret professionnel avec les caisses de congés payés (et intempéries)

L'article L.8271-5 du code du travail précise que les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal, qui inclut le travail dissimulé, peuvent, sur demande écrite, obtenir des caisses de congés payés (et intempéries) tous renseignements ou tous documents utiles à l'accomplissement de leurs missions en matière de travail dissimulé.

Ils transmettent à ces organismes, qui doivent en faire la demande par écrit, tous renseignements et tous documents permettant à titre principal à ces derniers de recouvrer les sommes impayées ou (accessoirement) d'obtenir le remboursement de sommes indûment versées.

La levée du secret professionnel est conditionnée par le respect d'un formalisme réciproque puisqu'une demande écrite est nécessaire.

La généralité, la radicalité et la simplicité de la rédaction de l'article L.8271-5 du code du travail n'excluent aucune information ou aucun document de la levée du secret professionnel; les procès-verbaux ou autres documents de cette nature sont nécessairement et directement visés par la levée du secret professionnel.

Cette disposition du code du travail est particulièrement utile pour transmettre aux caisses de congés payés (et intempéries) des informations relatives aux entreprises étrangères qui n'ont pas adhéré à la caisse compétente pour verser les cotisations dues. En effet, la quasi-totalité des entreprises étrangères intervenant sur le territoire français dans des secteurs couverts par une caisse de congés payés (bâtiment, travaux publics et spectacles notamment) sont tenues de verser les cotisations à cette institution (***voir supra p.272***).

### .A.3.1.6. La levée du secret professionnel avec les agents du CNAPS

Le Conseil national des activités privées de sécurité (CNAPS) est chargé, au nom de l'Etat, de l'autorisation et du contrôle des professionnels de la sécurité privée. A ce titre, le CNAPS exerce trois missions: administrative, disciplinaire et de conseil et d'assistance à la profession.

En application de l'article L.8271-6-3 du code du travail, les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal, qui inclut le travail dissimulé, peuvent transmettre aux agents habilités par le directeur du CNAPS, mentionnés à l'article L.634-1 du code de la sécurité intérieure, tous renseignements et tous documents leur permettant d'assurer le contrôle des personnes exerçant les activités privées de sécurité pour tirer les conséquences d'une situation de travail illégal.

Les agents habilités par le directeur du CNAPS peuvent transmettre aux agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé tous renseignements et documents nécessaires à leur mission de lutte contre le travail illégal.

Ces échanges professionnels se font entre agents personnes physiques, et ne sont soumis à aucun formalisme particulier.

La généralité, la radicalité et la simplicité de la rédaction de l'article L.8271-6-3 du code du travail n'excluent aucune information ou aucun document de la levée du secret professionnel; les procès-verbaux ou autres documents de cette nature sont nécessairement et directement visés par la levée du secret professionnel.

S'agissant des informations et des documents transmis par les agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé, il eut été plus judicieux de viser le CNAPS, es qualité et non pas ses agents, puisque seul le CNAPS, en tant qu'institution, peut refuser, retirer ou non renouveler l'autorisation d'exercer l'activité de sécurité privée.

**.A.3.1.7. La levée du secret professionnel avec leurs homologues à l'étranger**

En application de l'article L.8271-6 du code du travail, les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal, qui inclut le travail dissimulé, ainsi que les autorités chargées de la coordination de leurs actions, peuvent échanger tous renseignements et tous documents nécessaires à l'accomplissement de leur mission de lutte contre le travail dissimulé avec les agents investis des mêmes compétences et les autorités chargées de la coordination de leurs actions dans les Etats étrangers.

Lorsque des accords sont conclus avec les autorités de ces Etats, ils prévoient les modalités de mise en œuvre de ces échanges. Mais *a contrario,* la levée transnationale du secret professionnel n'est pas liée à la conclusion d'un de ces accords ; un vice de procédure invoqué pour défaut d'accord bilatéral entre la France et un autre Etat fondant la levée du secret professionnel n'est pas caractérisé.

Cette disposition du code du travail, sans doute essentielle pour traiter les affaires de travail dissimulé du fait des entreprises étrangères et de leurs donneurs d'ordre, ne peut avoir son plein effet et sa pleine utilité qu'à la condition d'une coopération loyale de la part des homologues étrangers.

**.A.3.2. La levée du secret professionnel au seul bénéfice des agents de contrôle habilités**

**.A.3.2.1.** En application de l'alinéa 2 de l'article L.8271-2 du code du travail, les agents de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes sont habilités à transmettre aux agents de contrôle habilités en matière de travail illégal, qui inclut le travail dissimulé, tous renseignements et documents nécessaires à cette mission.

Cette transmission d'informations ou de documents n'est soumise à aucun formalisme. La communication s'effectue, soit de façon spontanée par les agents de la DGCCRF, soit à la demande des agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé.

De nombreux secteurs d'activité contrôlés par les agents de la DGCCRF (tel le déménagement) sont sensibles aux pratiques de travail dissimulé ; les agents de la DGCCRF seraient d'ailleurs légitimes à être habilités à rechercher et à constater cette infraction.

**.A.3.2.2.** En application de l'article L.8271-10 du code du travail, les agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé peuvent, sur demande écrite, obtenir des services

préfectoraux tous renseignements ou tous documents relatifs à l'autorisation d'exercice ou à l'agrément d'une profession réglementée.

Cette levée du secret professionnel vise l'exercice de nombreuses activités ou professions règlementées qui impliquent le préfet ou les services préfectoraux.

**.A.3.3. La levée du secret professionnel au bénéfice de partenaires institutionnels**

La levée du secret professionnel au bénéfice de partenaires institutionnels vise les procès-verbaux constatant notamment l'infraction de travail dissimulé.

**.A.3.3.1. La levée du secret professionnel au bénéfice du préfet**

En application de l'article L.8271-1-3 du code du travail, et pour la mise en œuvre des sanctions administratives prévues aux articles L.8272-1 à L.8272-4, le préfet reçoit copie des procès-verbaux relevant les infractions constitutives de travail illégal, qui inclut le travail dissimulé, constatées par les agents de contrôle habilités.

Les sanctions administratives, objet de la levée du secret professionnel, sont le refus d'attribution des aides publiques ou leur demande de remboursement, la fermeture temporaire de l'établissement ou la suspension temporaire d'activité ou la suspension temporaire de l'activité, ainsi que l'exclusion temporaire des contrats administratifs et marchés publics (***voir supra p.81 et 196***).

Ces sanctions administratives sont mises en œuvre, soit sur la base d'une copie du procès-verbal destiné au procureur de la République, soit sur la base d'un rapport spécifique établi à l'intention du préfet.

L'article L.8271-1-3 du code du travail déroge de façon expresse à l'article 11 du code de procédure pénale.

Le code du travail ne précise pas quelle est la personne qui adresse la copie du procès-verbal au préfet. Un vice de procédure ne peut donc être invoqué au motif que la transmission au préfet n'a pas été effectuée par l'agent verbalisateur, mais par sa hiérarchie ou le secrétaire du CODAF.

**.A.3.3.2. La levée du secret professionnel au bénéfice de certains organismes de recouvrement**

En application de l'article L.8271-6-4 du code du travail, les agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé communiquent leurs procès-verbaux à l'Urssaf, à la CGSS et la MSA qui procèdent à la mise en recouvrement des cotisations et contributions qui leur sont dues sur la base des informations contenues dans ces procès-verbaux.

Bien qu'introduite très récemment dans le code du travail[709], cette disposition appelle les remarques suivantes :

.- elle fait double emploi avec l'article L.8271-5 du code du travail qui prévoyait déjà cette transmission de procès- verbaux, compte tenu de la généralité de sa rédaction,

[709] Article 24 V de la loi 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017.

.- elle est plus restrictive que l'article L.8271-5 du code du travail car elle ne prévoit la transmission des procès-verbaux qu'au bénéfice de trois organismes de recouvrement ; en sont exclus les organismes de recouvrement des non salariés non agricoles et les caisses de retraite complémentaire. Pour ces autres organismes de recouvrement, l'article L.8271-5 du code du travail reste la référence juridique pour asseoir la transmission.

.- elle est plus restrictive que l'article L.8271-5 du code du travail car elle ne prévoit pas que ces procès verbaux autorisent la mise en œuvre de refus d'exonération ou d'abattement de cotisations ou contributions sociales, ni leur annulation.

.- elle est très contraignante pour les organismes de recouvrement qui sont tenus par le contenu des procès-verbaux qui les lie ; seul un contentieux futur permettra de savoir si les organismes de recouvrement peuvent s'abstraire du contenu de ces procès verbaux, pour le compléter ou le rectifier (identification du véritable employeur, nombre ou identité des salariés erroné, qualification ou incrimination erronée…).

### .A.4. L'accès à des documents sociaux ou à des sources d'information

**En application du code du travail**, les agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé ont accès aux documents et aux sources d'information suivants[710] :

⇨ les documents justifiant que l'immatriculation, les déclarations et les formalités mentionnées aux articles L.8221-3 (inscription RCS ou RM, déclarations fiscales et sociales)) et L.8221-5 (DPAE, bulletin de paie, déclaration fiscale et sociale) ont été effectuées ainsi que ceux relatifs à l'autorisation d'exercice de la profession ou à l'agrément lorsqu'une disposition particulière l'a prévu,

⇨ les documents justifiant que l'entreprise a vérifié, conformément aux dispositions des articles L.8222-1 ou L.8222-4, que son ou ses cocontractants ont accompli les formalités mentionnées aux articles L.8221-3 et L.8221-5 ou des réglementations d'effet équivalent de leur pays d'origine[711],

⇨ les devis, les bons de commande ou de travaux, les factures et les contrats ou documents commerciaux relatifs aux prestations exécutées en méconnaissance des dispositions de l'article L.8221-1,

⇨ les attestations d'assurances professionnelles détenues par les travailleurs indépendants lorsque ces assurances répondent à une obligation légale.

L'article L.8271-9 du code du travail précise que ce droit de communication et de présentation est immédiat, dès qu'il est formulé par l'agent de contrôle. Ce droit de communication immédiat entraîne notamment comme conséquence que le certificat de détachement justifiant que l'entreprise étrangère s'acquitte régulièrement de ses obligations sociales en France est présenté sans délai, dès qu'il est demandé, et non pas au terme d'un délai de plusieurs jours ou de plusieurs semaines non prévu par les textes.

---

[710] Ne sont pas évoquées la vérification de la déclaration de détachement, ni de la carte d'identification professionnelle dans le BTP, qui n'ont pas de relation juridique avec l'infraction de travail dissimulé.

[711] ***Voir infra 371 et sq*** annexes détail des documents à réclamer par le donneur d'ordre à son cocontractant.

Outre la communication et la consultation de ces documents prévues par l'article L.8271-9 du code du travail, les agents de contrôle ont le droit d'en obtenir une copie immédiate, quel qu'en soit leur support.

Ce droit de communication ciblé est complété par un droit de communication élargi, prévu par l'article L.8271-6-2 du code du travail, qui autorise les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal, qui inclut le travail dissimulé, à se faire présenter et obtenir copie immédiate des documents justifiant du respect des dispositions du code du travail relatives à la lutte contre le travail illégal.

⇨ la base nationale CIRSO pour les DPAE,

⇨ les documents sociaux des entreprises hébergées, détenus par les sociétés de domiciliation article L.8171-12 du code du travail ; ce droit de communication s'exerce, y compris et surtout, lorsque le représentant légal de l'entreprise domiciliée est absent.

⇨ les identifiants nominatifs de l'annonceur, conservés par le directeur de la publication article L.8221-7 du code du travail.

Enfin, la base SIPSI, gérée par le ministère du travail, qui reçoit et recense les déclarations de détachement des salariés en France est consultable, en application de l'article 3 du décret du 29 juillet 2016 modifié[712], outre les agents de l'inspections du travail, par tous les autres agents habilités en matière de travail illégal, par les agents de l'association UCF-CIBTP pour la gestion de la carte d'identification professionnelle dans le BTP et par les agents du CLEISS pour l'application des textes européens et internationaux de sécurité sociale.

**En application de l'article 135 ZK du Livre des procédures fiscales**, les agents de contrôle de l'inspection du travail[713] et les agents de trois organismes de recouvrement (Urssaf, CGSS et MSA)[714], individuellement désignés et dûment habilités, bénéficient d'un droit d'accès direct aux informations contenues dans les fichiers et traitement suivants :

⇨ le fichier FICOBA tenu en application de l'article 1649 A du code général des impôts (CGI),

⇨ le fichier FICOVIE tenu en application de l'article 1649 ter du CGI,

⇨ les données relatives aux mutations à titre onéreux ou gratuit répertoriées dans la base BNDP-Patrimoine, et des données concernant les actes relatifs aux sociétés,

⇨ les informations mentionnées à l'article L.107 B du livre des procédures fiscales (LPF), et contenues dans le fichier PATRIM, qui sont utilisées pour estimer un bien.

**En application du 6° de l'article L.114-12-1 du code de la sécurité sociale**, les agents de contrôle de l'inspection du travail, les officiers et agents de police judiciaire, les agents des douanes et des services fiscaux, y compris ceux habilités à effectuer des enquêtes judiciaires

[712] Décret n° 2016-1044 du 29 juillet 2016, modifié par l'article 5 du décret n° 2020-916 du 28 juillet 2020.

[713] En application de l'article 4 du décret n° 2019-555 du 4 juin 2019, ce droit de communication est réservé à certains agents de l'inspection du travail : les agents en poste au groupe national de veille, d'appui et de contrôle (GNVAC) et aux agents en poste dans les URACTI.

[714] Les autres agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé disposent d'un droit propre d'accès à ces fichiers, en application des dispositions spécifiques régissant leur statut et leur mission.

en application des articles 28-1 et 28-2 du code de procédure pénale, individuellement désignés et dûment mandatés, disposent d'un accès aux données contenues dans le répertoire national commun de la protection sociale (RNCPS), créé en 2006 et prévu par ce même article du code de la sécurité sociale.

Enfin, certains agents de contrôle habilités en matière de travail illégal peuvent disposer, en fonction des textes applicables à son statut particulier, d'un droit de communication encore plus élargi portant sur tout document utile au contrôle, ce qui englobe les documents comptables, sur support informatique ou pas, auprès de l'employeur ou de tiers

***Nota***

*L'article 27 de la loi du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017 a codifié dans le code de la sécurité sociale un article L.114-15-1 qui prévoit que le certificat de détachement dont est titulaire un salarié détaché, lorsque ce document est obligatoire, doit être présenté aux agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé. A défaut, la non présentation de ce document par l'employeur établi hors de France, son représentant, le salarié ou le donneur d'ordre est passible d'une pénalité civile due par le donneur d'ordre.*

*Le montant de cette pénalité est de 3428 euros (plafond mensuel de la sécurité sociale 2021) par salarié.*

*L'article 27 fait redondance avec l'article L.8271-9 1° du code du travail qui a introduit cette prérogative de présentation du certificat de détachement dans le code du travail depuis 1991.*

Il est à noter par ailleurs la création par **l'article 2 de la loi du 22 mai 2019**[715], dite loi PACTE, d'un registre général dématérialisé des entreprises précisant la nature de leur activité et ayant pour objet le recueil, la conservation et la diffusion des informations concernant ces entreprises ; ce registre, opérationnel en 2021, à vocation à se substituer aux registres et répertoires existants, excepté du répertoire SIRENE tenu par l'INSEE. Ce registre sera consultable par les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal.

### .A.5. Le droit d'obtenir une copie immédiate de documents

L'article L.8271-9 du code du travail dispose que l'agent de contrôle habilité en matière de travail dissimulé qui se fait présenter les documents qu'il mentionne peut en obtenir une copie immédiate ; il s'agit d'un droit ciblé et limité (bien qu'étendu), qui ne vise pas tous les documents que l'agent de contrôle habilité a le droit de se faire présenter.

La mise en œuvre effective de ce droit est conditionnée par le lieu et les circonstances du contrôle; un contrôle hors lieu ou local sédentaire ou fixe rend difficile ou impossible la copie sur place des documents, faute de moyen de reproduction disponible. Dans ce cas, la copie

[715] Art.2 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises.

des documents est réalisée dès que possible, sans que ce report devienne dilatoire ou constitue un obstacle à fonctions.

### .A.6. Le droit d'audition consentie

En application du premier alinéa de l'article L.8271-6-1 du code du travail, les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal, qui inclut le travail dissimulé, sont habilités à entendre, en quelque lieu que ce soit et avec son consentement, tout employeur ou son représentant et toute personne rémunérée, ayant été rémunérée ou présumée être ou avoir été rémunérée par l'employeur ou par un travailleur indépendant, afin de connaître la nature des activités de cette personne, ses conditions d'emploi et le montant des rémunérations s'y rapportant, y compris les avantages en nature.

De même, ils peuvent entendre toute personne susceptible de fournir des informations utiles à l'accomplissement de leur mission de lutte contre le travail illégal.

Ces auditions ne sont pas obligatoires et ne sont soumises à aucun formalisme, sauf lorsque la personne auditionnée est susceptible d'être mise en cause au plan pénal.

Dans ce cas, et conformément à l'article 28 du code de procédure pénale, cette audition est entourée des garanties procédurales de l'article 61-1 de ce même code[716].

Lorsque l'Urssaf procède à une audition dans le cadre d'une enquête ouverte dans le cadre de l'article L.8271-1 du code du travail relatif au travail dissimulé, les dispositions de l'article R. 243-59 du code de la sécurité sociale, qui prévoient notamment l'obligation de procéder au droit d'audition dans les locaux de travail, ne s'appliquent pas, puisqu'elles ne concernent que les contrôles effectués en application de l'article L.243-7 de ce même code, c'est-à-dire les contrôles de droit commun de l'assujetti[717]. *A contrario,* si le contrôle s'opère dans le

---

[716] Article 61-1 du CPP La personne à l'égard de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ne peut être entendue librement sur ces faits qu'après avoir été informée :
1° De la qualification, de la date et du lieu présumés de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre ;
2° Du droit de quitter à tout moment les locaux où elle est entendue ;
3° Le cas échéant, du droit d'être assistée par un interprète ;
4° Du droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire ;
5° Si l'infraction pour laquelle elle est entendue est un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement, du droit d'être assistée au cours de son audition ou de sa confrontation, selon les modalités prévues aux articles 63-4-3 et 63-4-4, par un avocat choisi par elle ou, à sa demande, désigné d'office par le bâtonnier de l'ordre des avocats ; elle est informée que les frais seront à sa charge sauf si elle remplit les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle, qui lui sont rappelées par tout moyen ; elle peut accepter expressément de poursuivre l'audition hors la présence de son avocat ;
6° De la possibilité de bénéficier, le cas échéant gratuitement, de conseils juridiques dans une structure d'accès au droit.
La notification des informations données en application du présent article est mentionnée au procès-verbal.
Si le déroulement de l'enquête le permet, lorsqu'une convocation écrite est adressée à la personne en vue de son audition, cette convocation indique l'infraction dont elle est soupçonnée, son droit d'être assistée par un avocat ainsi que les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle, les modalités de désignation d'un avocat d'office et les lieux où elle peut obtenir des conseils juridiques avant cette audition.
Le présent article n'est pas applicable si la personne a été conduite, sous contrainte, par la force publique devant l'officier de police judiciaire.

[717] Cass. civ. 2 n° 12-28958 du 9 octobre 2014 URSSAF DES HAUTES-ALPES.

cadre du droit commun de l'article R.243-59 du code de la sécurité sociale, le droit d'audition ne peut concerner des tiers à l'entreprise contrôlée.[718]

Voir l'article de l'auteur :

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/droit-d-audition-dans-le-cadre-d-une-affaire-de-travail-dissimule

***Nota***

*Le droit d'audition consentie par la personne auditionnée a été rendu obligatoire pour tous les agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé par la loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie*[719] *(ce qui constitue un vrai cavalier législatif, eu égard à l'objet de la loi).*

*Ce droit d'audition consentie a restreint de façon considérable les pouvoirs d'investigation et d'enquête des agents de l'inspection du travail. En effet, historiquement, et en application de la convention n°81 de l'OIT qui régit le statut de l'inspection du travail, ces agents disposent d'un droit d'audition libre dès lors qu'ils exercent leur mission de contrôle du respect de la législation du travail, quel que soit l'objet ou la matière du contrôle. Ce droit d'audition libre valait bien entendu pour les enquêtes relatives au travail dissimulé et au travail illégal.*

*Le droit d'audition consentie permet désormais à la personne à auditionner, y compris à l'employeur (!) de refuser de répondre, privant les agents de l'inspection du travail d'une source d'information utile, et peut être déterminante. Et sans pouvoir relever un délit d'obstacle à fonction.*

*Sans aucune explication ou justification, ce droit d'audition libre est devenu en août 2004 un droit d'audition consentie pour cette seule matière de la législation du travail. Pourquoi ?*

*Cette atténuation des prérogatives des agents de l'inspection du travail n'est pas compatible avec les déclarations visant à vouloir dynamiser la lutte contre le travail illégal, notamment par une plus forte implication de ces agents.*

*Cette modification des prérogatives des agents de l'inspection du travail n'est pas anodine car la Cour de cassation considère qu'il s'agit d'une formalité substantielle dont la violation entraîne la nullité de la procédure*[720]*.*

### .A.7. Le droit d'établir un procès-verbal d'audition

En application de l'alinéa 3 de l'article L.8271-6-1 du code du travail, les auditions auxquelles procèdent les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal, qui inclut le travail

[718] Cass civ 2 n° 17-24359 du 20 septembre 2018 URSSAF DE LA MANCHE
[719] Art.71 de la loi n°2004-810 du 13 août 2004
[720] Cass. civ. 2 n° 18-19929 du 19 septembre 2019 URSSAF DU CENTRE.

dissimulé, peuvent faire l'objet d'un procès-verbal signé par leurs soins et par les personnes entendues.

**.A.8. Le contrôle d'identité**

En application de l'alinéa 4 de l'article L.8271-6-1 du code du travail, les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal, qui inclut le travail dissimulé, peuvent demander aux employeurs, aux travailleurs indépendants, aux personnes employées dans l'entreprise ou sur le lieu de travail ainsi qu'à toute personne dont ils recueillent les déclarations dans l'exercice de leur mission de justifier de leur identité et de leur adresse.

Ce contrôle d'identité concerne toute personne en activité, y compris celle qui est déclarée ou qui se déclare lors du contrôle stagiaire, bénévole, amateur, ou être une relation amicale.

**.A.9. Le recours à un interprète**

En application de l'article L.8271-3 du code du travail, lorsqu'ils ne relèvent pas des services de la police ou de la gendarmerie, les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal, qui inclut le travail dissimulé, peuvent solliciter des interprètes assermentés inscrits sur l'une des listes prévues à l'article 157 du code de procédure pénale, notamment pour le contrôle du détachement des salariés. Lorsque l'agent de contrôle appartient au corps de l'inspection du travail, il peut se faire accompagner lors de ses visites de cet interprète, qui bénéficie ainsi d'un droit d'entrée équivalent.

**.B. Les prérogatives propres aux différentes catégories d'agents de contrôle habilités**

**.B.1.** Chaque agent de contrôle habilité en matière de travail dissimulé dispose à titre principal des prérogatives d'enquête et d'investigation qui sont mentionnées dans les textes qui régissent son statut ou le cadre procédural qu'il utilise.

Ces textes concernent la compétence territoriale, la compétence professionnelle en raison de l'activité de l'entreprise, du lieu de l'activité ou de l'objet du contrôle, le droit d'entrée, le droit de visite, le droit de perquisition, le droit de saisie[721], le droit de retenue ou de garde à vue, le droit de faire des réquisitions, le droit de prélèvement etc.

Le droit d'entrée dans des lieux ou des locaux où s'exerce une activité susceptible d'être qualifiée de travail dissimulé est sans doute la prérogative la plus importante à respecter pour éviter un vice de procédure ; ce droit d'entrée est propre à chaque agent, en fonction de son administration de rattachement, de son affectation, de son statut ou du cadre procédural[722] ; il en est de même pour le droit d'entrée dans les hébergements de salariés.

**.B.2.** A cet égard, les officiers de police judiciaire (OPJ) disposaient d'un double droit d'entrée spécifique aux enquêtes relatives au travail dissimulé et à l'emploi d'un salarié étranger employé sans titre de travail en application, respectivement de l'article L.611-13 du code du travail, devenu l'article L.8271-13 de ce même code, et de l'article 78-2-1 du code de procédure pénale.

---

[721] Cass. crim. n° 18-85618 du 23 octobre 2019 2M CONSTRUCTION ; cass. crim. n° 18-86782 du 20 novembre 2019 U.E. saisie d'un aéronef.

[722] Voir not. Cass. civ. 2 n° 15-85883 du 15 novembre 2016 FESTIVAL LES VOIX DU GAOU qui valide sur le droit d'entrée de l'Urssaf dans l'enceinte d'un festival.

L'article L.8271-13 du code du travail n'est plus opérationnel ; il a été déclaré non conforme par la décision du Conseil constitutionnel du 4 avril 2014[723], puis par la décision de la Cour de cassation du 10 décembre 2019[724] en ce qui concerne les opérations de perquisitions et de saisies opérées dans le cadre de ce droit d'entrée ; l'article L.8271-13 du code du travail n'a pas fait l'objet d'une nouvelle rédaction après sa censure par le Conseil constitutionnel.

L'article 78-2-1 du code de procédure pénale permet au procureur de la République de délivrer des réquisitions aux OPJ afin d'entrer dans les lieux à usage professionnel, ainsi que dans leurs annexes et dépendances, sauf s'ils constituent un domicile, où sont en cours des activités de construction, de production, de transformation, de réparation, de prestation de services ou de commercialisation, en vue :

⇨ de s'assurer que ces activités ont donné lieu à l'immatriculation au répertoire des métiers ou au registre du commerce et des sociétés lorsqu'elle est obligatoire, ainsi qu'aux déclarations exigées par les organismes de protection sociale et l'administration fiscale ;

⇨ de se faire présenter le registre unique du personnel et les documents attestant que les déclarations préalables à l'embauche ont été effectuées ;

⇨ de contrôler l'identité des personnes occupées, dans le seul but de vérifier qu'elles figurent sur le registre ou qu'elles ont fait l'objet des déclarations mentionnées à l'alinéa précédent.

Les réquisitions sont prises pour une durée maximum d'un mois.

**.B.3.** Par ailleurs, certains agents de contrôle ont la possibilité de constater un délit d'obstacle à leurs fonctions lorsqu'ils font l'objet d'un comportement ou de déclarations, notamment de la part de la personne contrôlée, qui porte atteinte à leurs prérogatives et entrave la bonne conduite de leurs investigations et de leur mission.

***Nota***

*Lorsque l'agent de contrôle dispose d'une prérogative à la fois au titre du code du travail et au titre des textes applicables à son statut, le texte applicable lors du contrôle est celui qui se rattache au cadre juridique dans lequel il choisit d'exercer cette prérogative[725].*

*Ainsi, le droit d'audition prévu par le code du travail en matière de travail dissimulé et par la plupart des autres textes régissant chacun des statuts des différents agents habilités.*

[723] Décision QPC n° 2014-387 du 4 avril 2014.
[724] Cass. crim. n° 18-85833 du 10 décembre 2019 XPO.
[725] Cass. civ. 2 n° 15-16110 du 7 juillet 2016 FORMACAD.

# 5ème partie

# JURISPRUDENCE

**.A. Dissimulation d'activité économique p.316**

**.B. Dissimulation d'emploi salarié p.323**

**.C. Dirigeant ou gérant de fait p.338**

**.D. Complicité p.339**

**.E. Intermédiaire p.340**

**.F. Blanchiment p.341**

**.G. Recel p.341**

**.H. Mise en cause du donneur d'ordre p.342**

**.I. Mise en cause du maître d'ouvrage p.348**

**.J. Co emploi p.347**

**.K. Pénalités civiles – sanctions administratives p.348**

**.L. Droits du salarié p.349**

**.M. Droits des organismes de recouvrement p.353**

**.N. Droits des caisses de congés payés (et intempéries) p.362**

**.O. Droits des organisations syndicales de salariés p.363**

**.P. Droits des organisations professionnelles p.363**

**.Q. Droits des entreprises et autres opérateurs économiques p.363**

# JURISPRUDENCE RELATIVE AU TRAVAIL DISSIMULE

**La jurisprudence est citée dans l'ordre du plan de l'ouvrage.**

**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/**

## .A. DISSIMULATION D'ACTIVITE ECONOMIQUE

### .A.1. Elément intentionnel

- Cass. crim. n° 00-80695 du 21 novembre 2000 SAID AGDB Le fait d'exercer, en connaissance de cause, l'une des activités énumérées par l'article L.8221-3 du code du travail sans avoir requis son immatriculation au registre du commerce et des sociétés caractérise le délit de travail dissimulé en tous ses éléments, aucune disposition du texte précité n'imposant qu'il soit établi que l'auteur de ce délit ait agi afin de se soustraire à la réglementation sur le commerce **arrêt de principe**

- Cass. crim. n° 16-81944 du 28 mars 2017 Dominique X La seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur l'intention coupable ; la méconnaissance de l'obligation de procéder à l'immatriculation d'un établissement secondaire dans les délais légaux constitue, selon le premier paragraphe de l'article L. 8221-3 du code du travail, l'une des formes du délit de travail dissimulé par dissimulation d'activité incriminé par ce texte **arrêt de principe**

### .A.2. Défaut de DADS

- Cass. crim. n° 16-82850 du 20 avril 2017 AUTO-ECOLE TRICOLORE Dissimulation d'activité oui

### .A.3. Défaut de déclarations partielles fiscales et/ou sociales

- Cass. crim. n° 16-87585 du 27 mars 2018 AUTO SELECTION Dépassement des seuils de la micro entreprise et du régime de l'auto entrepreneur dissimulation partielle déclarations fiscales et sociales

- Cass. crim. n° 17-81984 du 27 mars 2018 ESPRELS AUTO Dissimulation partielle déclarations fiscales
- Cass. crim. n° 15-86574 du 5 avril 2018 PSG NIKE Dissimulation partielle déclarations fiscales et sociales

## .A.4. Dissimulation partielle d'activité

- Cass. crim. n° 99-83343 du 18 avril 2000 Thiery Z Travaux du bâtiment travail dissimulé oui
- Cass. crim. n° 00-80711 du 10 octobre 2000 Anne Z Ostéopathe travail dissimulé oui
- Cass. crim. n° 00.85369 du 24 avril 2001 Dominique Z Diffusion et vente de cassettes vidéo travail dissimulé oui
- Cass. crim. n° 10-87982 du 31 août 2011 Paul X Location d'ambulance travail dissimulé oui
- Cass. crim. n° 08-83982 du 3 avril 2013 Jean Marie X Transport passagers par grande remise travail dissimulé oui
- Cass. crim. n° 16-87712 du 23 janvier 2018 SNC DISTILLERIE X Exercice d'une activité d'entreprise de travail temporaire

## .A.5. Défaut de déclaration 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° 97-80959 du 21 avril 1998 PRONUPTIA Recours à travail dissimulé par omission de déclarer et d'immatriculer au RCS un établissement secondaire
- Cass. crim. n° 03-86970 du 26 octobre 2004 HOLGER Travail dissimulé par défaut de déclaration d'un établissement secondaire d'une entreprise étrangère
- 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
- Cass. crim. n° 09-84998 du 15 mars 2011 Sylvain X Travail dissimulé par omission de déclarer et d'immatriculer au RCS un établissement secondaire
- Cass. crim. n° 16-81944 du 28 mars 2017 Dominique X Travail dissimulé par omission de déclarer et d'immatriculer au RCS un établissement secondaire

- Cass. crim. n° 16-87585 du 27 mars 2018 AUTO SELECTION Travail dissimulé par omission de déclarer et d'immatriculer au RCS un établissement secondaire

## .A.6. Publicité

- 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 SNC DISTILLERIE X.. Publicité par les auteurs de la dissimulation d'activité économique

## .A.7. Fausse prestation de services internationale - défaut de déclaration d'un établissement en France[726]

### .A.7.1. Distinction entre prestation de services internationale et établissement

#### .A.7.1.1. Décisions de la CJUE

- Arrêt C-167/01 du 30 septembre 2003 INSPIRE Le fait d'avoir un siège social dans un Etat membre ne dispense pas de créer un établissement dans un autre Etat membre **arrêt de principe**

- Arrêt C-55/94 du 30 novembre 1995 GEBHARD La prestation de services est par nature temporaire. Ce caractère temporaire s'apprécie en fonction de sa durée, de sa fréquence, de sa périodicité et de sa continuité. L'établissement correspond à une activité stable et continue **arrêt de principe**

- Arrêt GEBHARD précité Les dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne du chapitre relatif aux services sont subsidiaires par rapport à celles du chapitre relatif au droit d'établissement. Les dispositions relatives aux services ne trouvent application que si celles relatives au droit d'établissement ne s'appliquent pas

- Arrêt GEBHARD précité L'existence d'une infrastructure dans l'Etat d'accueil ne caractérise pas nécessairement l'existence d'un établissement dès lors que cette infrastructure est nécessaire pour réaliser la prestation de services

- Arrêt GEBHARD précité La recherche d'une clientèle dans l'Etat d'accueil est un élément qui relève a priori de l'activité d'un établissement

- Arrêt C-215/01 du 11 décembre 2003 SCHNITZER La recherche d'une clientèle dans l'Etat d'accueil est un élément qui relève a priori de l'activité d'un établissement

[726] Voir également la jurisprudence citée dans le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » 5ème édition Juin 2021, du même auteur.

- Arrêt 196/87 du 5 octobre 1988 STEYMANN Une activité économique exercée à titre permanent ou, en tout cas, sans limitation prévisible de durée ne relève pas des dispositions communautaires relatives aux prestations de services **arrêt de principe**

- Arrêt C-215/01 du 11 décembre 2003 SCHNITZER Une activité économique exercée à titre permanent ou, en tout cas, sans limitation prévisible de durée ne relève pas des dispositions communautaires relatives aux prestations de services

- Arrêt C-456/02 du 7 septembre 2004 TROJANI Une activité économique exercée à titre permanent ou, en tout cas, sans limitation prévisible de durée ne relève pas des dispositions communautaires relatives aux prestations de services

- Arrêt 35-70 du 17 décembre 1970 MANPOWER Pour se prévaloir de la prestation de services dans un autre Etat de l'Union européenne, l'entreprise doit exercer normalement son activité dans l'Etat où elle est domiciliée **arrêt de principe**

La jurisprudence Manpower a fait l'objet ultérieurement de précision; l'entreprise doit exercer normalement ses activités dans l'État de domiciliation, c'est-à-dire qu'elle doit y effectuer habituellement des activités significatives. Voir notamment les deux arrêts suivants :

- Arrêt C-202/97 du 10 février 2000 FITZWILLIAMS

- Arrêt C-404/98 du 9 novembre 2000 Joseph PLUM

- Arrêt 33-74 du 3 décembre 1974 VAN BINSBERGEN Ne peut se prévaloir de la libre prestation de services l'entreprise dont l'activité est entièrement ou principalement orientée vers d'autres Etats **arrêt de principe**

- Arrêt 33/78 du 22 novembre 1978 SOMAFER La CJCE ne fait pas de différence entre la succursale, l'agence et l'établissement. La succursale et l'agence sont des établissements dès lors que les modalités d'exercice de leur activité correspondent à celles d'un établissement

**.A.7.1.2. Décisions de la Cour de cassation**

- Cass. soc. n° 02-601129 du 14 janvier 2004 AGIO SIGARENFABRIEKEN Une société hollandaise, qui se livre à de la prospection sur le territoire français avec des salariés commerciaux, dans le cadre d'une organisation économique et sous l'autorité d'un responsable, dispose d'un établissement en France qui justifie l'organisation d'élection de délégués du personnel

- Cass. crim. n° 07-85176 du 16 avril 2008 YARLY INTERNATIONAL Une société basée à Andorre qui exerce en France une activité relative à la création, au développement et à la gestion d'une équipe professionnelle de cyclisme de façon stable et autonome dispose d'un établissement sur le territoire français

- Cass. crim. n° 07-88433 du 10 septembre 2008 PROSPORT Une société basée dans les Iles Vierges britanniques qui exerce en France une activité de conseil, de façon stable et permanente, dispose d'un établissement sur le territoire français, même si cette activité est exercée depuis le domicile personnel de son représentant en France

et avec des moyens humains et techniques (télécopieurs, matériels informatiques et téléphoniques) peu importants

- Cass. crim. n° 05-87438 du 3 octobre 2006 THE LOVELY TIME STD Un brocanteur, qui a créé une société en Angleterre, mais qui exerce de façon non temporaire en France, avec un véhicule qui est immatriculé en France, dispose d'un établissement sur le territoire français

- Cass. crim. n° 02-86287 du 25 mars 2003 Une entreprise égyptienne d'importation de pièces détachées dispose d'un établissement en France dès lors qu'elle y déploie une activité stable

- Cass. crim. n° 03-86970 du 26 octobre 2004 HOLGER Une entreprise de transports routiers qui a son siège en Allemagne, mais qui exerce en France une activité réelle et stable, dispose d'un établissement sur le territoire français

- Cass. crim. n° 11-88420 du 11 mars 2014 EASYJET Une compagnie aérienne de droit britannique qui n'a pas immatriculé au RCS un établissement (une base d'exploitation) à partir duquel elle opère en France

**.A.7.2. Fraude à la prestation de services internationale - entreprise étrangère sans activité réelle dans l'Etat où elle se déclare établie**

- Cass. crim. n° 14-85511 du 8 décembre 2015 Philippe X Une entreprise, dont le siège social est au Luxembourg, est tenu d'immatriculer au RCS son établissement secondaire, dès lors qu'elle développe en France une activité régulière et exclusive

- Cass. crim n° 11-82949 du 14 février 2012 EUROP WORKERS INTERIM Une entreprise française a recours à une entreprise de travail temporaire roumaine qui vient de se créer et qui ne justifie pas d'activité en Roumanie

- Cass. crim n° 13-88079 du 3 mars 2015 SARL TOP FUTUR Une entreprise de droit espagnol n'a pas d'activité en Espagne et exerce son activité en France

- Cass. crim n° 13-81043 du 27 mai 2015 SOCIETE ADMINISTRA Délocalisation fictive au Luxembourg d'une entreprise française qui se radie, mais poursuit son activité en France

- Cass. crim. n° 14-84864 du 30 mars 2016 GAEC DE L'ASTRATELLA Entreprise de travail temporaire roumaine exerçant exclusivement son activité en France

- Cass. crim. n° 14-83652 du 30 mars 2016 AJ DAMIAO Entreprise portugaise du BTP qui exerce son activité en France dès sa création et sans avoir d'activité au Portugal

**.A.7.3. Fraude à l'établissement - délocalisation fictive à l'étranger**

- Cass. crim n° 05-87438 du 3 octobre 2006 THE LOVELY TIME STD Un brocanteur se radie du registre du commerce en France. Il créé une société en Angleterre tout en continuant à exercer son activité en France

- Cass. crim n° 13-81043 du 27 mai 2015 SOCIETE ADMINISTRA Délocalisation fictive au Luxembourg d'une entreprise française qui se radie, mais poursuit son activité en France

## .A.8. Activité exercée à titre habituel - qualité de commerçant ou d'artisan

- Cass. crim. n° 94-82277 du 11 mai I995 AISSA Artisan oui travail dissimulé oui
- Cass. crim. n° 95-85613 du 18 juin 1996 STRIEBIG.. Transport passagers travail dissimulé oui
- Cass. crim. n° 96-82460 du 11 mars 1997 Jean Claude X Commerçant non travail dissimulé non
- Cass. crim. n° 99-82109 du 8 février 2000 Rodolphe X Réparation automobile travail dissimulé oui
- Cass. crim. n° 15-81478 du 30 mars 2016 FARES Commerçant oui travail dissimulé oui

## .A.9. Présomptions de but lucratif de l'activité exercée

### .A.9.1. Vrai ou faux bénévolat - coup de main

- Cass. crim. n° 93-83122 du 8 août 1994 MARQUEZ Bâtiment travail dissimulé oui
- Cass. crim. n° 94-82277 du 11 mai 1995 AISSA Dépannage réparation plomberie travail dissimulé oui
- Cass. crim. n° 96-80608 du 10 décembre 1996 HERNANDEZ Bâtiment travail dissimulé oui
- Cass. crim. n° 97-80817 du 16 février 1999 PLANTUREUX Gestion d'un camping travail dissimulé oui
- Cass. crim. n° 99-82109 du 8 février 2000 Rodolphe X Réparation automobile travail dissimulé oui
- Cass. crim. n° 99-87730 du 14 juin 2000 IRASGS Organisation de stage et de séminaires travail dissimulé oui
- Cass. crim. n° 04-81728 du 7 décembre 2004 Philippe X Elagage espaces verts travail dissimulé oui
- Cass. crim. n° 12-87347 du 17 décembre 2013 LE RECOURS Consultant travail dissimulé oui

### .A.9.2. Vraie ou fausse association

- Cass. crim. n° 89-83369 du 25 juin 1991 HERON Activité de restauration travail dissimulé oui
- Cass. crim. n° 98-84023 du 22 juin 1999 WARGNIER Production de spectacles travail dissimulé oui
- Cass. crim. n° 99-87416 du 6 septembre 2000 ASSOCIATION FOYER DE VIE Organisme de formation travail dissimulé oui
- Cass. crim. n° 00-84714 du 30 janvier 2001 ASSOCIATION FICN Parc animalier travail dissimulé oui
- Cass. crim. n° 06-85509 du 2 mai 2007 LE CAUSEGA Restauration hébergement travail dissimulé oui
- Cass. crim. n° 07-81413 du 16 octobre 2007 VILLA RAMSES Discothèque travail dissimulé oui
- Cass. crim. n° 09 87778 du 28 septembre 2010 ASSOCIATION BAAGHERA Voyance médium travail dissimulé oui
- Cass. crim. n° 14-82224 du 17 novembre 2015 ASSOCIATION EVA Transport de passagers taxi travail dissimulé oui

## .A.10. Activités exercées à titre libéral

- Cass. crim. n° 91-86745 du 8 décembre 1992 Michel X Professeur de piano oui
- Cass. crim. n° 99-83372 du 1er février 2000 Alain X. Assistance et représentation devant le juge oui
- Cass. crim. n° 14-85511 du 8 décembre 2015 Philippe X Agent commercial inscription au RCS non obligatoire, mais travail dissimulé par défaut de déclarations fiscales et sociales
- Cass. crim. n° 16-80457 du 28 février 2017 Farid X Comptable travail dissimulé par défaut de déclarations fiscales et sociales oui

## .A.11. Société de domiciliation

**Absence d'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

## .B. DISSIMULATION D'EMPLOI SALARIE[727]

### .B.1. Infraction continue

- Cass. crim. n°17-80774 du 12 mars 2019 BANQUE SYZ et Co infraction continue et non pas infraction instantanée **arrêt de principe**

### .B.2. Charge de la preuve

- Cass. soc. n° 18-10919 du 18 mars 2020 GETI Inflexion favorable au salarié de la charge de la preuve des heures de travail accomplies **arrêt de principe**

### .B.3. Elément intentionnel

- Cass. crim. n° 17-86426 du 7 mai 2019 AUTOCARS J. Pas nécessaire de démontrer l'existence d'un dol spécial, par la preuve d'un montage frauduleux visant à s'affranchir de la loi française **arrêt de principe**

- Cass. crim. n° 17-86426 du 7 mai 2019 AUTOCARS J. La seule constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3 alinéa 1er du code pénal **arrêt de principe**

- Cass. soc. n° 04-40758 du 29 juin 2005 BAUHAUS FRANCE Le caractère intentionnel ne peut se déduire de la seule absence de mention des heures supplémentaires sur les bulletins de paie **arrêt de principe**

- Cass. soc. n° 06-44964 du 20 février 2008 AMBULANCES LES SAULES Nécessité de démonter l'élément intentionnel de la dissimulation d'emploi **arrêt de principe**

- Cass. soc. n° 06-44964 du 20 février 2008 AMBULANCES LES SAULES Appréciation souveraine du juge du fond

- Cass. soc. n° 14-17976 du 26 novembre 2015 EMMA Intention frauduleuse caractérisée de l'employeur non nécessaire

- Cass. soc. n° 13-25928 du 2 juillet 2015 Élément intentionnel implicite si l'employeur a été condamné au pénal

[727] Pour la jurisprudence relative à la fraude au détachement d'un salarié, se reporter au « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » 5ème édition Juin 2021, du même auteur.

- Cass. crim. n° 16-84288 du 10 mai 2017 DOMAINE DU CLOS DU CHAPITRE Défaut de DPAE la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur l'intention coupable exigée par l'article 121-3 du code pénal

- Cass. soc. n° 09-69314 du 2 mars 2011 ASI DPAE tardive

- Cass. soc. n° 12-23939 du 1é décembre 2013 LES DUNES Période d'emploi de courte durée

- Cass. soc. n° 09-65590 du 1er mars 2011 DIGIT SUPERMARCHE Paiement d'heures de travail sous forme de primes

- Cass. soc. n° 13-22171 du 27 novembre 2014 KALISTORE L'élément intentionnel résulte nécessairement de la connaissance que l'employeur avait des nombreuses heures supplémentaires effectuées par le salarié

- Cass. soc. n° 12-18483 du 31 octobre 2013 SECURITE FRANCHE COMTE L'élément non intentionnel de la mention sur le bulletin de paie d'un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli ne peut se déduire du seul fait que l'employeur n'a pas cherché à dissimuler au salarié cette minoration

- Cass. soc. n° 12-23676 du 18 décembre 2013 SIS Le caractère non intentionnel de l'absence d'accomplissement auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales des déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales ne peut se déduire des seules difficultés financières de l'employeur pour s'acquitter de ces cotisations

- Cass. soc. n° 14-16953 du 16 juin 2015 ALENTOURS Le caractère intentionnel ne peut se déduire de la seule application d'une convention de forfait illicite

- Cass. soc. 14-12249 du 1er avril 2015 GLEM PRODUCTION L'élément intentionnel ne peut se déduire de la seule conscience des difficultés tenant au choix d'un contrat inapproprié

- Cass. crim. n° 15-86985 du 28 mars 2017 WLC'S 5TH AVENUE Le délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié se trouve caractérisé par la DPAE tardive, l'intention frauduleuse de l'employeur s'induisant de la seule absence de déclaration aux organismes sociaux

- Cass. crim. n° 07-87518 du 17 juin 2008 Nadya X. Particulier employeur emploi domestique et familial la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire, en l'espèce le défaut de remise de bulletins de paie, implique de la part de son auteur l'intention coupable exigée par l'article 121-3 alinéa 1er du code pénal

- Cass. soc. n° 18-21326 du 2 octobre 2019 MANAIA DUJARDIN Pas de DPAE, mais pas de dissimulation intentionnelle de l'emploi car bulletins de paie délivrés et cotisations sociales versées

- Cass. soc. n° 18-21545 du 6 novembre 2019 PROCONSULTANT Intentionnalité de la

dissimulation d'heures de travail car l'employeur imposait au salarié pendant toute la durée de son emploi d'effectuer 40h par semaines, tout en ne mentionnant que 35h sur ses bulletins de paie

## .B.3. DPAE tardive

- Cass. crim. n° 14-80532 du 20 janvier 20015 Rayner X. Rejet cause d'irresponsabilité pénale travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié oui
- Cass. crim. n° 15-86985 du 28 mars 2017 WLC'S 5TH AVENUE Travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié oui

## .B.4. DPAE et certificat de détachement

Le droit communautaire relatif à la coordination des régimes de sécurité sociale n'a pas d'incidence sur la législation du travail, et notamment sur l'obligation d'effectuer la DPAE en présence d'une fraude au détachement d'un salarié

- CJUE C-17/19 du 14 mai 2020 BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS ET AUTRES
- Cass. crim. n° 17-82553 du 12 janvier 2021 BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS ET AUTRES

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/condamnation-de-deux-donneurs-d-ordre-pour-recours-a-une-entreprise-de-travail-temporaire-etrangere-epr-de-flamanvile

## .B.5. Temps de travail effectif

Emploi domestique au service d'un particulier

- Cass.soc. n° 14-29817 du 23 novembre 2016 Détermination du temps de travail effectif en relation avec les seules dispositions de la convention collective

Distinction avec l'astreinte

- Cass. soc. n° 11-26401 du 20 février 2013 CEA
- Cass. soc. n° 14-23714 du 8 septembre 2016

Tournage d'une émission de télévision

- Cass. soc. n° 13-12160 du 12 juin 2014 PEKIN EXPRESS oui

Garde de nuit dans un hôtel

- Cass. crim. n° 00-81230 du 24 octobre 2000 CLIMAT DE FRANCE oui

Le temps de déplacement professionnel entre le domicile d'un client et celui d'un autre client, au cours d'une même journée, constitue un temps de travail effectif et non un temps de pause, dès lors que les salariés ne sont pas soustraits, au cours de ces trajets, à l'autorité du chef d'entreprise

- Cass. crim. n° 13-80665 du 2 septembre 2014 DOMIDOM oui

Le temps de disponibilité d'un conducteur routier à bord d'un ferry qui transporte son camion n'est pas du temps de travail effectif et ne doit pas être mentionné comme heures de travail sur le bulletin de salaire ; le salarié n'exerce aucune activité et peut vaquer librement à ses occupations. Pas de dissimulation d'heures de travail

- Cass. crim. n° 11-83319 du 5 juin 2012 Martine X. non

Le temps de travail d'un chauffeur indûment qualifié de temps de trajet constitue de la dissimulation d'heures de travail

- Cass. soc. n° 15-12516 du 19 octobre 2016 EMMA TRANS

Différence entre temps de travail effectif et astreinte

- Cass. soc. n° 19-26331 du 15 septembre 2021 MEITIS

## .B.6. Modalités de dissimulation d'heures de travail

**Caractère intentionnel**

Le caractère non intentionnel de la dissimulation d'emploi salarié ne peut se déduire de l'absence de contestation par le salarié du non-paiement des heures supplémentaires accomplies

- Cass. soc. n° 16-16675 du 11 mai 2017 BETTY FLEURS

**Accomplissement d'heures supplémentaires**

Le non paiement d'heures supplémentaires accomplies avec l'accord implicite de l'employeur constitue de la dissimulation d'heures de travail

- Cass.soc. n° 15-20441 du 14 décembre 2016 LABORATOIRES GENEVRIER

L'employeur est tenu de payer les heures supplémentaires de travail accomplies, soit avec son accord au moins implicite, soit s'il est établi que la réalisation de telles heures a été rendue nécessaire par les tâches confiées u salarié **arrêt de principe**

- Cass. soc. n° 17-16959 du 14 novembre 2018 ADEIHR AGP

- Cass. soc. n° 17-20659 du 14 novembre 2018 SUNGARD CONSULTING SERVICES

Heures de travail imposées par l'employeur et systématiquement non mentionnées sur les bulletins de paie

- Cass. soc. n° 18-21549 du 6 novembre 2019 PROCONSULTANT INFORMATIQUE

**Heures dissimulées sous primes**

- Cass. soc. n° 09-65590 du 1er mars 2011 DIGIT SUPERMARCHE
- Cass. soc. n° 13-16231 du 21 mai 2014 PARAPHE CONTACT

**Heures dissimulées sous frais de déplacement**

- Cass. soc. n° 14-22311 du 2 décembre 2015 AUDIT SOCIAL CONSEIL

**Transformation du statut de salarié en bénévole**

- Cass. crim. n° 20-85118 du 26 mai 2021 AUX DELICES DU CANNET Impossibilité de transformer sur le même emploi le statut salarié de la conjointe du chef d'entreprise en bénévolat

**Absence de base conventionnelle pour annualiser le temps de travail**

- Cass. soc. n° 11-28691 du 24 avril 2013 CABINET THIBOUT

**Accord de modulation d'entreprise non valable**-

- Cass. soc. n° 11-21200 du 27 mars 2013 ALDI MARCHE

**Convention de forfait**

.- absence de convention individuelle de forfait

- Cass. soc. n° 12-20908 du 27 novembre 2013 WARSILA France

.- la convention individuelle de forfait en jours non conforme à l'accord de branche n'est pas opposable au salarié

- Cass. soc. n° 09-71107 du 29 juin 2011 MEDEF

.- la non-conformité aux textes communautaires et au code du travail de l'accord collectif instituant le forfait en jours entraîne la nullité de la convention individuelle de forfait en jours et de la dissimulation d'heures de travail

- Cass. soc. n° 12-35033 du 14 mai 2014 AUDIT ET DIAGNOSTIC
- Cass. soc. n° 13-26444 du 7 juillet 2015 LE MEURICE
- Cass. soc. n° 15-12459 du 25 janvier 2017 LEYTON France

.- la non-conformité aux textes communautaires et au code du travail de l'accord collectif instituant le forfait en jours entraîne la nullité de la convention individuelle de forfait en jours, mais pas nécessairement de la dissimulation d'heures de travail

- Cass. soc. n° 15-15064 du 9 novembre 2016 COVEMA

.- la non-conformité aux textes communautaires et au code du travail de l'accord d'entreprise instituant le forfait en jours entraîne la nullité de la convention individuelle de forfait en jours

- Cass. soc. n° 18-11391 du 19 juin 2019 LE PIAN DISTRIBUTION

- *contra* la non-conformité de la convention individuelle de forfait en jours à l'accord d'entreprise instituant le forfait en jours n'entraîne nécessairement pas la nullité de la convention individuelle de forfait en jours

- Cass. soc. n° 14-15171 du 26 juin 2016 CHATEAU DU TARIQUET

.- l'absence d'autonomie du salarié rend inopposable la convention individuelle en forfait jours

- Cass. soc. n° 17-31715 du 27 mars 2019 EURO DYSNEY

**Quantification conventionnelle a priori du temps de travail**

- Cass. soc. n° 10-10928 du 22 septembre 2011 ADREXO Dissimulation d'heures de travail au-delà de la quantification oui **arrêt de principe**

- Cass. crim. n° 12-81767 du 16 avril 2013 ADREXO Dissimulation d'heures de travail au-delà de la quantification non **arrêt de principe**

- Cass. soc. n° 15-10273 du 15 juin 2016 ADREXO Dissimulation d'heures de travail au-delà de la quantification oui

- Cass. soc. n° 17-23228 du 29 mai 2019 ADREXO Dissimulation d'heures de travail au-delà de la quantification droit à l'indemnité forfaitaire équivalent à six mois de salaire oui **arrêt de principe**

**Prédétermination unilatérale du temps de travail par l'employeur**

- Cass. crim. n° 09-86401 du 28 septembre 2010 LA CITADELLE NETTOYAGE

**Cadre autonome (non)**

- Cass. soc. n° 11-21200 du 27 mars 2013 ALDI MARCHE

- Cass. soc. n° 17-11434 du 26 septembre 2018 DECO RELIEF

**Cadre dirigeant (non)**

- Cass. soc. n° 11-20726 du 12 décembre 2012 RMF

- Cass. soc. n° 14-10529 du 26 novembre 2015 BATIR

- Cass. soc. n° 14-14079 du 22 juin 2016 CAP BOULANGER Définition du cadre dirigeant **arrêt de principe**

- Cass. soc. n° 16-17903 du 4 octobre 2017 MARY AUTOMOBILES Définition du cadre dirigeant

## .B.7. Minoration assiette calcul des cotisations sociales

- Cass. crim. n° 16-87585 du 27 mars 2018 AUTO SELECTION Sous déclaration de la masse salariale dissimulation partielle déclarations fiscales et sociales à l'occasion d'un emploi salarié

## .B.8. Vrai ou faux bénévole

### .B.8.1. Salarié victime de la dissimulation de son emploi sous un statut de prétendu de bénévole : lien de subordination avec celui qui lui confie du travail à réaliser qui devient son employeur

- Cass. crim. n° 88-81182 du 27 septembre 1989 ABBE MERCIER Association oui
- Cass. soc. n° 98-46158 du 9 mai 2001 EMMAUS Activité d'insertion non
- Cass. soc. n° 99-21111 du 31 mai 2001 ASSOCIATION CACS DU QUARTIER SAINT LAURENT oui
- Cass. soc. n° 99-42697 du 29 janvier 2002 CROIX ROUGE Association oui
- Cass. civ. 2 n° 03-30592 du 20 septembre 2005 COMPAGNONS BATISSEURS DE BRETAGNE Activité d'insertion oui
- Cass. soc. n° 05-43195 du 28 novembre 2006 ASSICIATION VIVRE A SON DOMICILE oui
- Cass. crim. n° 92-85078 du 4 octobre 1994 BERTIN Commerce de détail oui
- Cass. crim. n° 03-83511 du 28 octobre 2003 MONIC BIJOUX Commerce de détail non
- Cass. soc. n° 07-43992 du 11 mars 2009 SOCIETE C3T Conception et vente outils mutimédia oui
- Cass. crim. n° 95-82686 du 23 juillet 1996 FLOCH Transport de passagers oui
- Cass. soc. n° 08-40981 et suivants du 3 juin 2008 ILE DE LA TENTATION Jeu télévisé téléréalité oui
- Cass. soc. n° 12-13968 du 25 juin 2013 MISTER FRANCE 2003 Jeu concours oui
- Cass. soc. n° 10-20912 du 16 février 2012 Commerce de détail non
- CAA Paris n° 20PA03720 du 4 mai 2021 ASSOCIATION LE CARIBOU Emploi dans le cadre du wwoofing

  https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/wwoofing-le-juge-adminstratif-considere-qu-il-s-agit-d-un-salariat

**.B.8.2. Absence de versement d'une rémunération - critère non déterminant ou rémunération en nature suffisante**

- Cass. soc. n° 91-45157 du 19 mai 1993 DESNEUX
- Cass. crim. n° 94-82372 du 30 mai 1995 POMMIER
- Cass. crim. n° 96.83178 du 22 mai 1997 ADR
- Cass. crim. n° 99-81616 du 3 novembre 1999 STRAUSS
- Cass. soc. n° 97-45010 du 18 juillet 2000 PARTICIPATION PETROLIERE DE BOURGOGNE
- Cass. crim. n° 01-83509 du 19 mars 2002 MARIE AGNES
- Cass. crim. n° 03-86282 du 25 mai 2004 PATRICK X
- Cass.soc. n° 06-45243 du 13 décembre 2007 HERVE
- Cass. crim. n° 07-43992 du 11 mars 2009 C3T
- Cass. soc. n° 05.44939 du 26 mai 2010
- Cass. crim. n° 09-85621 du 22 juin 2010 L'OPERA
- Cass.civ. 2 n° 10-12194 du 3 février 2011 URSSAF DE LA HAUTE VIENNE

**.B.8.3. Emploi nécessaire à l'activité et utilité économique**

- Cass. soc. n° 71-10615 du 21 mars 1972
- Cass.soc. n° 72-10757 du 14 mars 1973
- Cass. crim. n° 94-82372 du 30 mai 1995 POMMIER
- Cass. crim. n° 95-82686 du 23 juillet 1996 FLOCH
- Cass. crim. n° 03-83511 du 28 octobre 2003 MONIC BIJOUX
- Cass. civ. 2 n° 15-27112 du 24 mai 2017

**.B.8.4. Entraide agricole**

- Cass. soc. n° 69-14646 du 22 avril 1971
- Cass. soc. n° 71-12560 du 21 mars 1972
- Cass. soc. n° 82-10390 du 16 mars 1983

**.B.8.5. Entraide familiale**

- Cass. soc. n° 69-13123 du 14 janvier 1971 Relation mère fille emploi familial oui

- Cass. soc. n° 95-43629 du 2 juillet 1997 BOUCHERIES AMIENOISES Commerce conjoint emploi salarié non
- Cass. crim. n° 92-85078 du 4 octobre 1991 BERTIN Commerce membres de la famille emploi salarié oui
- Cass. crim. n° 06-89016 du 13 novembre 2007 BTP Relation familiale emploi salarié oui
- Cass. crim. n° 10-87982 du 31 août 2011 Beau-père conduite d'une ambulance emploi salarié oui
- Cass. soc. n° 11-28972 du 16 mai 2013 Restaurant concubin emploi salarié oui
- Cass. civ. 2 n° 15-27112 du 24 mai 2017 Commerce enfants du représentant légal emploi salarié oui
- Cass. crim. n° 17-82894 du 10 avril 2018 CHEN L'entraide familiale n'est pas possible au bénéfice d'une personne morale, en l'espèce une société commerciale exploitant un restaurant
- Cass. civ. 2 n° 18-25640 du 9 juillet 2020 RDC Faute d'avoir caractérisée l'existence d'un lien de subordination juridique, la Cour de cassation invalide la décision d'une cour d'appel qui avait reconnu le salariat à l'égard de trois membres d'une famille travaillant dans un commerce de vente de chaussures le jour des soldes
- Cass. crim. n° 20-85118 du 26 mai 2021 AUX DELICES DU CANNET Impossibilité de transformer sur le même emploi le statut salarié de la conjointe en bénévolat

### .B.8.6. Activité au sein d'une association cultuelle

- Cass. Ch. mixte n° 69-11290 du 26 mai 1972 ORPHELINAT SAINT JEAN D'ALBI
- Cass.soc. n° 83-41787 du 6 mai 1986 FARFOUR
- Cass. Ass. Plén. n° 87-20036 du 8 janvier 1993 LINARES
- Cass. soc. n° 88-11451 du 20 décembre 1990 UNIVERSITE CATHOLIQUE DE L'OUEST
- Cass. soc. n° 95-41817 du 25 mars 1998 COLAS
- Cass. soc. n° 08-45568 du 8 juin 2001 FEDERATION DES EGLISES ADVENTISTES DU 7é JOUR
- Cass. crim. n° 01-87300 du 14 janvier 2003 TEMOINS DE JEHOVAH
- Cass. soc. n° 07-44766 du 29 octobre 2008 LE VERBE DE VIE
- Cass. soc. n° 08-42207 du 20 janvier 2010 COMMUNAUTE LA CROIX GLORIEUSE
- Cour d'appel d'Orléans n° 682/97 du 17 novembre 1997 BRENTI Décision infirmative de relaxe d'un jugement de condamnation de première instance ; pas de pourvoi en cassation

### .B.8.7. Sportif

- Cass. soc. n° 91-44041 du 24 mars 1993 UNION SPORTIVE D'ORLEANS
- Cass. soc. n° 97-14916 du 9 mars 2000 ASSOCIATION SPORTIVE DE SAINT PRIEST
- Cass. soc. n° 04-46795 du 14 juin 2006 ASSOCIATION AVIRON BAYONNAI FC
- Cass. soc. n° 10-15573 du 28 avril 2011 ASSOCIATION MARSEILLE PROVENCE

### .B.8.8. Test professionnel

- Cass. soc. n° 07-42673 du 26 novembre 2008 EXPRESS SERVICES
- Cass. soc. n° 07-45485 du 16 septembre 2009

### .B.8.9. Travail au pair pour le compte d'un particulier

- Cass. crim. n°07-87518 du 17 juin 2008 NADYA X.

## .B.9. Vrai ou faux stagiaire

**Salarié victime de la dissimulation de son emploi sous un statut de prétendu de stagiaire : lien de subordination avec la structure d'accueil**

- Cass. soc. n° 90-42620 du 27 octobre 1993 NAVEAU **arrêt de principe**
- Cass. soc. n° 98-40986 du 17 octobre 2000 HUBERT
- Cass. soc. n° 99-42525 du 18 juillet 2001 CABINET D'ARCHITEM.Y
- Cass. crim. n° 02-81453 du 3 décembre 2002 BARBIER
- Cass. soc. n° 06-45139 du 19 décembre 2007 RENOV'ESCALIERS
- Cass. soc. n° 08-40716 du 16 septembre 2009 SOCIETE EUROP ET COMMUNICATION
- Cass. soc. n° 10-25742 du 26 septembre 2012 ECF IMMO
- Cass. soc. n° 11-27536 du 13 mars 2013 NEW AXIX AIRWAYS
- Cass. soc. n° 13- 16349 du 7 juillet 2015 PI DELTA

## .B.10. Vrai ou faux travailleur indépendant

### .B.10.1 Principe et critères de la requalification

- Cass. Assemblée plénière n° 81-15290 et 81-41647 du 4 mars 1983 BARRAT Enseignant en « convention de collaboration de type purement libéral » requalifié en salarié **arrêt de principe**

- Cass. crim. n° 84-95559 du 29 octobre 1985 GUEGAN BTP Montage levage de charpentes métalliques **arrêt de principe**

- Cass. soc. n° 88-40121 du 17 avril 1991 LALAU Transport routier société écran **arrêt de principe**

- Cass. crim. n° 94-86096 du 21 août 1995 CHARNEAU Toujours viser le travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié et non le prêt de main d'œuvre illicite ou le marchandage

- Cass. soc. n° 94-13187 du 13 novembre 1996 SOCIETE GENERALE Banque **arrêt de principe**

- Cass. soc. n° 98-40-572 du 19 décembre 2000 SOCIETE BASTILLE Taxi **arrêt de principe**

- Cass.soc. n° 01-45147 du 25 octobre 2005 SOVETRA Société écran transport routier **arrêt de principe**

- Cass. soc. n° 08-45538 du 7 juillet 2010 MARC LE NEZET CONSULTANT **arrêt de principe**

- Cass. soc. n° 13-27535 du 6 mai 2015 LANGUEDOC GEOTHERMIE **arrêt de principe** 1er arrêt de requalification d'un **auto entrepreneur** en salarié

- Cass. soc. n° 15-14267 du 1er mars 2017 MAJOR SERVICES Prédominance du critère du service organisé

- Cass. soc. n° 17-22670 du 28 novembre 2018 SAGEM Prédominance du critère du service organisé

- Cass. soc. n° 17-20079 du 28 novembre 2018 TAKE EAT EASY **arrêt de principe** 1er arrêt de requalification d'un travailleur mobile d'une plateforme numérique de mise en relation pour livrer des repas à domicile

- Cass. soc. n° 17-21939 du 9 janvier 2019 LA CHARENT LIBRE **arrêt de principe** Le caractère intentionnel de la dissimulation d'emploi salarié ne peut se déduire du seul recours à un contrat inapproprié

- Cass soc. n° 17-20079 du 28 novembre 2018 TAKE EAT EASY **arrêt de principe** La Cour de cassation censure une décision de cour d'appel qui a refusé de reconnaître le statut de salarié à des livreurs de repas à domicile travaillant pour le compte d'une plateforme

  https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/plateforme-de-mise-en-relation-en-ligne-et-faux-auto-entrepreneur

- Cass. soc. n° 19-13316 du 4 mars 2020 UBER **arrêt de principe** 1er arrêt de requalification d'un chauffeur de VTC travaillant pour le compte d'une plateforme numérique de mise en relation

**.B.10.2. Subordination juridique permanente**

- Cass. crim. n° 96-86675 du 10 mars 1998 BONGLET
- Cass. crim. n° 97-81873 du 31 mars 1998 THOUVIGNON La permanence de la subordination s'apprécie pendant la durée de celle-ci **arrêt de principe**
- Cass. crim. n° 05-82287 du 14 février 2006 DURET
- Cass. soc. n° 14-12184 du 22 septembre 2015 SFP

**.B.10.3. Faux auto entrepreneur**

- Cass. soc. n° 13-27535 du 6 mai 2015 LANGUEDOC GEOTHERMIE **arrêt de principe** 1er arrêt de requalification d'un auto entrepreneur en salarié
- Cass. crim. n° 15-81886 du 24 mars 2016 AS SECURITE
- Cass. civ. 2 n° 15-16110 du 7 juillet 2016 FORMACAD
- Cass. crim. n° 15-85129 du 18 octobre 2016 Alexandre X Filière d'introduction en France de faux auto entrepreneurs roumains
- Cass. crim. n° 15-86654 du 13 décembre 2016 Jean Luc X
- Cass. crim. n° 17-86838 du 15 octobre 2019 FITLANE

**.B.10.4. Plusieurs donneurs d'ordre**

- Cass. crim. n° 97-81873 du 31 mars 1998 THOUVIGNON Le fait pour un travailleur indépendant d'exercer son activité professionnelle pour plusieurs donneurs d'ordre n'interdit pas de le requalifier à l'égard de l'un de ces donneurs d'ordre, s'il existe avec celui-ci une subordination juridique permanente **arrêt de principe**

**.B.10.5. Travail exclusif pour le donneur d'ordre**

- Cass. crim. n° 96-86675 du 10 mars 1998 BONGLET

**.B.10.6. Sociétés écran**

- Cass. soc. n° 86-14997 du 21 décembre 1988 SOGARA CARREFOUR Ramassage de caddies d'un hypermarché
- Cass.soc. n° 88-40121 du 17 avril 1991 LALAU Transport messagerie petit colis
- Cass. crim n° 98-84134 du 8 juin 1999 BONNET Atelier de confection
- Cass. crim. n° 89-86910 du 25 septembre 1991 KLEBOTH Commerce de détail non alimentaire
- Cass. crim. n° 94-81959 du 18 juillet 1995 TRANSPORTS JF MOREAU Transport routier de marchandises

- Cass. crim. n° 98-88103 du 21 septembre 1999 KLEBOTH Commerce de détail non alimentaire
- Cass. soc. n° 98-40572 du 19 décembre 2000 SOCIETE BASTILLE Taxi
- Cass. crim. n° 04-81551 du 23 novembre 2004 KLEBOTH Commerce de détail non alimentaire
- Cass. crim. n° 01-86388 du 25 juin 2002 GIFI Commerce de détail non alimentaire
- Cass. soc. n° 01-41896 du 27 mai 2003 BESSON CHAUSSURES Commerce de détail non alimentaire
- Cass.soc. n° 01-45147 du 25 octobre 2005 SOVETRA Société en participation transport routier
- Cass. crim. n° 06-82028 du 9 janvier 2007 Mario X Montage complexe de sociétés avec à leur tête des gérants de paille
- Cass. crim. n° 11-82355 du 8 avril 2014 VET'AFFAIRES Commerce de détail non alimentaire
- Cass. soc. n° 03-45394 du 12 juillet 2005 LOURDES INVEST HOTELS Faux gérant hôtel indépendant
- Cass.soc. n° 08-44865 du 8 juin 2010 B&B..Faux gérant mandataire chaîne hôtelière
- Cass. soc. n° 07-18276 du 21 janvier 2009 CHAÎNE HOTELIERE EUROPARC Faux gérant mandataire d'un hôtel de chaîne
- Cass. soc. n° 09-40478 du 15 décembre 2010 ETAP HOTEL Faux gérant hôtel indépendant
- Cass. soc. n° 08-45223 du 1er février 2011 SFR Faux gérant d'un point de vente de téléphonie mobile
- Cass. soc. n° 08-45292 du 31 mai 2011 ETAP HOTEL Faux gérant mandataire hôtel indépendant
- Cass. soc. n° 12-16664 du 9 octobre 2013 GROUPE B&B Faux gérant mandataire hôtel indépendant

**.B.10.7. Requalification via les articles L.7321-1 et suivants du code du travail (ex article L.781-1 du code du travail)**

- Cass. soc. n° 82-10224 du 16 février 1983 TAPIS SAINT MACLOU Assujettissement au régime général
- Cass. soc. n° 86-43110 du 4 juillet 1990 SHELL Requalification gérant station service
- Cass. soc. n° 92-44749 du 7 novembre 1995 FRANCE ACHEMINEMENT Contrat de franchise ; requalification chauffeur livreur messagerie petits colis

- Cass. soc. n° 99-41265 du 4 décembre 2001 FRANCE ACHEMINEMENT Requalification chauffeur livreur messagerie petits colis
- Cass. soc. n° 03-40731 du 8 février 2005 YVES ROCHER Requalification gérante magasin éponyme
- Cass.soc. n° 13-27742 du 22 septembre 2015 TOTAL Requalification gérant station service

**.B.10.8. Requalification via les articles L.7322-1 et suivants du code du travail (ex article L.782-1 du code du travail)**

- Cass. soc. n° 10-21897 du 15 février 2012 SOCIETE DE DISTRIBUTION CASINO
- Cass.soc. n° 13-15066 du 12 juin 2014 SOCIETE DE DISTRIBUTION CASINO
- Cass.soc. n° 07-40813 du 11 mars 2009 SOCIETE DE DISTRIBUTION CASINO
- Cass. Assemblée plénière n° 81-15290 et 81-41647 du 4 mars 1983 BARRAT Enseignant **arrêt de principe**
- Cass. crim. n° 84-95559 du 29 octobre 1985 GUEGAN: BTP montage levage de charpentes métalliques **arrêt de principe**
- Cass. soc. n° 94-13187 du 13 novembre 1996 SOCIETE GENERALE Banque **arrêt de principe**
- Cass. soc. n° 84-44576 du 15 octobre 1987 CERCLE HIPPIQUE SAINT GEORGES Instructeur dans un centre équestre
- Cass. civ. 2 n° 03-30253 du 22 février 2005 SOFREPI A la suite d'un accident du travail, reconnaissance de la faute inexcusable du donneur d'ordre requalifié en employeur
- Cass. soc. n° 03-45394 du 12 juillet 2005 LOURDES INVEST HOTELS Faux gérant hôtel indépendant
- Cass. soc. n° 09-40478 du 15 décembre 2010 ETAP HOTEL Faux gérant hôtel indépendant
- Cass. soc. n° 08-45292 du 31 mai 2011 ETAP HOTEL Faux gérant hôtel indépendant
- Cass. soc. n° 10-16342 du 18 janvier 2012 FIVENTIS Courtage financier
- Cass. soc. n° 11-81694 du 30 octobre 2012 AUCHAN Démonstrateur
- Cass. soc. n° 12-16664 du 9 octobre 2013 GROUPE B&B Faux gérant hôtel indépendant
- Cass. soc. n°13-15066 du 12 juin 2014 SOCIETE DE DISTRIBUTION CASINO
- Cass. crim. n° 13-83327 du 14 octobre 2014 BINAN Constitution de partie civile au procès pénal

- Cass. soc. n° 13-27535 du 6 mai 2015 LANGUEDOC GEOTHERMIE **arrêt de principe** 1er arrêt de requalification d'un **auto entrepreneur**
- Cass. soc. n° 13-27742 du 22 septembre 2015 TOTAL Gérant de station service
- Cass. crim. n° 15-81886 du 24 mai 2016 OMICRON PROTECTION Requalification auto entrepreneurs
- Cass. crim. n° 15-83680 du 24 mai 2016 PROTECTION CANINE Requalification auto entrepreneurs

## .B.11. Dissimulation d'emploi salarié par mise à disposition

### .B.11.1. Dissimulation d'emploi salarié par l'utilisateur d'un salarié intérimaire

- Cass. soc. n° 07-42616 du 11 mars 2009 BELFOR FRANCE
- Cass. crim. n° 11-82949 du 14 février 2012 VINEXPERT
- Cass. soc. n° 12-11793 du 24 avril 2013 HELIO CORBEIL
- Cass. soc. n° 14-17705 du 3 juin 2015 BISCUITERIE POULT
- Cass. crim. n° 13-80523 du 3 novembre 2015 PATABILE
- Cass. soc. n° 14-11805 du 18 février 2016 ND LOGISTICS
- Cass. crim. n° 14-88194 du 10 mai 2016 ROCHEFOLLE L'OISEAU CONSTRUCTION

### .B.11.2. Salarié victime d'une opération de marchandage et/ou de prêt illicite de personnel - transfert du lien de subordination vers l'utilisateur du salarié prêté qui devient son employeur de fait

- Cass. crim. n° 88-84222 du 25 avril 1989 GTE
- Cass. soc. n° 86-44229 du 4 avril 1990 ANPHAR ROLLAND
- Cass. soc. n° 86-43561 du 16 mai 1990 SMI
- Cass. crim. n° 90-80060 du 15 octobre 1991 ALEMAN
- Cass. crim. n° 92-83262 du 23 février 1993 SOPREMA
- Cass. crim. n° 93-85285 du 27 septembre 1994 DELAGE
- Cass. crim. n° 96-86679 du 4 juin 1998 TESSANDIER
- Cass. soc. n° 01-43554, n° 01-43947 et n° 01-43999 du 9 décembre 2003 CEA **arrêts de principe en raison de la motivation de la cour d'appel**
- Cass. crim. n° 04-87596 du 21 juin 2005 PMP SONOREL

- Cass. crim. n° 05-80833 du 31 janvier 2006 ABC **arrêt de principe** Cumul des infractions de marchandage, prêt illicite de main-d'œuvre et de dissimulation d'emploi salarié
- Cass. soc. n° 09-69175 du 18 mai 2011 JOHN DEERE
- Cass. crim. n° 11-82952 du 22 février 2012 TIMLUX Fausse prestation de services internationale
- Cass. soc. n° 14-26032 du 12 octobre 2016 LPG

**.B.11.3. Salarié mis à disposition d'une autre entité - transfert du lien de subordination vers l'entité d'accueil qui devient son employeur de fait**

- Cass. soc. n° 94-45102 du 1er juillet 1997 ARDT
- Cass. soc. n° 14-14811du 23 mars 2016 CER/SNCF
- Cass. soc. n° 08-42485 du 13 mai 2009 ROHM AND HAAS
- Cass. soc. n° 09-43181 du 26 octobre 2011 JPV
- Cass. soc. n° 11-20145 du 20 juin 2012 CCAPIEG
- Cass. soc. n° 12-21581 du 17 avril 2013 GRAMO
- Cass. soc. n° 13-21634 du 4 février 2015 LIGUE ATLANTIQUE DE FOOTBALL

**.B.11.4. Salarié mis à disposition dans le cadre d'une mobilité internationale intragroupe - transfert du lien de subordination vers l'établissement français qui devient son employeur de fait**

- Cass. soc. n° 74-40513 du 21 janvier 1976 TIME MAGAZINE
- Cass. soc. n° 08-44480 du 20 janvier 2010 TAKEUCHI
- Cass. soc. n° 09-69175 du 18 mai 2011 JOHN DEERE
- Cass. soc. n° 09-43181 du 26 octobre 2011 JPV
- CAA Paris n° 08-44480 du 20 janvier 2010 TURKISH AIRLINES
- Cass. soc. n° 14-26032 du 12 octobre 2016 LPG

## .C. 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 de 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 Délégation de pouvoirs non nécessaire
- Cass. crim. n° 18-81002 du 30 octobre 2018 Dirigeant de fait non caractérisé

## .D. COMPLICITE

### .D.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

### .D.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 de locaux pour exercer une activité professionnelle

## .D.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

## .D.4. 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

# .E. INTERMEDIAIRE

## .E.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

## .E.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

## .E.3. Intermédiaire pour 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

## .F. 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
- Cass. crim. n° 17-86980 du 30 octobre 2018 Travail dissimulé, avec confiscation des biens acquis par le blanchiment
- Cass. crim. n° 18-81110 du 5 décembre 2018 ENTIB Travail dissimulé, avec confiscation et remise gracieuse à l'administration du bien saisi acquis par le blanchiment
- Cass. crim. n° 18-82298 du 3 avril 2019 Travail dissimulé Blanchiment non caractérisé
- Cass. crim. n° 18-83541 du 20 novembre 2019 FATOUMA Travail dissimulé blanchiment en bande organisée

## .G. 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 dissimulé

- Cass. crim. n° 17-87508 du 5 décembre 2018 Recel de fonds provenant du travail dissimulé et utilisés pour faire des placements et acheter des biens immeubles et confiscation du produit du recel

## .H. MISE EN CAUSE DU DONNEUR D'ORDRE

## .H.1. Mise en cause pénale recours sciemment

### .H.1.1. Donneur d'ordre professionnel

- 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° 15-87590 du 87590 du 25 avril 2017 CIBETANCHE Commet sciemment le délit de recours aux services d'une personne exerçant un travail dissimulé celui qui ne vérifie pas, alors qu'il y est tenu par l'article L.8222-1 du code du travail, la régularité, au regard des articles L.8221-3 et L.8221-5 dudit code, de la situation de l'entrepreneur dont il utilise les services

- Cass. crim. n° 10-84303 du 1er 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 1er 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

#### .H.1.2. 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 vérification

- 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

## .H.2. Mise en cause solidarité financière

#### .H.2.1. Conformité

- Décision QPC n° 2015-479 du 31 juillet 2015 du Conseil constitutionnel GECOP RENAULT RETAIL GROUPE Conformité à la Constitution, sous réserve d'un recours du donneur d'ordre contre son cocontractant défaillant

- Décision QPC n° 2019-796 du 5juillet 2019 du Conseil constitutionnel AUTOLILLE Conformité à la Constitution

### .H.2.2. Organismes de protection sociale

- 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° 20 14013 du 3 juin 2021 SOCIETE ANISIENNE L'Urssaf est tenue de produire le procès verbal constatant l'infraction de travail dissimulé au cours de l'audience judiciaire si contestation de son existence ou de son contenu

- 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 POLE EUROPEEN 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° 12-40037 du 5 juillet 2012 ARCO Refus délivrance attestation de compte à jour refus transmission QPC absence de contrariété avec la Constitution

- Cass. civ. 2 n° 16-11297 du 9 février 2017 SGC. Refus justifié délivrance attestation compte à jour par l'Urssaf oui

- Cass. civ. 2 n° 17-21114 du 24 janvier 2019 MSA DE CHARENTES A peine de nullité de la procédure de recouvrement, la lettre d'observations adressée au donneur d'ordre doit détailler, année par année, le montant des cotisations et contributions sociales dues, et non pas mentionner un montant global

- 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° 17-21950 du 10 octobre 2019 SOLOGNE ET LOIRE HABITAT Le donneur d'ordre est redevable de la totalité des cotisations et contributions sociales dues par un sous-traitant qui travaille exclusivement pour lui

- Cass. civ. 2 n° 19-11645 du 13 février 2020 MAISON ET JARDIN A peine de nullité de la procédure de recouvrement, la lettre d'observations adressée au donneur d'ordre doit détailler, année par année, le montant des cotisations et contributions sociales dues, et non pas mentionner un montant global

- Cass. civ. 2 n° 19-25355 du 3 juin 2021 VERIFERME Mise en œuvre de la solidarité financière possible dans le cadre de la solidarité financière pour les cotisations

sociales concernant les salariés détachés par le sous-traitant non couverts par un certificat de détachement

### .H.2.3. Services fiscaux

- CE n°418863 du 6 juin 2018 BT ZIMAT Avis du CE validant le mécanisme de la solidarité financière, sous réserve de respecter le principe du contradictoire
- CE n° 386430 du 22 février 2017 GECOP Validation de la procédure de recouvrement engagée à l'égard du donneur d'ordre
- CAA Versailles n° 17VE03856 du 18 juin 2019 FINA Validation de la procédure de recouvrement engagée à l'égard du donneur d'ordre
- CAA Bordeaux n° 17BX02664 du 25 juillet 2019 TRANS LOC AQUITAINE Annulation de la procédure de recouvrement – notification insuffisamment détaillée pour permettre au donneur d'ordre de se défendre utilement
- CAA Versailles n° 19VE02009 du 8 juillet 2021 ALRICK Vérification incomplète effectuée par le donneur d'ordre auprès de sous-traitant – recouvrement validé
- CAA Nantes n° 19NT04286 du 9 septembre 2021 BOUYGUES TP Validation de la procédure engagée auprès du donneur d'ordre pour le paiement des dettes fiscales dues par une entreprise de travail temporaire établie à l'étranger qui lui détachaient des salariés intérimaires

### .H.2.4. Salarié

- Cass. soc. n° 18-24451 du 4 novembre 2020 BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS Bénéfice de la solidarité financière reconnu à des salariés intérimaires détachés par une entreprise de travail temporaire de droit étranger pratiquant du travail dissimulé, auprès d'une entreprise utilisatrice française
  https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/salaries-interimaires-detaches-benefice-de-la-solidarite-financiere-reconnu

### .H.2.5. Recours à une entreprise étrangère

- Cass. civ. 2 n° 19-14863 du 28 mai 2020 JAEN ET FILS Bénéfice de la solidarité financière reconnu à une caisse de MSA à l'encontre d'un exploitant viticole qui avait recouru à une société portugaise
- Cass. soc. n° 18-24451 du 4 novembre 2020 BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS Bénéfice de la solidarité financière reconnu à des salariés intérimaires détachés par une entreprise de travail temporaire de droit étranger pratiquant du travail dissimulé, auprès d'une entreprise utilisatrice française

## .I. MISE EN CAUSE 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

## .J. 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. n° 05-42551 du 19 juin 2007 ASPOCOMP oui
- Cass. soc. n° 10-22964 du 30 novembre 2011 MIC oui
- Cass. soc. n° 13-15208 du 2 juillet 2014 MOLEX AUTOMOTIVE non
- Cass. soc. n° 14-19316 du 10 décembre 2015 FAYAT non
- Cass. soc. n° 14-17834 du 31 mars 2016 SE TRANSPORTS ET SOLOGNE oui
- Cass.soc. n° 14-26541 du 6 juillet 2016 PROMA FRANCE non
- Cass.soc. n° 15- 15481 du 6 juillet 2016 CONTINENTAL non

## .K. Pénalités civiles – sanctions administratives

- Conseil constitutionnel décision QPC n° 2019-796 du 5 juillet 2019 AUTOLILLE Conformité de l'article L.133-4-5 du code de la sécurité sociale
- Conseil d'Etat n° 355617 du 12 janvier 2012 DAPHNE La fermeture préfectorale pour des faits de travail dissimulé peut être décidée sur le fondement de l'article L.3332-15 du code de la santé publique
- Conseil d'Etat n° 385569 du 11 novembre 2014 IDEAC Validation d'une fermeture administrative préfectorale pour dissimulation d'emploi salarié d'un prétendu travailleur indépendant
- Conseil d'Etat n° 406202 du 22 décembre 2016 SAPE Validation d'une suspension temporaire d'activité sur un chantier du BTP en présence d'une dissimulation d'emploi salarié résultant d'une fausse prestation de services internationale

- Conseil d'Etat n° 424480 du 16 octobre 2018 et n° 423079 du 21 août 2019 OLIVER PUB La fermeture préfectorale ne constitue pas une atteinte à la liberté d'entreprendre, du commerce et de l'industrie

- 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

- CAA Marseille n° 14MA02883 du 2 novembre 2015 AUTO ECOLE JACKY Annulation d'une décision de fermeture préfectorale pour vice de procédure

- CAA Paris n° 15PA01232 du 21 octobre 2016 Annulation d'une décision de fermeture préfectorale pour insuffisance de motivation

- CAA Lyon n° 16LY00591 du 1er mars 2018 GROUPE CROUSTI Validation d'une décision du conseil régional de refuser le versement des aides financières et d'en demander le remboursement au titre de l'apprentissage, en présence d'une décision de classement sans suite du procureur de la République

- Cass. civ.2 n° 19-20147 du 8 octobre 2020 AIMB Validation d'une annulation d'exonération de cotisations sociales dont a bénéficié un donneur d'ordre, parce qu'il recourait à une entreprise qui exerçait du travail dissimulé

## .L. DROITS DU SALARIE

### .L.1. Décision de principe

Le juge prud'homal est tenu par l'autorité de la chose jugée au pénal qui a condamné un employeur pour travail dissimulé

- Cass. soc. n° 19-19974 du 9 décembre 2020 HOLL PRIMEURS

### .L.2. Indemnité forfaitaire de six mois

Le Conseil constitutionnel a jugé conforme le paiement par l'employeur de l'indemnité forfaitaire au salarié dissimulé

- Décision QPC n° 2011-11 du 25 mars 2011 SELAMET B.

Nécessité de démonter l'élément intentionnel de la dissimulation d'emploi

- Cass. soc. n° 06-44964 du 20 février 2008 AMBULANCES LES SAULES

L'élément intentionnel est rapportée par la pratique de l'employeur de ne pas payer, malgré les demandes de la salariée, les heures de travail effectuées en sus de la quantification forfaitaire de son temps de travail

- Cass. soc n° 17-23228 du 5 juin 2019 ADREXO

Le gérant salarié d'une succursale non alimentaire visé à l'article L.7321-3 du code du travail bénéficie de l'indemnité forfaitaire équivalente à six mois de salaire

- Cass. soc. n° 15-21192 du 23 novembre 2016 SOCIETE DES GARAGES DE VENDEE

Le prétendu salarié détaché ne peut prétendre à l'indemnité forfaitaire équivalente à six mois de salaire, lorsque le versement de cette indemnité s'appuie une décision du juge condamnant son employeur pour travail dissimulé, rendue en méconnaissance du droit communautaire

- Cass. soc. n° 16-713 du 31 mars 2021 VUELING AIRLINES

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/les-effets-penalisants-de-la-jurisprudence-de-la-cjue-relative-au-certificat-de-detachement-frauduleux-la-double-peine-pour-le-pretendu-salarie-detache

Caractère forfaitaire, sans proratisation

- Cass. soc. n° 00-42969 du 9 avril 2002 Société MARIE M.

Caractère indemnitaire, non soumise à cotisations sociales

- Cass. soc. n° 06-44964 du 20 février 2008 AMBULANCES LES SAULES

Versement dû au gérant de succursale mentionné aux articles L.7321-1 et L.7321-3 du code du travail

- Cass. soc. n° 14-22631 du 14 avril 2016 TOTAL gérant d'une station-service

Cumul avec des dommages et intérêts en réparation du préjudice lié à la faute de l'employeur dans l'exécution de ses obligations contractuelles

- Cass. soc. n° 08-43124 du 14 avril 2010

Cumul avec les indemnités de toute nature auxquelles peut prétendre le salarié lors de la rupture de son contrat de travail

- Cass. soc. n° 11-23738 du 6 février 2013

Cumul avec l'indemnité de départ à la retraite

- Cass. soc. n° 11-22396 du 15 mai 2013 UNION BOIS

Cumul ave l'indemnité de licenciement

- Cass.soc. n° 12-19744 du 25 septembre 2013 DAFY MOTO

Salarié étranger dissimulé et employé sans titre de travail non éligible si le montant de la valorisation de ses droits sociaux en cette seconde qualité est supérieure au montant de l'indemnité forfaitaire équivalente à 6 mois de salaire

- Cass. soc. n° 18-24982 du 18 mars 2020 SPP

Prescription de 30 ans de l'action en paiement[728]

- Cass. soc. n° 04-42608 du 10 mai 2006 JURA TOUR

## .L.3. Droit à des dommages et intérêts

Droit à des dommages et intérêts, qui se cumulent avec l'indemnité forfaitaire de six mois

- Cass. soc. n° 08-43124 du 14 avril 2010
- Cass. soc. n° 12-13093 du 19 septembre 2013 EDITION JALOU
- Cass. soc. n° 12-22235 du 29 janvier 2014 **arrêt de principe sur la réparation du préjudice subi**

Le prétendu salarié détaché ne peut prétendre à des dommages et intérêts pour la réparation du préjudice subi du fait du non versement de ses cotisations sociales en France, lorsque l'attribution de ces dommages et intérêts s'appuie une décision du juge condamnant son employeur pour travail dissimulé, rendue en méconnaissance du droit communautaire

- Cass.soc. n° 16-713 du 31 mars 2021 VUELING AIRLINES

Le prétendu travailleur indépendant requalifié en salarié a droit à des dommages et intérêts pour perte de chance affectant le montant de sa retraite

- Cass. soc n° 19-16153 du 8 septembre 2021 FRANCE TELEVISION

## .L.4. Solidarité financière

- Cass. soc. n° 18-24451 du 4 novembre 2020 BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS

Bénéfice de la solidarité financière reconnu à des salariés intérimaires détachés par une entreprise de travail temporaire de droit étranger pratiquant du travail dissimulé, auprès d'une entreprise utilisatrice française

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/salaries-interimaires-detaches-benefice-de-la-solidarite-financiere-reconnu

## .L.5. Constitution de partie civile

Constitution de partie civile au pénal et obtention de dommages et intérêts

- Cass. crim. n° 00-81526 du 6 février 2001 MOHSEN **arrêt de principe**

[728] Sous réserve désormais de l'application des dispositions de l'article 2224 du code civil qui fixe, depuis la loi du 17 juillet 2008, à cinq ans la prescription de toute action civile en paiement.

Le salarié dissimulé peut obtenir réparation d'un double préjudice en sa qualité de partie civile : celui causé directement par la dissimulation de son emploi, tel que le non paiement de toutes ses heures de travail et celui causé par effet secondaire à la suite de la perte de son emploi, telles que la privation des allocations de chômage ou la minoration du montant de sa retraite.

- Cass. crim. n° 20-85115 du 15 juin 2021 **arrêt de principe**

Un travailleur indépendant dont le statut n'a pas été requalifié en salarié, impliquant la relaxe pour dissimulation d'emploi salarié de son donneur d'ordre, peut cependant prétendre à l'obtention de dommages et intérêts auprès de celui-ci dans le cadre de sa constitution de partie civile, compte tenu de la nature des faits objet de la poursuite pénale.

- Cass. crim. n° 17-83588 du 10 avril 2018 DOMINIQUE X **arrêt de principe**

Faux salarié détaché - Constitution de partie civile avec cumul d'une instance prud'homale oui

- Cass. crim. n°17-80774 du 12 mars 2019 BANQUE SYZ et Co Activité bancaire

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/fraude-transnationale-a-l-emploi-d-un-salarie-en-france

## .L.6. Reconstitution des droits sociaux

Dans une affaire sans relation avec la dissimulation d'emploi salarié, la démarche du salarié auprès de l'Urssaf pour reconstituer ses droits est jugée irrecevable par la Cour de cassation, celle-ci considérant que le salarié n'a pas la qualité de cotisant auprès de cet organisme ; seul l'employeur est cotisant

- Cass. civ. 2 n° 14-29125 du 17 décembre 2015

Le salarié est en droit d'obtenir des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par le non versement de ses cotisations sociales à l'Urssaf du fait de la dissimulation de son emploi par son employeur

- Cass. soc. n° 12-22235 du 29 janvier 2014
- Cass. soc. n° 14-13471 du 23 septembre 2015

Le salarié est en droit de solliciter devant le conseil de prud'hommes la régularisation de ses cotisations auprès des organismes de protection sociales (OPS), la transmission de ces informations par les OPS à la CNAV et des dommages et intérêts pour le préjudice subi

- Cass. soc. n° 17-20116 du 3 juillet 2019 VIGIE KAL

Le prétendu salarié détaché ne peut prétendre à des dommages et intérêts pour la réparation du préjudice subi du fait du non versement de ses cotisations sociales en France, et *a fortiori* de la reconstitution de ses droits en matière de protection sociale, lorsque

l'attribution de ces dommages et intérêts s'appuie une décision du juge condamnant son employeur pour travail dissimulé, rendue en méconnaissance du droit communautaire

- Cass.soc. n° 16-713 du 31 mars 2021 VUELING AIRLINES

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/les-effets-penalisants-de-la-jurisprudence-de-la-cjue-relative-au-certificat-de-detachement-frauduleux-la-double-peine-pour-le-pretendu-salarie-detache

## .M. DROITS DES ORGANISMES DE RECOUVREMENT *(en sus de la jurisprudence déjà citée supra)*

### .M.1. Arrêt de principe

- Cass civ. 2 n° 17-23331 du 29 novembre 2018 URSSAF PACA

La procédure de recouvrement des cotisations sociales engagées à la suite d'un contrôle dans le cadre de l'article L.8271-1 du code du travail pour rechercher et constater le travail dissimulé est dérogatoire au droit commun

- Cass. civ. 2 n° 18-13786 du 4 avril 2019 MEDITERRANEE EVASAN ORGANISATION

Une entreprise ne peut pas se prévaloir d'une approbation tacite de ses pratiques par l'Urssaf lors d'un contrôle antérieur

- Cass. civ. 2 n° 18-21648 du 12 mars 2020 LE PACTOLE

Une décision de relaxe pour des faits de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié s'impose à l'Urssaf qui ne peut mettre en œuvre une procédure de recouvrement de cotisations et contributions sociales

- Cass. civ. 2 n° 20-10725 du 18 mars 2021 LES DELICES DE BABYLONE

L'autorité de la chose jugée au pénal qui résulte d'une relaxe ne s'attache qu'à la qualité du fait incriminé, pas à ses conséquences, notamment pour l'existence d'une dissimulation d'heures de travail

https://www.herveguichaoua.fr/actualites/article/perimetre-du-recouvrement-des-cotisations-sociales-eludees-autorite-de-la-chose-jugee-au-penal

### .M.2. Constitution de partie civile

#### .M.2.1. Arrêt de principe organisme de recouvrement

- Cass. crim. n° 04-84056 du 5 octobre 2004 URSSAF DE PARIS

Cumul avec recouvrement de droit commun

- Cass. crim. n° 18-86992 du 7 janvier 2020 AGMS

Un organisme de recouvrement est recevable à obtenir des dommages et intérêts à l'encontre d'un donneur d'ordre qui a bénéficié d'une décision de relaxe pour recours à travail dissimulé

- Conseil constitutionnel décision QPC n° 2020-864 du 13 novembre 2020 ROUTE DESTINATION VOYAGES

Un organisme de recouvrement n'est pas tenu de transmettre à l'employeur qui fait l'objet d'un redressement pour des faits de travail dissimulé le procès-verbal constatant cette infraction et établi par un agent d'une autre administration

- Cass. crim. n° 18-86709 du 12 janvier 2021 EUVEO

Un organisme de sécurité sociale ne peut pas obtenir des dommages et intérêts en se constituant partie civile dans une affaire de travail dissimulé par non déclaration sociale concernant une fraude à l'établissement et/ou une fraude au détachement, lorsque la procédure de demande de retrait du certificat de détachement n'a pas été engagée et menée conformément au droit communautaire

**.M.2.2. Urssaf**

- Cass. crim. n° 04-84056 du 5 octobre 2004 URSSAF DE PARIS

Cumul avec recouvrement droit commun

- Cass. civ. 2 n° 11-28245 du 20 juin 2013 CL JURA

Cumul avec constitution de partie civile

**.M.2.3. MSA**

- Cass. crim. n° 90-81106 du 11 décembre 1990 MSA DE DORDOGNE

**.M.2.4. Pôle Emploi**

- Cass. crim. n° 12-83021 du 25 juin 2013 SCMA
- Cass. crim. n° 14-08548 du 25 novembre 2015

## .M.3. Assujettissement - subordination juridique

- Cass. civ. 2 n° 12-13527 du 23 mars 2013 URSSAF DU CANTAL **Arrêt de principe**

## .M.4. Prescription de l'action en recouvrement

- Cass. civ. 2 n° 18-21648 du 12 mars 2020 LE PACTOLE

Le point de départ du délai de la prescription quinquennale est la date mentionnée sur le procès-verbal constatant l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié

- Cass. civ. 2 n° 20-13991 du 8 avril 2021 SPG

La prescription quinquennale s'applique même si le procès-verbal de constat de l'infraction de travail dissimulé n'a pas été transmis au procureur de la République

## .M.5. Procédure

- Cass. civ. 2 n° 14-21490 du 9 juillet 2015 EXECUTIVE TRAVEL

Il n'est pas nécessaire d'établir l'intention frauduleuse de l'employeur

- Cass. civ. 2 n° 13-22943 du 9 octobre 2014 NORDCATH

Il n'est pas nécessaire d'établir l'intention frauduleuse de l'employeur

- Cass. civ. 2 n° 15-16110 du 7 juillet 2016 FORMACAD

La procédure contradictoire spécifique mentionnée aux articles R.133-8 et R.133-8-1 du code de la sécurité sociale ne s'applique pas lorsque le constat de travail dissimulé intervient dans le cadre d'un contrôle effectué sur le fondement de l'article L.243-7 du code de la sécurité sociale

- Cass. civ. 2 n° 17-19242 du 29 novembre 2018 URSSAF DU CANTAL

La procédure de recouvrement des cotisations et contributions sociales, engagée par un organisme de protection sociale à l'égard d'un donneur d'ordre qui recourt à un prétendu travailleur indépendant, pour les requalifier respectivement en employeur et en salarié, nécessite, à défaut de nullité, de mettre également en cause le travailleur indépendant dans cette procédure de contestation de son statut apparent

- Cass. civ. 2 n° 18-12150 du 14 février 2019 URSSAF PROVENCE ALPES COTE D'AZUR

Dans le cadre d'une procédure de recouvrement des cotisations sociales pour des faits de travail dissimulé, l'URSSAF n'est pas tenue de communiquer d'office à l'employeur le procès-verbal constatant l'infraction de travail dissimulé

- Cass. civ. 2 n° 19-17601 du 8 avril 2021 URSSAF ALSACE

Dans le cadre d'une procédure de recouvrement des cotisations sociales pour des faits de travail dissimulé, l'URSSAF est tenue de communiquer le procès-verbal constatant l'infraction de travail dissimulé au donneur d'ordre mis en cause au titre de la solidarité financière et qui en fait la demande

- Cass. civ. 2 n° 18-19847 du 19 septembre 2019 URSSAF DU VAR

Périmètre et limite du droit d'audition consentie

## .M.6. Evaluation forfaitaire des cotisations

- Cass. civ. 2 n° 12-27513 du 19 décembre 2013 YI SHENG

Pour échapper à l'évaluation forfaitaire de la rémunération servant de base au calcul des cotisations, l'employeur doit apporter la preuve non seulement de la durée réelle d'emploi du salarié dissimulé, mais encore du montant exact de la rémunération versée

- Cass. civ. 2 n° 17-26959 du 29 mai 2019 SENEQUIER SAINT TROPEZ

La preuve contraire n'est pas rapportée par l'existence d'un contrôle fiscal qui a validé la comptabilité

## .M.7. Débiteur des cotisations

- Cass. civ. 2 n° 03-30592 du 20 septembre 2005 COMPAGNONS BATISSEURS DE BRETAGNE

Faux bénévoles

- Cass. civ. 2 n° 05-20815 du 17 janvier 2007 ETABLISSEMENTS ROUSSEAU Présomption de salariat du bûcheron

## .M.8 Faux travailleur indépendant

- Cass. civ. 2 n° 15-28439 du 24 mai 2017 OMICRON

Recouvrement des cotisations et contributions sociales possible pour toute la période d'emploi subordonnée requalifée, c'est-à-dire avec effet rétroactif, et pas uniquement pour la période d'emploi postérieure à la requalification

## .M.9. Opération de marchandage et/ou de prêt illicite de main-d'œuvre

- Cass. civ. 2 n° 11-28245 du 20 juin 2013 CL JURA Transport routier de marchandises

## .M.10. Solidarité financière

- 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° 15-17556 du 26 mai 2016 G. CONSTRUCTION

La verbalisation du sous-traitant est obligatoire, même si celui-ci est mis en liquidation judiciaire

- 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 ; règles relatives à la compétence territoriale non applicables.

- 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° 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 suffisantes 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 suffisantes 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. 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 (si le cocontractant n'est pas tenu de s'immatriculer en France : CNFE Strasbourg, Urssaf des Alpes Maritimes, MSA Alsace ou Urssaf du Gard)

- 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° 12-40037 du 5 juillet 2012 ARCO

Refus délivrance attestation de compte à jour refus transmission QPC absence de contrariété avec la Constitution

- Cass. civ. 2 n° 15-20231 du 16 juin 2016 HORIZON

L'Urssaf est fondée à refuser de délivrer à une entreprise cotisante l'attestation de « compte à jour » au titre de la solidarité financière, lorsque cette entreprise ne s'est pas acquittée de la totalité de ses cotisations et contributions à leur date d'exigibilité initiale

- Cass. civ. 2 n° 16-11297 du 9 février 2017 SGC

Refus délivrance attestation compte à jour par l'Urssaf oui

- Cass. civ. 2 n° 19-17601 du 8 avril 2021 URSSAF ALSACE

Dans le cadre de la procédure administrative de recouvrement des cotisations sociales pour des faits de travail dissimulé, l'URSSAF est tenue de communiquer le procès-verbal constatant l'infraction de travail dissimulé au donneur d'ordre mis en cause au titre de la solidarité financière et qui en fait la demande

- Cass. civ. 2 n° 19-17601 du 8 avril 2021 URSSAF ALSACE

Dans le cadre d'un contentieux judiciaire relatif à la mise en œuvre de la solidarité financière, l'Urssaf est tenue de produire le procès-verbal relevé à l'encontre du sous-traitant du donneur d'ordre, lorsque celui-ci conteste l'existence de ce procès-verbal ou le contenu de celui-ci

## .M.11. Certificat de détachement d'un salarié détaché

### .M.11.1. Jurisprudence communautaire

Selon la CJUE, la validité du certificat de détachement ne peut pas être remise en cause, ni par les autorités de l'Etat d'accueil et d'emploi, ni par le juge national de cet Etat. Il appartient à l'Etat qui a délivré ce document de le retirer, si la demande lui est faite par l'Etat d'accueil et d'emploi et s'il le juge pertinent. Sinon, il reste valable et est opposable à l'Etat d'accueil et d'emploi

- CJUE arrêt C-202/97 du 10 février 2000 FITZWILLIAM
- CJUE arrêt C-2/05 du 2 janvier 2006 HERBOSCH KIERE
- CJUE arrêt C-620/15 du 27 avril 2017 A-ROSA

L'arrêt A-ROSA du 27 avril 2017 a été rendu à la suite d'une question préjudicielle posée par la Cour de cassation : Cass. Ass. Plén. n° 13-25467 du 6 novembre 2015 A-ROSA

La CJUE confirme le caractère opposable du certificat de détachement, mais reconnaît la possibilité pour l'Etat d'accueil et d'emploi d'écarter le certificat de détachement lorsque l'Etat émetteur de ce formulaire n'a pas répondu dans un délai raisonnable à sa demande de retrait ou d'invalidation pour cause de fraude à son obtention ou à son utilisation

- CJUE arrêt C-359/16 du 6 février 2018 ALTUN

La CJUE précise que les conclusions de la Commission administrative de coordination de sécurité sociale saisie d'un recours contre le refus de l'Etat émetteur du certificat de détachement de le retirer ou de l'invalider ne sont qu'un simple avis qui ne s'impose pas à cet Etat

- CJUE arrêt C-527/16 du 6 septembre 2018 ALPERIND

La CJUE confirme la jurisprudence A-Rosa et Altun relative au caractère opposable du certificat de détachement ; elle confirme la jurisprudence Altun qui reconnaît la possibilité pour l'Etat d'accueil et d'emploi d'écarter le certificat de détachement lorsque l'Etat émetteur de ce formulaire n'a pas répondu dans un délai raisonnable à sa demande de retrait ou d'invalidation pour cause de fraude à son obtention ou à son utilisation.

Elle ajoute que le juge de l'Etat d'accueil et d'emploi est tenu de s'assurer du respect de la procédure de demande de retrait ou d'invalidation du certificat de détachement, ainsi que du réexamen dans un délai raisonnable de cette demande par l'institution émettrice du formulaire.

Elle précise que l'autorité de la chose jugée ne peut s'attacher à une décision de justice rendue dans l'Etat d'accueil et d'emploi, en violation du droit communautaire, en l'espèce, sans s'assurer de l'existence d'une demande de retrait ou d'invalidation du certificat de détachement, auprès de l'institution de sécurité sociale qui l'a délivré.

- CJUE arrêt C-370/17 et C-37/18 du 2 avril 2020 VUELING

Le droit communautaire relatif à la coordination des régimes de sécurité sociale n'a pas d'incidence sur l'application de la législation du travail, et notamment sur l'obligation d'effectuer la DPAE en présence d'une fraude au détachement

- CJUE arrêt C-17/19 du 14 mai 2020 BOUYGUES TRAVAUX PBLICS ET AUTRES

**.M.11.2. Jurisprudence nationale**

**Avant la décision A-ROSA de la CJUE**

Malgré les arrêts FITZWILLIAM et HERBOSCH KIERE, la Cour de cassation considérait, dans plusieurs décisions, que le juge national français restait compétent pour apprécier si le salarié peut être réellement considéré comme un détaché et si son employeur peut faire état, en cette qualité, du certificat de détachement pour ne pas payer les cotisations sociales en France et pour ne pas être condamné pour travail dissimulé.

.- Ne peuvent pas être considérés comme des travailleurs détachés au sens de la sécurité sociale des ressortissants portugais qui ne sont pas déclarés au Portugal et qui sont envoyés en France par une entreprise portugaise qui les met à la disposition d'une entreprise française. Cette entreprise française doit payer les cotisations sociales à l'URSSAF

- Cass. soc. n° 95-18115 du 27 mars 1997 DEBEZY

- Les certificats de détachement présentés pour des salariés travaillant habituellement, et non occasionnellement, en France ne sont pas valables. Les cotisations sociales sont dues en France

- Cass. crim n° 00-86281 du 24 avril 2001 EITEL

- Les certificats de détachement délivrés à tort à des salariés qui, en raison de leur nationalité, ne peuvent pas en bénéficier, ne produisent pas d'effet en France

- Cass. civ. 2 n° 05-17302 du 17 juin 2007 CASINO RUHL

- Les certificats de détachement présentés pour des salariés intérimaires détachés par une ETT portugaise mais résidants en France, pour un emploi en France, lieu habituel de leur activité, ne sont pas valables. Les cotisations sociales doivent être versées en France

- Cass. civ. 2 n° 05-21596 du 5 avril 2007 OBJATOISE

- Des faux travailleurs indépendants établis à l'étranger n'effectuent pas une vraie prestation de services internationale en France et ne sont pas en situation de détachement

- Cass. crim. n° 09-85044 du 2 février 2010 ATM

- Les certificats de détachement délivrés à des salariés qui ne peuvent être considérés comme détachés au sens du code du travail puisqu'affectés au fonctionnement d'un établissement en France ne sont pas juridiquement recevables. L'entreprise aurait dû payer les cotisations sociales en France ; travail dissimulé par défaut de déclarations sociales

- Cass. crim. n°11-88420 du 11 mars 2014 EASY JET

- Cass. crim. n°12-81461 du 11 mars 2014 VUELING

.- Dans le cadre d'une opération de marchandage suite à une fausse PSI de transport routier de marchandises, paiement des cotisations sociales par l'entreprise utilisatrice des salariés, établie en France, nonobstant les certificats de détachement

- Cass. civ. 2 n° 11-28245 du 20 juin 2013 CL JURA

**Après la décision A-ROSA de la CJUE**

.- La Cour de cassation censure une procédure de recouvrement de cotisations sociales engagée à l'égard d'une entreprise étrangère pratiquant de la dissimulation d'emploi salarié au motif que l'Urssaf n'a pas sollicité le retrait des certificats de détachement selon la décision A-Rosa de la CJUE

- Cass. civ. 2 n° 13-25467 du 22 décembre 2017 A-ROSA

.- La Cour de cassation adresse une question préjudicielle à la CJUE relative à l'incidence d'une condamnation pour travail dissimulé d'une entreprise étrangère sur les droits sociaux d'un salarié titulaire d'un certificat de détachement qui n'a pas fait l'objet d'une procédure de retrait conforme à la décision A-Rosa de la CJUE

- Cass. soc. n° 16-16713 du 10 janvier 2018 VUELING

.- La Cour de cassation censure une décision de condamnation d'une entreprise étrangère pour travail dissimulé pour fraude à l'établissement et dissimulation d'emploi salarié au motif que la procédure de demande de retrait des certificats de détachement décrite dans la décision A-Rosa de la CJUE n'a pas été engagée

- Cass. crim. n° 11-88040 du 18 septembre 2018 RYANAIR

.- La Cour de cassation censure une condamnation d'une entreprise étrangère, ayant créé un établissement en France, pour travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié au motif que la procédure de demande de retrait des certificats de détachement décrite dans la décision A-Rosa de la CJUE n'a pas été engagée

- Cass. crim. n° 13-88632 du 18 septembre 2018 CITY JET

.- La Cour de cassation censure une procédure de recouvrement de cotisations sociales engagée à l'égard d'une entreprise étrangère à la suite d'un constat de dissimulation d'emploi salarié résultant d'une fraude à l'établissement au motif que l'Urssaf n'a pas sollicité le retrait des certificats de détachement selon la décision A-Rosa de la CJUE

- Cass. civ 2 n° 16-25995 du 9 mai 2018 KRAKBAU

.- La Cour de cassation censure une procédure de recouvrement de cotisations sociales engagée à l'égard d'un donneur d'ordre établi en France considéré comme l'employeur de fait dans le cadre d'une fausse sous-traitance internationale au motif que l'Urssaf n'a pas sollicité le retrait des certificats de détachement selon la décision A-Rosa de la CJUE

- Cass. civ. 2 n° 17-21706 du 20 décembre 2018 STJ

.- La Cour de cassation adresse une question préjudicielle à la CJUE relative à l'incidence de la décision A-Rosa sur les obligations sociales d'une entreprise étrangère condamnée pour fraude à l'établissement, telles que prévues par la législation du travail

- Cass. crim. n° 17-82553 du 8 janvier 2019 BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS ET AUTRES

.- En dépit d'une condamnation pénale pour travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié d'un donneur d'ordre établi en France requalifié en employeur de fait dans une affaire de fausse sous-traitance internationale, la Cour de cassation censure une procédure de recouvrement de cotisations sociales engagée à l'égard de cette entreprise au motif que l'Urssaf n'a pas sollicité le retrait des certificats de détachement selon la décision A-Rosa de la CJUE

- Cass. civ. 2 n° 17-20191 du 24 janvier 2019 BATIVAL

.- En référence à l'arrêt BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS ET AUTRES de la CJUE du 14 mai 2020, la Cour de cassation juge que l'obligation d'effectuer la DPAE en présence d'une fraude au détachement n'est pas affectée par le droit communautaire relatif à l'opposabilité du certificat de détachement

- Cass. crim n° 17-82553 du 12 janvier 2021 BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS ET AUTRES

**Voir également sur le certificat de détachement**

.- 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 (si le cocontractant n'est pas tenu de s'immatriculer en France : CNFE Strasbourg, Urssaf des Alpes Maritimes, MSA Alsace ou Urssaf du Gard)

- Cass. Ass. Plén. n° 14-10182 du 6 novembre 2015 CARDARELLI

.- Application de la présomption de salariat, mannequin non détaché, paiement des cotisations sociales en France

- Cour d'appel de Versailles n° 1999-21380 du 9 octobre 2001

## .N. DROITS DES CAISSES DE CONGES PAYES (ET INTEMPERIES) *en sus de la jurisprudence supra sur la dissimulation d'emploi salarié*

**Entreprise étrangère**

Obligation pour toute entreprise assujettie, y compris établie à l'étranger, d'adhérer à la caisse de congés payés (et intempéries).

- Cass. soc. n° 03-18771 du 22 février 2006 HELLEGOUARCH

C'est à l'entreprise établie dans un autre Etat de l'UE qui détache des salariés en France pour une activité de travaux publics de démontrer qu'elle dispose dans son pays d'un système de caisse de congé payé offrant des droits d'effet au moins équivalent pour ses salariés et à laquelle elle adhère et qui la dispenserait ainsi de cotiser en France. Pour être au moins équivalent, ce système doit offrir aux salariés détachés des droits et avantages identiques à ceux du système français.

- Cass. crim. n° 05-81902 du 10 mai 2006 SOCIETE MECI

## .O. DROITS DES ORGANISATIONS SYNDICALES DE SALARIES

**Constitution de partie civile**

- Cass. crim. n° 82-94092 du 15 novembre 1983 SYNDICAT CFDT CONSTRUCTION BOIS

Marchandage oui

- Cass. crim. n° 10-86829 du 6 décembre 2011 SYNDICAT CFDT CONSTRUCTION BOIS

Travail dissimulé oui

- Cass. crim. n° 15-86985 du 28 mars 2017 WLC'S 5th AVENUE

Travail dissimulé oui

## .P. DROITS DES ORGANISATIONS PROFESSIONNELLES

**Constitution de partie civile**

- Cass. Ass. Plén. n° 91-12621 du 7 mai 1993 SYNDICAT DE LA NOUVEAUTE oui

## .Q. DROITS DES ENTREPRISES ET AUTRES OPERATEURS ECONOMIQUES

- Cass. crim. n° 97-81754 du 17 novembre 1998 GARAGE ZANKER

Citation directe et constitution de partie civile oui

- Cass. crim. n° 05-85672 du 17 octobre 2006 GIE TRPA

Constitution de partie civile, sous réserve préjudice direct ; constitution irrecevable si préjudice indirect

- 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

- Décision QPC n° 2015-479 du 31 juillet 2015 du Conseil Constitutionnel

GECOP RENAULT RETAIL GROUPE  Conformité à la Constitution du mécanisme de la solidarité financière, sous réserve d’un recours possible du donneur d’ordre contre son cocontractant

# ANNEXES

**Liste des centres de formalités des entreprises p.369**

**Tableaux des vérifications relatives à la solidarité financière p.371**

**Droits du salarié dissimulé p.385**

**9 propositions pour améliorer le dispositif juridique de lutte contre le travail dissimulé p.393**

# Liste des centres de formalités des entreprises (CFE) compétents selon la nature de l'activité professionnelle exercée

**Chambre de commerce et d'industrie (CCI)**

**.-** pour une entreprise commerciale (sauf en cas d'inscription obligatoire au répertoire des métiers)

**Chambre des métiers et de l'artisanat (CMA)**

**.-** pour une entreprise artisanale ou entreprise commerciale qui doit s'inscrire au répertoire des métiers (y compris les artisans bateliers)

**Greffe du tribunal de commerce ou du tribunal judiciaire statuant commercialement**

**.-** pour une société civile ou non commerciale (société d'exercice libéral...),

.- pour un établissement public industriel et commercial (Epic) ou Régie,

.- pour un agent commercial,

.- pour un groupement d'intérêt économique (GIE) ou un groupement européen d'intérêt économique (GEIE).

**Greffe du tribunal de commerce ou du tribunal judiciaire statuant commercialement hors DOM ; Service des Impôts aux entreprises dans les DOM**

.- pour des professionnels exerçant en groupements, avec ou sans personnalité morale (sociétés en participation, indivisions, associations non employeuses mais assujetties à des obligations fiscales, fiducies),

**.-** pour des loueurs en meublé individuels et non professionnels, non inscrits au registre du commerce et des sociétés (RCS),

**.**- pour des loueurs individuels de biens meubles non inscrits au RCS (loueurs de wagons, loueurs de fonds),

**.**- pour des quirataires de navires.

**Chambre d'agriculture**

**.-** pour une entreprise ou entrepreneur individuel exerçant à titre principal une activité agricole.

**Urssaf ou caisse générale de sécurité sociale (CGSS)**

.- pour une profession libérale,

.- pour une entreprise employant du personnel dont l'immatriculation ne relève pas d'un autre CFE (administration, collectivité locale, syndicat, comité d'entreprise, association),

.- pour un artiste auteur exerçant à titre indépendant une activité de création d'œuvres littéraires et dramatiques, musicales et chorégraphiques, audiovisuelles et cinématographiques, photographiques, graphiques et plastiques,

.- pour un vendeur à domicile, exerçant son activité de manière indépendante, non inscrit au RCS ou au registre spécial des agents commerciaux.

**Service des impôts aux entreprises**

.- pour une entreprise ou organisme ne relevant pas d'un autre CFE et n'ayant pas d'obligations autres que statistiques et fiscales (et n'employant pas de personnels).

**Chambre de la batellerie artisanale**

.- pour une entreprise de transport de marchandises par voie d'eau ou société coopérative de transport fluvial.

# ANNEXES RELATIVES A LA SOLIDARITE FINANCIERE

# POUR RECOURS AU TRAVAIL DISSIMULE

**.1. Tableaux relatifs à la solidarité financière directe du donneur d'ordre p.374**

**.2. Tableaux relatifs à la solidarité financière du maître d'ouvrage et du donneur d'ordre sur signalement d'un agent de contrôle habilité p.380**

## .1. Tableaux relatifs à la solidarité financière directe du donneur d'ordre

**ANNEXE 1-1. Recours au travail dissimulé**

**Périmètre et bénéficiaires de la solidarité financière directe du donneur d'ordre**

**Article L.8222-2 du code du travail**

| **Sommes couvertes** | **Créanciers bénéficiaires** |
|---|---|
| Impôts, taxes, pénalités et majorations dus au Trésor public | DGFIP services fiscaux<br><br>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…<br><br>Caisse de retraite complémentaire<br><br>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<br><br>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<br><br>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 1-2. Recours au travail dissimulé Solidarité financière directe du donneur d'ordre (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)** |
|---|---|---|
| **Dans tous les cas:**<br><br>**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 | attestation datant de moins de 6 mois<br><br>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 | |
| **2)-Si obligation d'immatriculation au RCS ou au RM ou si profession règlementée:**<br><br>**soit** extrait K ou K bis du RCS<br><br>**soit** carte d'identification justifiant de l'inscription au RM<br><br>**soit** devis, document publicitaire ou correspondance professionnelle*<br><br>**soit** récépissé du CFE pour l'entreprise cocontractante en cours de création | en cours de validité<br><br>comportant des mentions obligatoires* | L'un ou l'autre de ces 4 documents<br><br>Ce 2ème 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 |

***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.

**ANNEXE 1-3. Recours au travail dissimulé Solidarité financière directe du donneur d'ordre (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** |
|---|---|---|
| **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 | attestation datant de moins de 6 mois<br><br>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. | |
| **2)-Si obligation d'immatriculation au RCS ou au RM ou si profession règlementée:**<br><br>**soit** extrait K ou K bis du RCS<br><br>**soit** carte d'identification justifiant de l'inscription au RM<br><br>**soit** devis, document publicitaire ou correspondance professionnelle*<br><br>**soit** récépissé du CFE pour l'entreprise cocontractante en cours de création | en cours de validité<br><br>comportant des mentions obligatoires* | Le particulier qui contracte pour son usage personnel ou familial se fait remettre l'un de ces 5 documents |

***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.

**ANNEXE 1-4. Recours au travail dissimulé Solidarité financière directe du donneur d'ordre (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)** |
|---|---|---|
| **Dans tous les cas :**<br>**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 | le numéro individuel est attribué par les services fiscaux français | Remise obligatoire de ces 2 documents au donneur d'ordre |
| **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)<br>- 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 | le certificat de détachement est délivré par l'institution de sécurité sociale de l'Etat d'origine | Les documents mentionnés en **2)** ne datent pas nécessairement de moins de 6 mois |
| **-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. | guichet unique :<br>CFNE Strasbourg, Urssaf Alpes Maritimes, Urssaf du Gard ou MSA Alsace | Le donneur d'ordre vérifie l'authenticité de l'attestation de fourniture et de paiement auprès de l'organisme français qui l'a délivrée |
| **3)-si obligation d'immatriculation à un registre professionnel dans l'Etat de domiciliation:**<br>● **soit** document émanant des autorités tenant le registre professionnel ou document équivalent certifiant l'inscription | en cours de validité | Ce 3ème document remis au donneur d'ordre s'ajoute le cas échéant au 2 précédents, si immatriculation du cocontractant obligatoire dans son Etat de domiciliation |
| ● **soit** devis, document publicitaire ou professionnel* | comportant des mentions obligatoires* | |
| ● **soit** document émanant de l'autorité habilitée à recevoir l'inscription au registre professionnel et attestant de la demande d'immatriculation | datant de moins de 6 mois | Uniquement pour l'entreprise étrangère en cours de création |

***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.

**ANNNEXE 1-5. Recours au travail dissimulé Solidarité financière directe du donneur d'ordre (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** |
|---|---|---|
| **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 | le numéro individuel est attribué par les services fiscaux français | |
| **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)<br>- 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 | le certificat de détachement est délivré par l'institution de sécurité sociale de l'Etat d'origine | Le particulier donneur d'ordre se fait remettre l'un de ces 3 documents<br>Les documents mentionnés en **2)** ne datent pas nécessairement de moins de 6 mois |
| **-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. | guichet unique : CNFE Strasbourg, Urssaf Alpes Maritimes, Urssaf du Gard ou MSA Alsace | 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 |
| **3) Si obligation d'immatriculation à un registre professionnel dans le pays de domiciliation:**<br>● **soit** document émanant des autorités tenant le registre professionnel ou document équivalent certifiant l'inscription | en cours de validité | |
| ● **soit** devis, document publicitaire ou professionnel | comportant des mentions obligatoires* | |
| ● **soit** document émanant de l'autorité habilitée à recevoir l'inscription au registre professionnel et attestant de la demande d'immatriculation | datant de moins de 6 mois | Uniquement pour l'entreprise étrangère en cours de création |

***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.

## 12. Tableaux relatifs à la solidarité financière du maître d'ouvrage et du donneur d'ordre public sur signalement d'un agent de contrôle habilité

**ANNEXE 2-1. Recours indirect au travail dissimulé Maître d'ouvrage (MO)**

**Périmètre et bénéficiaires de la solidarité financière du maître d'ouvrage 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<br><br>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…<br><br>Caisse de retraite complémentaire<br><br>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<br><br>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<br><br>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 2-2. Recours indirect au 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<br><br>Entreprise cocontractante établie en France ou à l'étranger<br><br>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 | **I**njonction par lettre recommandée avec accusé dé 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 1-2., 1-4. et 2-3.).

**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 2-3. Recours direct au 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<br><br>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 | **I**njonction par lettre recommandée avec accusé dé 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 celles de l'article L.8222-1 et de l'article L.8222-5 du code du travail (voir supra annexes 1-2., 1-4. et 2-2.).

**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).**

# TABLEAUX DES DROITS DU SALARIE VICTIME DU TRAVAIL DISSIMULE[729]

[729] Si le salarié dissimulé est également un salarié étranger employé sans titre de travail, voir le « Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi illégal du salarié étranger sans titre de travail 1ère édition Octobre 2017, du même auteur.

## Tableau des droits du salarié dissimulé

**Procédure applicable si rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur**

| **Respect de la procédure de licenciement** | |
|---|---|
| Respect de la procédure de licenciement de droit commun | Oui, dans son intégralité |
| Respect de la procédure de licenciement, si victime d'un accident du travail | Oui, dans son intégralité |

## Tableau des droits du salarié dissimulé

**Droits pécuniaires**

**Dans tous les cas, quelles que soient les modalités de la rupture du contrat de travail**

| | |
|---|---|
| Paiement du salaire de base (effectif, conventionnel ou, à défaut, smic) | Oui |
| Paiement des heures complémentaires | Oui |
| Paiement des heures supplémentaires | Oui |
| Paiement des jours fériés | Oui |
| Complément employeur si arrêt de travail | Oui |
| Repos compensateur | Oui, y compris sous forme d'indemnité compensatrice |
| Préavis | Oui, y compris sous forme d'indemnité compensatrice |
| Congés payés | Oui, y compris sous forme d'indemnité compensatrice |
| Indemnité forfaitaire équivalente à 6 mois de salaire | .-Oui, si preuve du caractère intentionnel de la dissimulation de son emploi<br>.- ne cumule pas avec les indemnités de rupture forfaitaires dues au salarié étranger sans titre de travail |
| Dommages et intérêts pour non respect du repos compensateur | Oui |
| Dommages et intérêts en raison de la situation de précarité liée à l'emploi dissimulé | Oui ; se cumulent avec l'indemnité forfaitaire équivalente à 6 mois de salaire |
| Demande auprès du conseil de prud'hommes de régularisation du versement de ses cotisations aux organismes de protection sociale | Oui |
| Demande auprès du conseil de prud'hommes d'obtenir la transmission par l'Urssaf des informations relatives à ses droits ouverts à la CNAV | Oui |
| Dommages et intérêts en raison du non versement de ses cotisations sociales et d'un manque à gagner pour sa retraite | Oui ; se cumule avec les autres dommages et intérêts |

# Tableau des droits du salarié dissimulé

**Droits pécuniaires**

**Si la rupture du contrat de travail est du fait de l'employeur ou si le salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail du fait des manquements graves de l'employeur**

| | |
|---|---|
| **I. Rupture de droit commun** | |
| Indemnité compensatrice de préavis | Oui |
| Indemnité de licenciement (légale ou conventionnelle) | Oui ; se cumule avec l'indemnité forfaitaire équivalente à 6 mois de salaire |
| Dommages et intérêts pour non respect de la procédure de licenciement | Oui |
| Dommages et intérêts pour licenciement abusif (selon ancienneté) | Oui |
| Dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (selon ancienneté) | Oui |
| **II. Rupture pendant l'arrêt de travail consécutif à un accident du travail** | |
| Licenciement nul | Oui, avec toutes les conséquences de droit |

## Tableau des droits du salarié dissimulé

**Remise des documents sociaux et autres formalités obligatoires par l'employeur**

| **I. Dans tous les cas** | |
|---|---|
| Bulletin de paie | Oui |
| Certificat de travail | Oui |
| Attestation employeur Pôle Emploi | Oui |
| Déclaration de l'accident du travail à la sécurité sociale | Oui[730] |
| **II. Si rupture du contrat de travail du fait de l'employeur** | |
| Lettre de convocation à un entretien préalable | Oui |
| Lettre de licenciement | Oui |

[730] Sauf si le salarié dissimulé est un salarié détaché cf article L.1262-4-4 du code du travail. Voir le »Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » p.62 5ème édition Juin 2021, du même auteur.

# Tableau des droits du salarié dissimulé

**Paiement de sa rémunération et de ses indemnités**

**Recours contre le donneur d'ordre articles L.8222-1 et L.8222-2 et article L.8222-6 du code du travail**

| | | |
|---|---|---|
| **Recours contre le donneur d'ordre** | Après sa condamnation pénale | Oui, de plein droit |
| **Recours contre le donneur d'ordre** | Sans condamnation pénale | Oui, mais sous 3 conditions:<br>. contrat commercial égal ou supérieur à 5000 euros<br>. verbalisation de son employeur par un agent habilité<br>. absence de vérification de la situation de son employeur |
| **Recours spécifique contre le donneur d'ordre public (DOP)** | Sans condamnation pénale | Oui, mais sous 3 conditions :<br>. contrôle d'un agent habilité<br>. information du DOP par l'agent habilité<br>. absence d'injonction du DOP<br>. ou absence d'information par le DOP de l'agent habilité sur les suites données à son injonction |

**Recours contre le maître d'ouvrage article L.8222-5 du code du travail**

| | | |
|---|---|---|
| **Recours contre le maître d'ouvrage** | Après sa condamnation pénale | Oui, de plein droit |
| **Recours contre le maître d'ouvrage** | Sans condamnation pénale | Oui, mais sous 3 conditions :<br>. contrôle d'un agent habilité<br>. information du maître d'ouvrage par l'agent habilité<br>. absence de régularisation immédiate de la situation de travail dissimulé |

# 9 PROPOSITIONS POUR AMELIORER LE DISPOSITIF JURIDIQUE DE LUTTE CONTRE LE TRAVAIL DISSIMULE

## 9 propositions pour améliorer le dispositif juridique de lutte contre le travail dissimulé

## .A) Supprimer l'incrimination de travail dissimulé spécifique à l'entreprise étrangère

**.1).** L'article 99 de la loi Avenir professionnel du 5 septembre 2018[731] a complété l'article L.8221-3 du code du travail par un 3° introduisant dans cette disposition un troisième cas d'incrimination de dissimulation d'activité économique, spécifique à une entreprise étrangère intervenant sur le territoire français et ainsi libellé in extenso :

« *Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'activité, l'exercice à but lucratif d'une activité de production, de transformation, de réparation ou de prestation de services ou l'accomplissement d'actes de commerce par toute personne qui, se soustrayant intentionnellement à ses obligations s'est prévalue des dispositions applicables au détachement de salariés lorsque l'employeur de ces derniers exerce dans l'Etat sur le territoire duquel il est établi des activités relevant uniquement de la gestion interne ou administrative, ou lorsque son activité est réalisée sur le territoire national de façon habituelle, stable et continue* ».

Cet ajout était inutile ; il est mal rédigé et crée de la perplexité et l'insécurité juridique :

.- il est inutile car les comportements décrits dans cet ajout étaient déjà considérés depuis fort longtemps par le juge comme du travail dissimulé, sans la moindre hésitation possible ;

.- il est mal rédigé car les termes « toute personne » et « l'employeur » semblent désigner deux interlocuteurs différents, alors qu'il s'agit du même sujet,

.- il est mal rédigé car cet ajout vise également de la dissimulation d'emploi salarié dans un article du code du travail qui ne concerne que la dissimulation d'activité économique,

.- il est mal rédigé et rend perplexe car il ne vise aucun manquement à la législation française ; la question se pose donc de savoir si une citation à comparaître peut se limiter à ne mentionner que le 3° de l'article L.8221-3 du code du travail ou mentionner en sus les 1° et/ou 2° de cet article et/ou les trois cas d'incriminations de l'article L.8221-5 du code du travail relatif à la dissimulation d'emploi salarié. Si la citation doit également mentionner ces autres incriminations, l'ajout de l'article 99 de la loi Avenir professionnel est donc inutile.

. –il rend perplexe car la question se pose de savoir si une entreprise étrangère peut désormais être condamnée sur le fondement du 1° et du 2° de l'article L.8221-3 et/ou sur le fondement de l'article L.8221-5 du code du travail, puisque l'article 99 de la loi Avenir professionnel a créé une incrimination spécifique la concernant. Au nom de l'efficacité de la lutte contre le travail illégal et le dumping social, les poursuites devront impérativement continuer à se faire sur le fondement du 1° et du 2° de l'article L.8221-3 et de l'article L.8221-5 du code du travail, sinon les victimes de ces pratiques, le salarié et les organismes

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

de protection sociale, ne pourront plus se constituer partie civile dans les procédures pénales ou se fonder sur des condamnations constatant la violation directe d'obligations sociales leur portant préjudice ou la violation directe de leurs droits.

.- il est source d'insécurité juridique car il peut signifier que les procédures dirigées contre des entreprises étrangères, et leurs donneurs d'ordre, avant la loi Avenir professionnel n'avaient pas de fondement juridique.

**.2)** Dans un souci de lisibilité et de compréhension des différentes incriminations mentionnées aux articles L.8221-3 et L.8221-5 du code du travail et dans un souci de sécurité juridique des procédures en cours, la sagesse invite à supprimer le 3° de l'article L.8221-3 du code du travail.

## .B) Propositions relatives aux droits du salarié

### .1). Lever le secret professionnel en faveur du salarié victime du travail dissimulé et de l'organisation syndicale intervenante

Depuis 1991, des lois successives ont mis en place des mécanismes qui permettent au salarié de s'adresser au donneur d'ordre de son employeur, voire au maître d'ouvrage, pour lui demander de lui payer, sous certaines conditions, les sommes qui lui sont dues par cet employeur.

Ces dispositifs ont vocation à s'appliquer au salarié dissimulé, au salarié étranger employé sans titre de travail et au salarié détaché.

Ces dispositifs sont restés lettre morte, malgré leur pertinence et leur grand intérêt.

En effet, lorsque les conditions fixées par le code du travail sont objectivement réunies pour utiliser ces mécanismes et s'adresser au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage, le salarié n'en a jamais connaissance, car elles relèvent soit de la confidentialité des relations commerciales entre l'employeur et le donneur d'ordre, soit elles sont couvertes par le secret professionnel auquel est astreint l'agent de contrôle qui les a constatées.

La loi doit être complétée pour permettre au salarié dissimulé, ainsi qu'à l'organisation syndicale intervenante, d'obtenir de la part de l'agent de contrôle les informations et les documents nécessaires à la mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage. De surcroît, les sommes récupérées par le salarié auprès du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage seront soumises à cotisation sociale.

### .2). Etendre la saisine judiciaire d'initiative des organisations syndicales

Le code du travail contient trois dispositions permettant aux organisations syndicales de saisir d'initiative le conseil des prud'hommes pour faire valoir les droits du salarié dissimulé, du salarié étranger employé sans titre de travail et du salarié détaché.

Cette compétence reconnue aux organisations syndicales justifie d'être étendue à la saisine du TASS[732] pour les affaires relatives aux accidents du travail et aux maladies professionnelles dont sont victimes ces salariés. Il s'agit de la même logique de valorisation des droits sociaux de salariés vulnérables ou à statut précaire.

**.3). Supprimer l'obligation d'établir un procès-verbal pour mettre en œuvre la solidarité financière du donneur d'ordre dans les affaires de travail dissimulé**

Lors du vote de la loi du 31 décembre 1991 qui a créé la solidarité financière, le législateur avait fait le choix judicieux et justifié 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, notamment le salarié dissimulé, pouvait agir librement contre le donneur d'ordre, sans être lié et contraint par l'engagement préalable d'une action pénale, dès lors que les conditions de la solidarité financière prévues par la loi du 31 décembre 1991 étaient réunies.

L'article 71 de la loi du 13 août 2004 a modifié de façon radicale cette logique, en interdisant toute action des créanciers tant qu'un procès-verbal d'un agent de contrôle n'est pas établi. On ignore la motivation de ce revirement, alors que ce mécanisme civil fonctionnait avec satisfaction et sans contestation juridique. Rien ne justifie en droit la nécessité d'un procès-verbal pour mettre eu œuvre une procédure civile de recouvrement de cotisations sociales.

Outre la confusion juridique créée par cette modification législative, l'exigence d'un procès-verbal paralyse depuis 2004 l'action du salarié dissimulé, qui ne peut plus agir au civil pour la défense de leurs intérêts tant qu'un contrôle des services de l'Etat n'a pas été effectué et qu'il a donné lieu à l'établissement d'un procès-verbal. L'action du salarié dissimulé contre le donneur d'ordre dans le cadre de la solidarité financière est de fait totalement neutralisée, puisqu'il ne peut plus agir d'initiative contre ce donneur d'ordre, contrairement à ce que permettait la loi entre 1991 et 2004.

La mise en œuvre de la solidarité financière par le salarié dissimulé doit rester une procédure purement civile, et non pas une procédure hybride, et sans doute exorbitante du droit commun, conditionnée par un acte préalable d'un agent de contrôle de l'Etat. 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

[732] Depuis le 1er janvier 2019, le TASS est remplacé par le pôle social du tribunal de grande instance, puis au 1er janvier 2020 par le pôle social du tribunal judiciaire.

infractions de travail dissimulé et de recours à travail dissimulé. Cette condition n'existe pas pour la mise en œuvre de la solidarité financière du donneur d'ordre lors de l'emploi d'un salarié étranger démuni de titre de travail, qui est restée calée sur l'architecture originelle de la loi du 31 décembre 1991.

## .C) Propositions relatives aux droits des organismes de protection sociale

### .1). Introduire dans le code de la sécurité sociale et le code rural une disposition rendant possible une action récursoire de la CPAM et de la caisse de MSA[733] contre le donneur d'ordre qui recourt à l'employeur d'un salarié dissimulé, victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle

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 a recouru à l'employeur d'un salarié dissimulé, 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.

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 du code du travail.

### .2). Supprimer l'obligation d'établir un procès-verbal pour mettre en œuvre la solidarité financière en matière de travail dissimulé

Voir supra la proposition **.A.3**) relative à la mise en œuvre de la solidarité financière par le salarié dissimulé, en application de l'article L.8222-2 du code du travail.

## .D) Propositions relatives aux droits des caisses de congés payés (et intempéries)

### .1). Etendre le périmètre de la solidarité financière au paiement des cotisations dues aux caisses de congés payés (et intempéries)

Les caisses de congés payés (et intempéries) ne sont pas des organismes de protection sociale. Cependant, elles interviennent pour collecter des cotisations qui sont dues par les

[733] Et tous autres organismes de protection sociale prestataires AT/MP.

entreprises françaises ou étrangères, dans des secteurs très sensibles au travail dissimulé : le bâtiment, les travaux publics et les spectacles vivants et enregistrés.

Le taux de cotisation est de 21,42 % de la masse salariale pour les secteurs BTP et de 14,70% pour le secteur des spectacles. Les caisses du BTP perçoivent également les cotisations intempéries. Ces pourcentages de la masse salariale ne sont pas anodins.

Le fait pour les entreprises assujetties de ne pas payer les cotisations aux caisses de congés payés (et intempéries) ne constitue pas juridiquement du travail dissimulé, mais en est une conséquence directe et systématique. Il s'agit d'une pratique indiscutable de dumping social et de concurrence déloyale marqués.

S'agissant plus particulièrement 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 obligatoire le paiement de ces cotisations en France par ces entreprises; les cas d'exonérations sont exceptionnels. Or ces cotisations sont très rarement versées et les actions en recouvrement engagées par les caisses de congés payés (et inempéries) à l'encontre des entreprises étrangères sont marginales, d'autant que les caisses n'ont pas connaissance de l'intervention des entreprises étrangères sur le territoire français.

Depuis 1986, ce sont donc également des centaines de millions d'euros qui n'ont pas été versés aux caisses de congés payés (et intempéries) par les entreprises étrangères qui interviennent sur le territoire français[734]. Et ce n'est pas la création de la carte d'identification professionnelle dans le BTP qui permettra de récupérer les cotisations dont le paiement est quasi systématiquement éludé par ces entreprises.

Pour obtenir un meilleur recouvrement des cotisations dues aux caisses de congés payés (et intempéries) par les entreprises françaises ou étrangères qui pratiquent du travail dissimulé, l'extension du mécanisme de solidarité financière doit être accordée à ces organismes, ce qui leur permettra de récupérer les cotisations éludées auprès du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage.

En effet, faute d'avoir la qualité d'organisme de protection sociale, les caisses de congés payés (intempéries) sont actuellement privées du mécanisme de la solidarité financière.

Dans la logique de lutte contre la fraude économique et financière qu'est le travail dissimulé, il n'est pas compréhensible de persister à priver de la solidarité financière les caisses de payés (et intempéries), alors que des sommes aussi considérables échappent à leur collecte.

### .2). Etendre la levée du secret professionnel

L'alinéa 2 de l'article L.8271-5 du code du travail autorise, de façon ponctuelle et limitée, la levée du secret professionnel entre les agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé et les caisses de congés payés (et intempéries).

[734] Il serait instructif de demander aux caisses de congés payés, sur ces 5 dernières années, le nombre d'entreprises étrangères qui ont adhérer et le montant des cotisations versé.

L'encadrement de la levée du secret professionnel prévu cette disposition du code du travail ne permet aux caisses de congés payés (et intempéries) de récupérer toutes les informations et documents nécessaires au recouvrement des cotisations.

Une rédaction plus ouverte de la levée du secret professionnel aurait pour effet de transmettre davantage d'informations aux caisses de congés payés (et intempéries).

**.3). Permettre aux caisses de congés payés (et intempéries) de consulter la base nationale CIRSO pour les DPAE**

Les caisses de congés payés (et intempéries) ne sont pas autorisées à consulter la base nationale CIRSO qui recensent les déclarations préalables à l'embauche dont l'utilité pour lutter contre l'emploi dissimulé n'est plus à démontrer. La dissimulation d'emploi salarié prive ces organismes des cotisations qui leur sont dues. La consultation de la base CIRSO est un outil utile complémentaire pour récupérer ces cotisations, d'autant que la base nationale qui recense les demandes de carte s d'identification professionnelle ne concerne que le secteur du BTP.