

DIRECTION DE LA POPULATION
ET DES MIGRATIONS

PARIS, le **22 AVR. 1988**
1, Place de Fontenoy
75700 PARIS

MISSION CENTRALE D'APPUI
DES SERVICES EXTERIEURS DU
TRAVAIL ET DE L'EMPLOI

TEL. : 40.56.60.00

MISSION DE LIAISON
INTERMINISTERIELLE POUR LA
LUTTE CONTRE LES TRAFICS
DE MAIN D'OEUVRE

LE MINISTRE DES AFFAIRES SOCIALES
ET DE L'EMPLOI

236

à

- MADAME ET MESSIEURS LES PREFETS,
 - Direction régionale du travail et de l'emploi.
 - Direction de la réglementation.
 - Direction départementale du travail et de l'emploi.
- MONSIEUR LE PREFET DE POLICE DE PARIS
- MESSIEURS LES PREFETS, délégués pour la police.

OBJET : Emploi de main d'oeuvre étrangère par des entreprises étrangères effectuant des prestations de services sur le territoire français
P.J. : Un dossier - Trois annexes.

Une forme particulière d'emploi irrégulier de main d'oeuvre étrangère s'est développée depuis que l'Espagne et le Portugal ont adhéré, le 1er janvier 1986, à la Communauté économique européenne. Il s'agit généralement, d'entreprises qui effectuent des prestations de services sur le territoire français et qui emploient des salariés espagnols ou portugais non autorisés à travailler en France.

Les règles applicables à de telles situations étant souvent complexes, il est apparu indispensable d'apporter aux services extérieurs du travail et de l'emploi et, plus particulièrement, aux inspecteurs et contrôleurs du travail, un instrument de travail contenant les informations juridiques nécessaires ainsi que des orientations sur la conduite à tenir en présence des diverses irrégularités rencontrées.


Tel est l'objet du dossier joint à la présente lettre et qui concerne les conditions d'emploi sur le territoire français de salariés espagnols ou portugais par des entreprises prestataires de services.

.../...

L'étude présentée en annexe 1, a trait d'une façon générale à l'exercice d'une activité professionnelle en France par une personne physique ou morale étrangère y occupant des salariés.

En annexes 2 et 3 ont été jointes pour information deux notes de la Direction de la Population et des Migrations à la Préfecture des Hauts-de-Seine, en réponse aux questions posées par ce service sur les situations de fait auxquelles il était confronté.

Pour le Ministre des Affaires
Sociales et de l'Emploi
et par délégation
Le Directeur de la Population
et des Migrations,



Gérard MOREAU

Le Chef de la Mission Centrale d'Appui des
services extérieurs du travail et de l'emploi,



Claude CHETOUTI

Le Chef de la Mission de Liaison
Interministérielle pour la Lutte contre
les Trafics de Main-d'Oeuvre



Gervaise HUE

REPUBLIQUE FRANCAISE

MINISTERE DES AFFAIRES SOCIALES
ET DE L'EMPLOI

Paris, le
1, Place Fontenoy
75700 PARIS
Tel. : 40.56.60.00

MISSION DE LIAISON INTERMINISTERIELLE
POUR LA LUTTE CONTRE LES TRAFICS DE
MAIN-D'OEUVRE

DIRECTION DE LA POPULATION
ET DES MIGRATIONS

MISSION CENTRALE D'APPUI
DES SERVICES EXTERIEURS DU TRAVAIL
ET DE L'EMPLOI

L'APPLICATION COMBINEE DU DROIT INTERNE
DU DROIT COMMUNAUTAIRE ET DU DROIT INTERNATIONAL
AUX ENTREPRISES ETRANGERES EN FRANCE
OCCUPANT DU PERSONNEL SALARIE

EMPLOI DE SALARIES ESPAGNOLS ET PORTUGAIS
PENDANT LA PERIODE TRANSITOIRE PAR DES ENTREPRISES PRESTATAIRES
DE SERVICE D'UN ETAT MEMBRE DE LA COMMUNAUTE EUROPEENNE

I - ANALYSE JURIDIQUE

Depuis 1986, diverses entreprises portugaises sont intervenues en sous-traitance sur des chantiers du BTP en France, avec leurs propres salariés recrutés au Portugal. Pour tenter de justifier l'emploi sans autorisation préalable de ces salariés portugais, ces sociétés invoquent les dispositions du droit communautaire (C.E.E.) relatives à la libre prestation de service, dont elles estiment justifiées l'application tant au prestataire lui-même qu'à ses salariés.

Face à de telles affirmations de ces entreprises et de leurs conseils, le Ministère des Affaires Sociales et de l'Emploi entend rappeler fermement l'état du droit en la matière et faire en sorte que les fraudeurs soient poursuivis en conséquence.

La liberté de circulation des travailleurs salariés doit être nettement distinguée de la liberté de prestations de services.

1° - Liberté des prestations de service

Dans l'acte d'adhésion de la République du Portugal à la C.E.E (Traité du 12 juin 1985 - Entrée en vigueur 01/01/86 - J.O. C.E.E. - L.302 du 15/11/85), les dispositions concernant la libre prestation de service (art. 59 et 60 du Traité de Rome) sont d'application immédiate, mais il est clairement fait état des dispositions transitoires dans un certain nombre de secteurs, dont celui de la circulation des travailleurs salariés (voir ci-après).

L'article 60 du traité dispose que le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer à titre temporaire son activité dans le pays où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants. Il y a prestation de service au sens du droit communautaire si, donc, l'entreprise existe préalablement hors du pays où elle effectue cette prestation. Cet article prévoit que "sont considérés comme services, les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où ces prestations ne sont pas régies par des dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes" - L'exercice d'une activité salariée étant régie par des dispositions communautaires spécifiques, elle ne peut donc être assimilée à une prestation de services au sens de cet article - Du reste, la directive du Conseil 64/224 C.E.E. du 25.02.1964 concernant la réalisation de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services pour les activités d'intermédiaires du commerce, de l'industrie et de l'artisanat (directive qui avait été prise en application

du programme général de suppression des restrictions à la libre prestation de services) précisait dans l'un de ses considérants, que "le régime applicable aux travailleurs salariés accompagnant le prestataire de services ou agissant pour le compte de ce dernier est réglé par les dispositions prises en application des articles 48 et 49 du texte" - Ce considérant éclaire donc de façon significative la définition de "prestataire de services".

L'argumentation développée par les entreprises portugaises concernées s'appuie sur l'idée que les salariés sont collectivement des prestataires de services et que l'obligation qui leur est faite de détenir une autorisation de travail est un obstacle à la libre prestation de services reconnue par le Traité d'adhésion. La prise en compte d'une telle argumentation conduirait à vider partiellement de son contenu la période transitoire pour la réalisation de la libre circulation des travailleurs salariés qui n'a été définie qu'après de longues négociations avec l'Espagne et le Portugal. En réalité, les ressortissants portugais bénéficient des dispositions de la Directive du 21 mai 1973 (qui remplace celle précitée du 25 février 1964) en matière de prestation de services, à la condition que la prestation effectuée entre bien dans la définition de l'article 60 du Traité. Or celui-ci dispose clairement que la suppression des restrictions à la libre prestation a été réalisée sous réserve des dispositions communautaires en matière de libre circulation des personnes et notamment des travailleurs salariés.

En effet, la prestation de services désigne toute activité économique, donnant lieu à un "contrat d'entreprise", qui se caractérise par une spécificité de la tâche confiée et une autonomie dans les moyens d'exécution de celle-ci. Ce contrat d'entreprise est le fait d'une personne, morale ou physique, qui se distingue nécessairement du personnel qu'elle emploiera, le cas échéant, pour concourir à l'exécution de ce contrat. La libre prestation de service implique ainsi pour tout entrepreneur de la CEE, y compris portugais, la capacité de conclure librement en France des contrats d'entreprise (sous-traitance du bâtiment, ou autres). Mais cette liberté n'implique nullement que ces contrats puissent être exécutés par des salariés qui ne disposeraient pas eux-mêmes du droit d'être salariés en France. Ceci vaut, y compris pour les personnels de technicité élevée ou ayant un rôle d'encadrement, qui n'en demeurent pas moins en position de subordination juridique, critère discriminant l'état de salarié de celui d'indépendant.

2° - Libre circulation des travailleurs

L'article 48 du Traité de Rome reconnaît aux travailleurs ressortissants d'un Etat de la C.E.E le droit d'accès à l'emploi sur le territoire d'autres Etats membres.

Mais cet article 48 n'est cependant applicable que sous réserve des dispositions des articles 216 à 219 du Traité d'adhésion du Portugal à la C.E.E. Le gouvernement français a décidé de faire application de la possibilité donnée aux Etats membres et au Portugal, de maintenir en vigueur jusqu'au 31/12/92 les dispositions nationales ou résultant d'accords bilatéraux ou soumettant à autorisation préalable, l'immigration en vue d'exercer un travail salarié ou l'accès à un emploi salarié (Art. 216 du traité d'adhésion).

Les dispositions de ces articles étant manifestement dénuées d'ambiguïté, c'est à bon droit que le Décret n° 86.1 287 du 8 décembre 1986 (J.O. du 12/12) soumet à autorisation préalable l'exercice d'une activité salariée en France par un ressortissant portugais et espagnol jusqu'au 31 décembre 1992.

3° - Droit de la Sécurité Sociale

En outre, d'autres mesures particulières en matière de Sécurité Sociale, s'appliquant à des travailleurs d'un Etat membre de la C.E.E. exerçant une activité salariée dans un autre Etat membre, doivent être prises en considération. En effet, chaque travailleur doit en principe justifier d'un certificat de détachement remis par le régime de sécurité sociale du pays d'origine attestant que sa couverture sociale et celle de ses ayants-droits est assurée par le régime d'origine, et qu'il convient donc, pour la durée du détachement (12 mois au maximum) de l'exonérer d'affiliation au régime français. Lorsque le travailleur (et même s'il s'agit d'un ressortissant d'un pays membre de la C.E.E), n'est pas en mesure de présenter ce certificat de détachement (ou sa prolongation), il doit être obligatoirement affilié à la sécurité sociale française. Ces dispositions (article 14 du règlement C.E.E du 14 juin 1971) sont d'ores et déjà applicables aux salariés portugais recrutés comme tels par les entreprises portugaises effectuant des travaux de sous-traitance sur des chantiers français.

L'accomplissement de ces formalités relatives au droit de la sécurité sociale, s'il est un gage du sérieux et de la bonne foi de l'employeur, ne dispense pas les salariés ainsi détachés d'obtenir une autorisation préalable de travail pour exercer régulièrement leur activité en France.

*

*

*

En résumé, pour l'exécution des contrats d'entreprise souscrits en France, un prestataire de service installé au Portugal ne peut régulièrement employer que des salariés recrutés en France et disposant chacun de la capacité juridique d'y travailler en tant que salarié (ressortissants français ou d'un autre pays membre de la C.E.E. non concerné par la période transitoire, ou de toute autre nationalité mais disposant d'une autorisation de travail en fonction des règles applicables), ou bien des salariés recrutés au Portugal (ou ailleurs) mais à la condition que chacun ait obtenu au préalable une autorisation de travail en France. L'assujettissement au régime français de sécurité sociale s'impose pour tout travailleur étranger non muni d'un certificat de détachement. Dans tous les cas, la relation du travail s'effectue nécessairement en conformité avec le droit du travail français, notamment en ce qui concerne le niveau des salaires.

Ainsi, la totale liberté de prestation de services ne dispense pas le prestataire de services portugais de respecter les règles générales gouvernant les conditions d'embauche et d'occupation du personnel travaillant en France, règles que doivent respecter les prestataires nationaux ou ressortissants d'un autre Etat membre de la C.E.E. Sans entraver la libre prestation de services, le strict respect des règles concernant l'emploi salarié contribue en fait à maintenir des situations de concurrence équilibrées. En effet, la rentabilité des opérations pratiquées par les entreprises portugaises mises en cause provient essentiellement de la différence du niveau des salaires entre la France et le Portugal, qui avait précisément conduit les négociateurs du Traité d'adhésion à repousser à 7 ans l'entrée en vigueur de la libre circulation des salariés. Aussi, en recrutant au Portugal en vue de les faire travailler en France des travailleurs portugais salariés et en prétendant ne pas avoir à solliciter d'autorisation pour ceux-ci, du fait de la liberté de prestation de services dont elles bénéficient, les entreprises portugaises en cause agissent comme si la libre circulation des salariés était déjà réalisée et violent donc les dispositions prises par la France dans le respect des stipulations du Traité d'adhésion. Il importe de faire cesser ces pratiques.

II - Liste des infractions susceptibles d'être constatées :

1 - relatives aux conditions juridiques de la prestation :

- * L 125-1 et L 125-3 Code du Travail - marchandage - prêt de main-d'oeuvre illicite
- * L 324-9 CT et suivants - travail clandestin
- * Loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance (pas de sanction pénale)
- * R 620-4 CT (la liste des chantiers doit être à disposition de l'inspection du travail)

2 - relatives aux conditions d'emploi et d'hébergement de la main-d'oeuvre étrangère :

- * L 341-6 al. 1 CT - emploi de main-d'oeuvre étrangère démunie de titre
- * L 341-9 CT - violation du monopole de l'Office des Migrations Internationales
- * Loi du 27 juillet 1973 - défaut de déclaration d'hébergement collectif
- ou * Art. 196 et suivants du décret du 8 janvier 1965 (condition d'hygiène et de sécurité de l'hébergement)
- * R 620-3 CT - mention au Registre Unique du Personnel des étrangers employés + copie du titre des étrangers sur les chantiers.

3 - condition d'emploi indépendamment de la nationalité :

- * salaire :
 - L 141-11 CT : respect du SMIC et salaires conventionnels
 - L 143-1 CT : versement obligatoire en monnaie française
 - L 143-3 CT : délivrance de bulletin de salaire
 - L 143-5 CT : tenue du livre de paie

- * durée du travail maximale :
 - L 212-1 CT : quotidienne
 - L 212-7 CT : hebdomadaire moyenne et absolue

- * respect du repos hebdomadaire et dominical : L 221-2 CT
ou L 221-4 CT
et L 221-5 CT

- * assujettissement au service de la médecine du travail :
 - L 241-10
 - et R 241-48 CT

4 - obligations sociales et fiscales :

- * affiliation des salariés à la sécurité sociale (en l'absence d'autorisation de détachement): L 312-1
et R 312-4 code de la S.S.
- * versement de cotisations : R 243-6, R 243-13
et R 243-22 code de la S.S.
- * déclaration d'existence au Fisc en ce qui concerne l'assujettissement à la TVA : art. 286 du CGI (Cf. aussi convention franco portugaise du 14 janvier 1971).

III - CONDUITE A TENIR

A - Analyse de la situation

Ces opérations illégales de fourniture de main-d'oeuvre étrangère se caractérisent par leur sophistication. Les services de contrôle, et notamment l'inspection du travail, font face en ce domaine à une délinquance très organisée, à caractère principalement économique et financier, dont le but est la recherche de la plus grande souplesse dans l'organisation du travail et l'accroissement de la compétitivité en matière de coût de revient, en profitant du différentiel de rémunération directe et indirecte entre le niveau des salaires portugais et celui des salaires habituellement pratiqués en France. Les salaires portugais relevés sont très inférieurs aux rémunérations pratiquées en France pour des emplois similaires. Il a été constaté des salaires cinq fois plus faibles que les minima français dans les affaires connues.

Les infractions susceptibles d'être commises et relevées dans de telles opérations peuvent être regroupées en quatre parties, qui sont ici présentées dans un ordre de complexité croissante et de chronologie pratique d'investigation.

1) La situation des travailleurs étrangers

Il convient tout d'abord d'établir la qualité de salarié des personnes occupées sur le chantier. La simple déclaration du responsable de l'entreprise étrangère leur reconnaissant ce statut de

salarié devrait suffire à cet égard. En l'absence d'une telle déclaration, il convient de vérifier par tout moyen, y compris l'audition des salariés, des responsables, chefs de chantiers ou chefs d'équipe des autres entreprises intervenantes, l'existence d'un lien de subordination.

Ensuite, il faut vérifier :

- la situation individuelle de chaque salarié étranger quant à la possession d'un titre de travail, ou autorisation provisoire de travail.

- le registre unique du personnel, afin de s'assurer s'il existe et si les salariés en question y figurent.

- auprès de la Direction Départementale du Travail et de l'Emploi et de la Préfecture si des autorisations de travail ont été sollicitées pour chacun des salariés concernés.

Il convient aussi de chercher à savoir quelle est la date effective de commencement du travail pour chaque salarié sur le chantier.

Ensuite, il pourra être recherché si l'emploi illégal de main-d'oeuvre étrangère (L.341-6 al.1 C.T.) est constitutif d'une violation du monopole de l'O.M.I. en matière d'introduction de main-d'oeuvre étrangère, sanctionnée par l'article L.341-9 du code du Travail. Pour ce faire, tous les éléments d'informations quant à l'organisation du recrutement, susceptibles de caractériser une opération de recrutement et/ou d'introduction illégale doivent être recueillis :

- les salariés appartenaient-ils précédemment à l'effectif de l'entreprise ou ont-ils été recrutés spécialement ?

- par qui, et comment a été organisée leur arrivée en France ?

- comment et sous couvert de quel document ont-ils franchi la frontière ?

- qui a financé le voyage et le premier hébergement ?

2) Situation de l'entreprise - et des salariés - au regard de la Sécurité Sociale et du fisc

Si possible en liaison avec un agent de contrôle de l'U.R.S.S.A.F., il faut rechercher si chaque salarié étranger est muni d'un certificat de détachement de l'organisme de sécurité sociale de son pays d'origine, attestant le maintien de l'application de ce régime et de sa prise en charge. Dans l'hypothèse où ni les salariés, ni le responsable du chantier ne peuvent présenter ces documents, il convient de demander à l'URSSAF de vérifier si l'entreprise étrangère a sollicité une autorisation de détachement à l'étranger, et pour quelle période, pour chacun de ses

salariés présents sur le site. En l'absence d'une telle autorisation de détachement, l'entreprise doit se déclarer à l'URSSAF du lieu de l'implantation du chantier et ouvrir un compte employeur. A défaut de l'avoir fait, l'entreprise commet une infraction aux règles d'affiliation des salariés à la sécurité sociale (L.312-1 et R.312-4 du Code de la Sécurité Sociale), constitutive de l'un des éléments du délit de travail clandestin définie au L.324-10,2° du Code du Travail.

Il faut cependant, pour pouvoir constater cette infraction, s'assurer que l'entreprise n'a pas non plus respecté ses obligations en matière de déclarations fiscales : en matière de contributions indirectes, la TVA est exigible dans le pays où s'effectue la prestation et l'entreprise étrangère est donc redevable de celle-ci. Elle doit adresser une déclaration d'existence aux services fiscaux français du lieu d'implantation, ou encore déclarer un mandataire fiscal (souvent l'entreprise française co-contractante) qui s'en assure en ses lieux et place. Il convient donc de vérifier, ou de faire vérifier par les agents du fisc, et notamment la **Brigade de Contrôle et de Recherche (B.C.R)** locale, si cette formalité a été accomplie.

Dans l'hypothèse, non encore rencontrée à ce jour, où l'entreprise étrangère intervenante n'est pas ressortissante d'un Etat membre de la C.E.E., il convient alors de vérifier auprès des services de la Sécurité Sociale si cet Etat a conclu une convention bilatérale de Sécurité Sociale avec la France. Dans la négative, tout salarié assurant une prestation de travail en France doit être affilié par son employeur au régime français. Si une convention bilatérale existe, et si elle prévoit une possibilité de maintien du régime par convention de détachement, le problème se pose dans les mêmes termes que pour une entreprise communautaire.

3° Situation de l'entreprise à l'égard de la réglementation générale du travail

Il importe de vérifier, pour mieux cerner la logique économique de l'opération et les conditions effectives de travail de la main-d'oeuvre étrangère employée, si l'employeur ne commet pas d'autres infractions à l'ordre public social français, en matière de :

Salaires :

La prestation de travail a lieu en France, et présente en pratique une durée assez importante (dans les affaires connues, plus de trois mois). L'employeur ne saurait donc invoquer aucune circonstance de fait ou de droit pour échapper aux obligations essentielles en matière de salaire imposées par le droit français :

Respect du SMIC et des minima conventionnels.
Délivrance d'un bulletin de paie.
Tenue d'un livre de paie, traduit en français et à disposition des corps de contrôle.

En cas de non respect des salaires minima, il convient de calculer de façon assez précise, en tenant compte du taux de change moyen de la période considérée, le montant des salaires réels, bruts et nets, touchés par les salariés étrangers, et demander quel est le régime de versement du salaire : quelle périodicité ? est-il versé en France ou, pour partie ou en totalité, au pays d'origine, existe-t-il des primes spécifiques (expatriement ou autre), comment et quand sont-elles payées ?

la durée du travail :

Vérifier en particulier si les durées maximales moyennes et absolues sont respectées, ainsi que le repos hebdomadaire et dominical.

Indiquer si les salariés étrangers sont soumis au même régime et à la même durée de travail que les salariés des autres entreprises, et faire précisément ressortir les éventuelles conditions défavorables qui leur sont faites.

la médecine du travail :

De même que pour les salaires, l'application du droit interne français dans de tels cas de figure n'est pas douteuse.

L'employeur doit donc être en mesure de présenter des fiches d'aptitude médicale d'embauche ou périodiques pour chacun des salariés concernés. Il doit disposer, soit d'un service de médecine du travail agréé, soit adhérer à un service inter-entreprises. Ces éléments doivent faire l'objet de vérifications précises.

les conditions d'hygiène et sécurité et d'hébergement :

L'employeur doit respecter les conditions d'hygiène et sécurité sur les lieux de travail et au lieu éventuel d'hébergement collectif. Le partage de responsabilité entre l'employeur et les autres entreprises intervenantes dépend d'une série de facteurs, notamment :

- qui assure la fourniture de matériel, y compris celui de sécurité individuelle ?
- qui fournit le logement ?
- qui assure concrètement l'encadrement et la surveillance sur les lieux de travail et d'hébergement ?

les obligations administratives

L'entreprise intervenante doit respecter les obligations suivantes :

- affichage de son nom, raison ou dénomination sociale, dès lors qu'elle intervient sur un chantier donnant lieu à délivrance de permis de construire (art. R.324-1 C.T.)

- tenue d'un registre unique du personnel
(art.L.620-3 C.T.)

- tenue d'un livre de paie (art L.143-5 C.T.)

- mise à disposition d'une liste des chantiers et déclaration d'ouverture pour tout chantier occupant dix personnes au moins pendant plus d'une semaine (art. R.620-4 C.T)

4° Marchandage - prêt de main-d'oeuvre

Dans l'hypothèse, la plus fréquente en pratique, où l'entreprise étrangère intervient en sous-traitant d'un donneur d'ouvrage- soit une entreprise intermédiaire, soit l'entreprise principale -, il est fondamental de vérifier si cette sous-traitance ne cache pas une opération de marchandage, voire de prêt de main-d'oeuvre illégal.

Le marchandage :

Pour établir l'infraction à l'article L.125-1 C.T., il faut démontrer l'existence d'une fourniture de main-d'oeuvre (qui ne se confond pas nécessairement avec un prêt exclusif de main-d'oeuvre). Pour cela, il faut tirer des contrats de sous-traitance, s'ils peuvent être obtenus, tous les éléments montrant que la rémunération de la prestation est liée directement ou non, totalement ou partiellement, au nombre d'heures travaillées. Ces éléments ne sont cependant qu'indicatifs, l'infraction ne pouvant se déduire automatiquement de la qualification et des clauses formelles du contrat, mais des relations effectives entre les co-contractants. Il faut également et surtout relever les éléments concrets attestant la fourniture de main-d'oeuvre : organisation du travail, rôle et tâche de la main-d'oeuvre "fournie", autorité éventuelle de l'encadrement de l'entreprise utilisatrice sur cette main-d'oeuvre.

Les éléments constitutifs du préjudice doivent être recherchés et relevés avec précision : ainsi, seront considérés comme préjudiciables le montant des salaires inférieurs aux minima et au montant des salaires versés par des entreprises comparables à leurs salariés, une éventuelle durée du travail excessive que les seuls salariés de l'entreprise étrangère sont amenés à accomplir.

Le non respect des règles relatives au respect des salaires, à la durée du travail, ainsi que celles concernant la médecine du travail, et l'emploi de la main-d'oeuvre étrangère, constituent des éléments susceptibles de fonder la poursuite.

Le prêt de main-d'oeuvre

Pour établir l'infraction à l'article L.125-3 C.T., il convient de démontrer l'existence d'un prêt de main-d'oeuvre exclusif. Pour ce faire, l'enquêteur cherchera à tirer des contrats de sous-traitance tous éléments montrant :

- que l'apport technique du sous-traitant est inexistant ou extrêmement réduit ;
- que la rémunération de la prestation est liée, même indirectement ou implicitement, au nombre d'heures travaillées.

Il cherchera en outre à relever lors des contrôles les éléments permettant de montrer :

- que le personnel du sous-traitant travaille en fait sous l'autorité directe de l'encadrement de l'entreprise principale ;

- que l'encadrement du sous-traitant n'a pour rôle que de transmettre au personnel les consignes et ordres données par l'entreprise principale ;

- que le sous-traitant ne fournit aucun matériel ni aucun matériel, sinon des fournitures individuelles et du petit outillage à ses salariés ;

- enfin que ceux-ci ont des qualifications peu élevées et en tout cas non spécifiques.

Aussi bien pour le marchandage que pour le prêt de main-d'oeuvre, il est utile de vérifier les conditions financières des différents marchés entre les entreprises en cause par rapport au coût habituel de prestations semblables dans la profession.

B - La constitution du dossier pénal

La présentation préconisée ci-dessous permet de mettre en évidence la logique économique qui a servi de fondement aux opérations illégales commises, en caractérisant d'abord les infractions les plus graves par leurs incidences économiques et sociales.

1°) L.125-1 C.T. et L.125-3 C.T. Marchandage et prêt de main-d'oeuvre illicite :

Ces pratiques permettent de mieux cerner et de mettre à jour le but de l'opération : abaisser le coût de la prestation de service ou de l'utilisation de la main-d'oeuvre en contournant les dispositions du droit interne par un détournement des principes du droit communautaire.

Le procès-verbal s'efforcera de mettre en évidence les constatations qui montrent cet usage illicite du droit communautaire et les violations corollaires du droit interne.

Pour caractériser le marchandage, il faut établir que l'effet et le but de l'opération de fourniture de main-d'oeuvre dans le cadre d'une telle prestation - réelle ou supposée - de service, est bien de se soustraire à l'application de telles obligations du droit interne et à leurs conséquences sur le prix de la prestation ainsi qu'à celles susceptibles de permettre un contrôle à priori des conditions d'emploi de la main-d'oeuvre étrangère. En se soustrayant délibérément au paiement des cotisations de sécurité sociale, de la TVA (le cas échéant), à la réglementation sur la durée du travail, le salaire minimum légal ou conventionnel, la médecine du travail et la possession d'autorisations de travail, de tels agissements faussent le jeu normal de la concurrence et perturbent gravement le fonctionnement du marché de l'emploi.

Cette incrimination permet aussi de faire pièce à l'argumentation relative à l'indissociabilité de la prestation de service et de l'emploi de ses propres salariés à cet effet, servant à contester la commission de l'infraction à l'article L.341-6 al.1 C.T. En effet, si la prestation de service s'avère n'être qu'une fourniture de main-d'oeuvre, l'argumentation fallacieusement tirée du Droit Communautaire (cf I-1° et 2° liberté des prestations de service et liberté de circulation des travailleurs) sur la liberté de prestation de service tombe de fait, et l'emploi d'étrangers dépourvus de titre de travail est patent, sans même qu'il y ait lieu de s'interroger sur la portée des articles 59 et 60 du Traité de Rome.

Ces infractions peuvent être imputées aussi bien au fournisseur qu'à l'utilisateur de la main-d'oeuvre : le prestataire de service aussi bien que l'intermédiaire ou le donneur d'ouvrage (maître d'oeuvre, entreprise principale de gros oeuvre ou autre entreprise intervenante en cas de sous-traitance en cascade) lorsqu'il ne peut ignorer en raison même des conditions économiques et financières qu'un certain nombre d'obligations légales ne sont pas respectées. A cet égard, il est utile de rappeler que la loi du 31/12/75 sur la sous-traitance dispose que le donneur d'ouvrage doit connaître tous les sous-traitants intervenant en aval.

2°) L.324-9 et 10 C.T. Travail clandestin

Cette infraction présente l'avantage d'être simple à établir puisqu'elle repose sur l'accomplissement ou non de formalités et qu'elle est indépendante de toute discussion sur l'interprétation du droit communautaire.

En pratique, seule une infraction au 2° de l'article L.324-10 du C.T. pourra être relevée, le cas échéant. En effet, l'entreprise étrangère qui n'a pas d'établissement permanent en France n'a pas à être immatriculée à un registre professionnel (articles 9 et 55 du Décret du 30/05/84), elle ne peut donc être poursuivie sur le fondement de l'article L.324-10-1°.

Il ne semble pas d'autre part qu'elle ait à procéder à une déclaration d'emploi de personnel au titre de l'article L.620-1 C.T., dans la mesure où le champ d'application de ce texte n'inclut pas nécessairement un chantier de durée déterminée et ainsi ne semble pas relever de l'article L.324-10,3°. Il n'en serait pas forcément ainsi si l'on se trouvait en présence d'un chantier de longue durée. La procédure fera apparaître qu'à l'instar des infractions aux articles L.125-1 C.T. et L.125-3, -et notamment dans l'hypothèse où celles-ci ne pourraient être constatées ni donc relevées-, l'infraction de travail clandestin, de par son caractère de dissimulation délibérée vis-à-vis du fisc et de l'URSSAF, constitue un moyen obligé pour tenter de se soustraire à l'ensemble des obligations "sociales" du droit interne, soustraction dont la commission est constitutive des autres infractions susceptibles d'être relevées.

3°) L.341-6 al.1 C.T. Emploi d'étrangers démunis de titre de travail

Si cette infraction n'est pas la plus centrale, elle est la plus "visible" et sa commission constitue un moyen nécessaire à la réalisation de l'opération d'ensemble. En effet, seule l'utilisation de ce biais permet :

- d'une part, de disposer à coup sûr et à bref délai d'une main-d'oeuvre opérationnelle rémunérée de telle sorte que soient réalisées les économies de coût de revient souhaitées.

- d'autre part de tenter de faire admettre pendant la durée de la période transitoire une interprétation extensive et inexacte de la notion "de liberté de prestation de service" en Droit Communautaire.

4°) L.341-9 C.T. Recrutement et introduction de main-d'oeuvre étrangère

La question se pose de savoir si cette infraction peut-être relevée à l'encontre de l'entreprise étrangère qui n'a pas procédé à une opération de recrutement en France de travailleurs étrangers. Elle apparaît pour le moins comme complice de l'opération. Par contre l'entreprise intermédiaire, en procédant à une opération de fourniture de main-d'oeuvre étrangère en s'adressant à une entreprise étrangère qui engage des salariés spécialement pour cette opération, se livre bien globalement à une opération de recrutement et d'introduction en violation du monopole dévolu à l'OMI. Cette violation sera d'autant plus caractérisée que la prestation se réduira à une simple fourniture de main-d'oeuvre, entraînant sur cette base l'engagement de poursuites à son encontre. En outre, si l'intermédiaire intervient de manière habituelle dans ce genre d'opération, il convient de relever également l'infraction à l'article L.364-3 al. 3 du C.T.

5°) Les infractions à la réglementation générale du travail

Elles sont tout à la fois des éléments constitutifs des infractions aux articles L.125-1 et 3 C.T. et, le cas échéant, pour certaines d'entre elles, à l'article L.324-10 C.T., ainsi que des infractions en elles-mêmes. Leur importance découle donc de ce qu'elles caractérisent les conditions concrètes dans lesquelles se déroule l'opération de prestation de service et/ou de main-d'oeuvre. Elles permettent de décrire la situation de précarité et l'exploitation de la main-d'oeuvre étrangère ainsi employée, et de renforcer le caractère délibéré des fraudes et dissimulations commises. Elles contribuent ainsi à renforcer l'élément moral des délits principaux qui sont relevés.

En ce sens, la procédure devra particulièrement s'attacher à les faire apparaître de façon précise dans le corps du procès-verbal principal, et éventuellement dans des procès-verbaux séparés et joints au précédent, articulés et accompagnés d'un rapport de synthèse.

A N N E X E 1

EXERCICE D'UNE ACTIVITE PROFESSIONNELLE EN FRANCE PAR UNE PERSONNE PHYSIQUE OU MORALE Y OCCUPANT DES SALARIES

I. Approche générale

La libre circulation des personnes et des biens, comme la plus large ouverture de l'économie française sur le monde, rendent de plus en plus fréquentes les interventions des entreprises étrangères sur le sol français. Celles-ci peuvent prendre trois formes :

- implantation d'un établissement permanent,
- implantation d'un établissement temporaire (chantiers du bâtiment, agences, voire entreprises n'ayant qu'une durée de vie éphémère),
- mission exécutée par des salariés en nombre réduit au sein d'une entreprise ou d'un établissement utilisateur, juridiquement distinct.

L'application de la loi est rendue difficile. En effet ces trois formes d'activité n'ont pas toujours été clairement distinguées dans les instructions en vigueur ; en outre les législations applicables (droit du contrat de travail, réglementation du droit au séjour et au travail des étrangers, droit de la sécurité sociale) procèdent souvent de logiques distinctes ; enfin les obligations internationales auxquelles a souscrit notre pays sont diverses.

En ce qui concerne ce dernier point, il importe de souligner que l'instauration de la communauté européenne n'a eu jusqu'à présent que des effets relativement faibles dans la mesure où les ressortissants des pays de forte émigration (Espagne et Portugal notamment) ne peuvent librement exercer une activité professionnelle en France et sont assujettis aux dispositions du titre quatrième du livre III du code du travail (art. L.341-2, -3, -4, -6, -9 notamment).

II. Inscription au registre du commerce

Celle-ci est requise, dès lors qu'existe un établissement, en application de l'article 1er du décret 84-406 du 30 mai 1984, qui stipule :

"Il est tenu un registre du commerce et des sociétés auquel sont immatriculés sur leurs déclarations :

1) Les personnes physiques ayant la qualité de commerçant, même si elles sont tenues à l'immatriculation au répertoire des métiers :

.../...

3) Les sociétés commerciales dont le siège est situé hors d'un département français et qui ont un établissement dans l'un de ces départements ;..."

Au terme de l'article 9 dudit décret :

"Est un établissement secondaire, au sens du présent décret, tout établissement permanent, distinct de l'établissement principal et dirigé par l'assujetti, un préposé ou une personne ayant le pouvoir de lier des rapports juridiques avec les tiers".

L'article 55 traite des cas dont le siège social est situé à l'étranger : "toute société commerciale dont le siège est situé hors du territoire français et qui ouvre en France un premier établissement est tenu de déposer, au plus tard en même temps que la demande d'immatriculation, au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel est situé cet établissement deux copies des statuts de la société en vigueur au jour du dépôt, traduits, le cas échéant, en langue française.

Ces copies sont certifiées conformes par le déposant.

Tous actes modifiant les statuts postérieurement à leur dépôt prévu à l'alinéa 1 ci-dessus doivent être déposés dans les mêmes conditions".

On peut estimer donc, par combinaison de ces textes, que l'activité permanente en France d'une entreprise étrangère devra faire l'objet d'une déclaration sous le contrôle du juge. Cependant, le cas des chantiers temporair ou de toute autre activité occasionnelle n'est pas prévu et il ne paraît pas alors que l'exercice d'une activité professionnelle en France suppose une quelconque déclaration.

III. Assujettissement au droit français

III.1 On pourra légitimement dans de nombreux cas hésiter sur l'application des règles relatives à la conclusion et à la résolution du contrat de travail lorsque celui-ci n'aura pas été conclu en France. Il appartiendra au tribunal compétent d'apprécier la commune intention des parties. Par contre le lieu d'exécution du travail paraît être le critère exclusif de l'application des lois de police, qui, comme l'indique l'article 3 du code civil, obligent tous ceux qui habitent le territoire national. Nombre de règles inscrites dans le code du travail relèvent de cette catégorie des lois de police = obligations des employeurs et déclaration des établissements (Livre VI du code du travail et notamment article L.620-1) ; réglementation du travail (ensemble du Livre II conditions de travail ; repos et congés ; hygiène, sécurité et médecine du travail) ; conventions collectives et salaires (large partie des titres III et IV du livre 1er).

Pour l'application de la réglementation des conditions de travail, la notion d'établissement est une notion de fait : est assujetti au code du travail tout employeur, quel que soit le lieu habituel d'exercice de sa profession, dès lors qu'il occupe un ou plusieurs salariés pour une période quelconque du territoire national et quelle que soit l'étendue des délégations de pouvoir consenties à son préposé.

L'ensemble du Livre II du code du travail au moins, trouvera application, ainsi que le Livre VI et notamment la déclaration prévue à l'article 620.1 :

"Toute personne qui se propose d'occuper du personnel quelle qu'en soit l'importance, dans un établissement mentionné à l'article L.220.1 doit, avant d'occuper ce personnel, en faire la déclaration. ..."

III.2 De même en matière de sécurité sociale jouera largement le principe de territorialité = en règle générale, le droit français s'applique pour tout salarié recruté en France pour y travailler ; il s'applique également intégralement lorsque le pays auquel appartient l'employeur n'est pas uni à la France par une convention - Même lorsqu'une convention existe et que le travailleur n'intervient en France que pour une durée temporaire, le maintien du bénéfice du régime de sécurité sociale d'origine n'est possible qu'à la condition que la procédure prévue à cet effet ait été préalablement accomplie.

III.3 La législation concernant la sécurité sociale étant autonome et les catégories utilisées étant sensiblement différentes de celles utilisées en droit du travail, qu'il s'agisse de ses dispositions générales ou de celles relatives au travail des étrangers, il paraît indispensable d'en traiter de façon distincte.

Il y a lieu toutefois de faire au préalable une remarque générale portant sur les concepts utilisés =

- les concepts utilisés en droit de la sécurité sociale sont parfaitement définis, tant dans le droit interne que dans le droit international,
- il n'en va pas toujours de même en ce qui concerne le droit du travail.

L'exemple le plus flagrant est donné par le terme de détachement central pour votre propos : la situation de détachement est définie sans ambiguïté par le code de la sécurité sociale ; cette notion ne se rencontre que de façon fugitive dans le code du travail (détachement de salariés à l'étranger, art. L.122-14-S et L.351-4, qui n'abordent que certains aspects de la rupture du contrat) ; elle est utilisée avec une conception toute différente dans les instructions émanant de la direction de la population et des migrations (circulaire 74 du 21 juillet 1976).

IV. Typologie

IV.1 La création d'une entreprise ou d'un établissement permanent en France par une personne physique ou morale d'origine étrangère, constitue une situation que ne paraît pas soulever de difficultés particulières = le droit français est applicable dans sa totalité et l'inscription au registre

du commerce est requise (voir II). Devront simplement être pris en compte trois aspects particuliers :

- le chef d'établissement, lorsqu'il est de nationalité étrangère et assujéti aux dispositions des articles L.341-1 et suivants sera le plus souvent considéré au regard de la réglementation des étrangers, comme non salarié,
- les dispositions concernant la libre circulation des travailleurs appartenant à la C.E.E. entrent en vigueur à des dates différentes suivant les nationalités,
- les règles concernant la sécurité sociale permettent que des salariés étrangers continuent à relever de leur régime propre.

IV.2 Les autres modalités d'exercice d'une activité professionnelle peuvent être regroupées sous deux catégories :

IV.2-1 = existence d'un établissement temporaire : il s'agit de salariés étrangers qui se livrent en France et pour une durée limitée à une activité professionnelle autonome, qui relève généralement du bâtiment ou des T.P. (gros oeuvre ou second oeuvre) ou de sous-traitance (fabrication ou services, par exemple en informatique). Au sens du code du travail on se trouve devant un établissement autonome : le préposé de l'employeur (chef de chantier ; ingénieur cadre ou agent de maîtrise) dispose d'une autonomie totale ou quasi-totale dans l'exécution de la tâche, généralement isolable de l'activité de l'entrepreneur principal, qui peut d'ailleurs ne pas exister. Un exemple de plus en plus fréquent est donné dans l'exécution de travaux publics, constituant un lot unique ou, le plus généralement, un lot secondaire sous-traité par l'adjudicataire.

IV.2-2 Prestation de services

Celle-ci peut revêtir trois formes :

- mission exécutée par un ou des monteurs dont l'employeur réside à l'étranger et qui viennent procéder au montage de matériel importé ou à la mise en route de nouvelles fabrications ;
- mise à disposition de quelques salariés qui viennent exercer en France une fonction d'assistance technique ou de liaison entre l'employeur étranger qui continue à les rémunérer et une ou plusieurs firmes en France ;

- détachement (au sens précis élaboré par la jurisprudence relative au contrat de travail) qui a pour effet de transférer totalement les obligations de l'entreprise étrangère à l'entreprise française, qui devient l'employeur.

V. Contrôle

Il ressort de ce qui précède que ne peuvent être considérés isolément la délivrance de l'autorisation de travail, quand elle est nécessaire, le contrôle des conditions de travail (montant et paiement du salaire ; durée du travail ; hygiène, sécurité et médecine du travail), et le contrôle de l'application de la législation sociale.

L'autorité administrative ne peut délivrer l'autorisation de travail sans, au préalable, s'être enquis des dispositions prises pour respecter la législation applicable, décrite dans les deux annexes ci-jointes.

Les dispositions de la loi du 27 janvier 1987 relative au travail clandestin (articles L.324-9 à L.324-15 du code du travail) doivent être utilisées pour permettre la répression des cas de fraude les plus caractéristiques.

Les agents de contrôle peuvent également, dans les cas où l'on se trouve devant de véritables établissements temporaires exerçant une activité de sous-traitance, mettre en cause l'entrepreneur principal. L'examen des clauses du cahier des charges, lorsque l'on se trouve devant des marchés conclus par l'Etat, une collectivité publique, un établissement public, une entreprise nationale ou gestionnaire d'un service public, est des plus utiles. Il sera l'un des éléments permettant de mettre en oeuvre les dispositions de l'article L.125-1 relatif au marchandage, tel que modifié par la loi du 13 novembre 1982. Enfin lorsque l'entreprise étrangère ne s'est pas acquittée de ses charges sociales ou fiscales, il paraît possible de poursuivre l'entrepreneur principal par application des dispositions de l'article L.125-2 du code du travail (voir Cass. Soc. 21 janvier 1987, SARL RIGANNE/URSSAF PARIS).

Si l'entreprise étrangère appartient à un pays membre de la CEE, dont les ressortissants bénéficient déjà du droit de libre circulation et libre établissement en France, l'employeur est néanmoins tenu d'observer les dispositions du droit français reprises aux annexes relatives l'une à la législation du travail, l'autre à celle de la sécurité sociale, à l'exception le cas échéant des points relatifs à l'application des règles relatives au travail des étrangers.

Législation du travail

I Etablissements temporaires

I.1 Il s'agit de chantiers du bâtiment ou d'activités de services généralement, exceptionnellement de tâches de fabrication exécutées en France -au sein d'une entreprise utilisatrice en étroite connexion avec un établissement français- sous l'autorité d'un représentant du chef de l'entreprise étrangère avec un personnel appartenant en tout ou partie à cette entreprise antérieurement à sa venue en France ou recruté spécialement.

I.2 Le chef d'établissement, même lorsque l'immatriculation au registre du commerce n'est pas requise, doit se conformer aux dispositions de la réglementation française (salaires, réglementation du travail, obligations des employeurs reprises au livre VI et notamment à l'article L 620-1).

I.3 L'employeur doit avoir en France un représentant désigné ou un mandataire qui constituera le dossier d'introduction des travailleurs étrangers.

La situation de l'emploi est opposable à ces travailleurs pour lesquels sera suivie la procédure normale (intervention de l'OMI, visite médicale, paiement de la redevance, délivrance éventuelle d'une autorisation provisoire de travail).

II Prestations de service

II.1 On peut distinguer 2 situations :

II.1.1 . cas de monteurs dont l'employeur réside à l'étranger et qui viennent procéder au montage de matériel importé ou à la mise en route de nouvelles fabrications,

II.1.2 . mise à disposition de quelques salariés qui viennent exercer en France une fonction d'assistance technique de liaison avec l'employeur étranger (qui continue à les rémunérer) et une ou plusieurs firmes en France.

II.2 On estime généralement qu'au regard du droit du travail (article L 125-3) il y a là véritable prestation de service et non pas simple mise à disposition des salariés, qui serait illégale (application de critères dégagés par la jurisprudence). La responsabilité de l'entreprise utilisatrice pourra être engagée par application notamment du décret du 29 Novembre 1977.

II.3 Dans le cas de la mise en oeuvre de la procédure "monteurs" (II.1.1), l'entreprise d'accueil peut constituer le dossier de demande d'autorisation de travail. La situation de l'emploi n'est pas opposable (arrêté du 14/12/1984, article 3 - point 1). Il n'y a pas d'intervention de l'OMI et pas de versement de la redevance.

II.3.2 Dans le cas de mise à disposition, reconnue licite au regard de L.125-3 (II.1.2), le dossier peut être constitué par l'entreprise d'accueil. La situation de l'emploi n'est pas opposable (circulaire 74 du 21 juillet 1976) ; il y a intervention de l'ONI, versement de la redevance, délivrance d'une autorisation provisoire de travail. La notion de détachement utilisée dans les instructions relatives au séjour et au travail des étrangers recouvre cette situation.

III Détachement (au sens du droit du contrat de travail)

III.1 Le travailleur détaché, dont l'employeur réside à l'étranger, est accueilli dans une entreprise en France (exceptionnellement plusieurs) pour y exercer des fonctions de contrôle financier, d'assistance ou de liaison. Généralement les entreprises considérées ont des liens financiers ou économiques ou collaborent sur le plan technologique. L'une peut être la filiale de l'autre, mais ce n'est pas toujours le cas. Le détachement n'a pas de définition légale. Il appartient au juge d'apprécier si le contrat initial est maintenu, suspendu ou rompu. La jurisprudence a pu reconnaître la qualité d'employeur conjointement à plusieurs sociétés.

III.2 Qu'il y ait transfert du salarié ou simple détachement les conséquences sont en pratique identiques = les lois d'ordre public s'appliquent (salaire, durée du travail, conditions de travail) et le salarié entre en compte dans les effectifs de l'entreprise d'affectation.

III.3 Le détachement (au sens précis élaboré par la jurisprudence relative au contrat de travail) a pour effet de transférer totalement les obligations de l'entreprise étrangère à l'entreprise française, qui est considérée comme l'employeur en ce qui concerne la réglementation du travail des étrangers.

L'entreprise française constitue le dossier d'introduction. La situation de l'emploi est opposable. Il y a intervention de l'ONI et si le dossier est accepté, paiement de la redevance et délivrance d'une autorisation temporaire de travail.

Législation de la Sécurité Sociale

I Situation du travailleur étranger détaché en France

I.1 Le droit français s'applique automatiquement lorsque le salarié étranger, quel que soit le cadre dans lequel il est occupé en France (établissement permanent, établissement temporaire, mission ou mise à disposition) et quelle que soit la durée d'exercice de son activité n'appartient pas à la CEE ou à un pays ayant conclu convention bilatérale avec la France (liste ci-jointe).

Il en va de même lorsque n'ont pas été remplis vis-à-vis du système de sécurité sociale d'origine les formalités prévues pour le détachement (notion propre au droit de la S.S., qui ne doit pas être confondue avec la notion utilisée en droit du travail ou en matière de réglementation du séjour et de l'emploi des étrangers).

Toute somme versée à l'occasion ou en contrepartie du travail doit alors être déclarée à l'organisme de recouvrement territorialement compétent.

I.2 La situation de "détaché" s'apprécie individuellement.

Il convient en premier lieu de rechercher si l'intéressé est ou non ressortissant d'un pays membre de la Communauté Economique Européenne ou d'un pays lié à la France par un accord de sécurité sociale prévoyant, pour le travailleur détaché, l'exonération d'affiliation au régime français en conséquence de son maintien d'affiliation au régime du pays d'emploi habituel. Dans le cas où il ne s'agit pas d'un ressortissant d'un pays européen intégré à la CEE ou d'un pays "avec convention", le travailleur, quelles que soient les conditions de son introduction ou de son emploi en France, doit être affilié au régime français de sécurité sociale.

Le détaché pourra être occupé en France durant une durée relativement longue, définie par la convention, dans un établissement permanent ou temporaire aussi bien que dans le cadre d'une mise à disposition. Ce sera aussi bien le cas du travailleur venant participer durant quelques mois ou quelques années à la mise en route d'un établissement, filiale d'une entreprise étrangère, que celui d'un monteur assurant le service après-vente ou de l'ouvrier d'une entreprise étrangère réalisant avec ses salariés habituels un chantier en France. Dans tous les cas une décision individuelle concernant chacun des salariés devra être présentée pour justifier l'exonération des cotisations de sécurité sociale et aucune autorisation collective n'est prévue.

II Modalités du détachement

Dans le cas où le travailleur remplit la condition de nationalité requise (CEE ou national d'un pays avec convention) sa qualité de détaché, au sens conventionnel du terme, s'apprécie compte tenu des critères suivants :

- affiliation au régime de sécurité sociale du pays d'origine,
- envoi en France par l'employeur habituel pour y effectuer une mission déterminée pour une durée déterminée,
- paiement du salaire, en tout ou partie, par l'employeur habituel,
- versement par l'employeur, au régime du pays d'origine, des cotisations de sécurité sociale assises sur la totalité du salaire perçu par le travailleur.

Ces conditions sont appréciées par l'institution étrangère qui continue à assurer la protection sociale du travailleur conformément à la législation qu'elle applique.

Si les conditions d'un "détachement" sont remplies, l'institution du pays d'origine remet au travailleur un document (généralement intitulé "certificat de détachement" établi sur formulaire conventionnel) attestant que sa couverture sociale et celle de ses ayants droit est assurée par le régime de son pays d'origine et qu'il convient donc, pour la durée de son détachement telle que définie par l'accord de sécurité sociale liant son pays à la France, de l'exonérer d'affiliation au régime français.

Ainsi donc, il n'appartient pas aux organismes français de sécurité sociale d'apprécier si les conditions de détachement conventionnel sont bien remplies.

La présentation du certificat de détachement suffit à exonérer le travailleur d'une affiliation au régime français, qu'il s'agisse de la période initiale ou de la période de prolongation du détachement couverte par le formulaire spécifique attestant cette prolongation.

III Application du régime français

Il ressort de ce qui précède que doit être obligatoirement affilié à la sécurité sociale française :

- le travailleur détaché ressortissant d'un pays autre que ceux de la CEE ou ressortissant d'un pays non lié à la France par un accord de sécurité sociale,

.../...

- le travailleur détaché, même s'il est ressortissant d'un pays de la CEE ou d'un pays lié à la France par une convention de sécurité sociale prévoyant le détachement lorsqu'il se trouve dans l'une des trois situations suivantes :

- 1/ le travailleur n'est pas en mesure de présenter le certificat de détachement conventionnel ou de sa prolongation ;
- 2/ le travailleur se trouve en dehors de la période, initiale prolongée, de détachement autorisée (dans la limite de la durée prévue par la convention) par l'institution étrangère d'affiliation. La période pour laquelle l'autorisation est donnée est indiquée sur le formulaire conventionnel. Le tableau ci-joint rappelle quels sont les accords signés par la France qui prévoient le détachement des travailleurs ; la durée maximale de détachement et de sa prolongation ; enfin, les références des formulaires servant à établir les certificats de détachement ;
- 3/ l'institution à laquelle est affilié le travailleur est étrangère au pays dont il est ressortissant. Par exemple, un travailleur allemand (ressortissant d'un pays membre de la CEE) affilié à la sécurité sociale tunisienne en raison de son emploi en Tunisie (pays avec convention) ne peut être considéré comme détaché conventionnellement en France du fait de la limitation, d'une part, du champ d'application territorial des règlements communautaires, d'autre part, du champ d'application rationae personae de la convention franco-tunisienne. Ce travailleur allemand ne pourra être considéré comme détaché conventionnel en France que s'il est affilié au régime allemand et si l'entreprise qui l'emploie habituellement s'acquitte auprès de ce régime des cotisations afférentes à son emploi.

Il existe cependant des exceptions à cette règle :

- les travailleurs affiliés au régime suédois peuvent être détachés conventionnellement en France quelle que soit la nationalité ;
- de même, les travailleurs couverts par un système de protection sociale au CANADA ainsi qu'aux Etats-Unis jusqu'à l'application de l'accord signé le 2 mars 1987.