

RÉSUMÉ :

Dispositions nouvelles relatives à la procédure de mise en œuvre de la contribution spéciale prévoyant le recouvrement auprès du ou des donneurs d'ordre aux lieux et place de l'employeur de main d'œuvre étrangère sans titre de travail.

MOTS CLÉS :

Emploi irrégulier d'étrangers - Contribution spéciale - Office des migrations internationales (O.M.I.).

TEXTES DE RÉFÉRENCE :

- **Loi n° 97-210 du 11 mars 1997** relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal (*Journal officiel du 12 mars 1997*).
- **Décret n° 97-213 du 11 mars 1997** relatif à la coordination de la lutte contre le travail illégal (*Journal officiel du 12 mars 1997*).
- **Décret n° 97-638 du 31 mai 1997** pris pour l'application de la loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal (*Journal officiel du 1^{er} juin 1997*).
- **Circulaire DPM/90/019 du 20 décembre 1990** relative à la contribution spéciale prévue par l'article L. 341-7 du code du travail (*Bulletins officiels MASS 91/7 et TR 91/4*).

TEXTE MODIFIÉ :

Point 2.2.c (dernier alinéa) de la circulaire DPM/90/019 du 20 décembre 1990 visée ci-dessus.

L'article 9 de la loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal introduit à l'article L. 341-6-4 du code du travail un mécanisme de solidarité financière qui permet à l'Office des migrations internationales (O.M.I.) de réclamer sous certaines conditions le paiement de la contribution spéciale prévue à l'article L. 341-7 à celui qui -donneur d'ordre ou client- a recours à un employeur qui fait travailler de la main d'œuvre étrangère sans titre de travail.

L'article 4 du décret n° 97-638 du 31 mai 1997 pris pour l'application de la loi du 11 mars 1997 précise les conditions de mise en œuvre de ce dispositif et les modalités particulières de mise en recouvrement de la contribution spéciale.

Auparavant, le paiement de la contribution spéciale due en cas d'emploi de salarié de nationalité étrangère démunie de titre de travail ne pouvait être demandé qu'à la personne qui avait embauché, fait travailler ou conservé à son service l'intéressé, c'est-à-dire, soit à l'employeur, soit à l'utilisateur réel de la main d'œuvre étrangère.

Désormais, en application de l'article L. 341-6-4 du code du travail, l'O.M.I. a la faculté de mettre également en recouvrement la contribution spéciale auprès du donneur d'ordre en s'adressant directement à celui-ci.

Ce nouveau dispositif présente deux avantages majeurs. Il permet de faire face à la disparition ou à l'insolvabilité, organisées ou non, des employeurs de main-d'œuvre étrangère démunie de titre de travail. Il doit par ailleurs amener tous ceux qui traitent avec des entreprises qui emploient de la main d'œuvre étrangère à être vigilants dans le choix de leur cocontractant.

L'article 23 de la même loi introduit un article L. 611-15-1 dans le code du travail, qui habilite les agents de la direction générale des douanes et droits indirects à rechercher et à constater les infractions aux dispositions de l'article L. 341-6 alinéa 1^{er} du code du travail.

L'objet de la présente circulaire est donc d'apporter les précisions nécessaires à l'amélioration de la procédure de mise en recouvrement de la contribution spéciale :

- d'une part pour l'application des nouvelles dispositions de la loi (article L. 341-6-4 du code du travail) dans la situation où est constaté l'emploi d'étranger sans titre de travail ;
- d'autre part pour améliorer la mise en œuvre de la procédure de recouvrement de la contribution spéciale, et notamment les transmissions d'informations entre les différents services qui constatent les infractions, le directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (DDTEFP) ou le fonctionnaire chargé du contrôle de la législation du travail étant le destinataire des procès-verbaux qu'il doit ensuite transmettre au directeur de l'O.M.I.

I. - LES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DE L'ARTICLE L. 341-6-4 DU CODE DU TRAVAIL

Cinq conditions doivent être réunies pour la mise en œuvre de la procédure prévue par l'article L. 341-6-4 du code du travail.

1. - La constatation d'une infraction à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 341-6 du code du travail

La constatation de l'infraction d'emploi d'étranger sans titre de travail prévue à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 341-6 du code du travail est faite par l'un des agents de contrôle habilités au moyen d'un procès-verbal transmis au procureur de la République.

Outre les officiers et les agents de police judiciaire agissant conformément aux dispositions du code de procédure pénale, les inspecteurs, contrôleurs du travail et fonctionnaires assimilés, ainsi que les agents de la direction générale des douanes et droits indirects en application de l'article 23 de la loi du 11 mars 1997, sont habilités à constater l'infraction d'emploi d'étranger sans titre de travail prévue à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 341-6 du code du travail. Il est rappelé que l'interdiction d'emploi posée par l'alinéa 1^{er} de l'article L. 341-6 est de portée générale et vise tous les employeurs ou les utilisateurs de main d'œuvre étrangère, quel que soit leur statut juridique.

2. - La constatation de l'absence des vérifications incombant au donneur d'ordre

En présence d'une situation d'emploi d'étranger sans titre de travail, le paiement de la contribution spéciale ne pourra être réclamé au donneur d'ordre que dans l'hypothèse où il n'a pas procédé formellement à la vérification prévue par l'article 4 du décret du 31 mai 1997 et codifiée à l'article R. 341-36 du code du travail. Le décret prévoit en effet que la solidarité financière du client ne peut être recherchée lorsqu'il s'est fait remettre par son cocontractant, au moment de la conclusion du contrat, une attestation sur l'honneur indiquant s'il a ou non l'intention de faire appel, pour l'exécution de ce contrat, à des salariés de nationalité étrangère, et, dans l'affirmative, certifiant que ces salariés sont ou seront autorisés à exercer une activité professionnelle en France.

Dès lors qu'il est constaté qu'un employeur fait travailler un ou plusieurs étrangers démunis de titre de travail, il appartient à l'agent de contrôle d'identifier, s'il existe, le ou les donneurs d'ordre qui ont confié du travail à cet employeur et de s'assurer que chacun de ces donneurs d'ordre s'est fait remettre l'attestation sur l'honneur prévue par l'article R. 341-36 du code du travail.

A toutes fins utiles, il est rappelé que la mise en recouvrement de la contribution spéciale, y compris à l'encontre du donneur d'ordre, est indépendante des suites judiciaires réservées au procès-verbal constatant l'infraction à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 341-6 du code du travail.

3. - Le montant de la prestation

Le montant de la prestation réalisée dans des conditions illégales pour le compte du donneur d'ordre doit être égal ou supérieur à 20 000 F. Il s'agit du montant total de la prestation, apprécié au jour de la conclusion du contrat.

Lorsque plusieurs contrats égaux ou supérieurs à 20 000 F, mais nettement différenciés dans le temps, sont exécutés pour le même client, la vérification de la situation professionnelle du cocontractant doit être renouvelée pour chacun de ces contrats. De même, la vérification de la situation du cocontractant doit être effectuée à chaque renouvellement tacite d'un contrat initial.

Lorsque la prestation est réalisée de façon continue, répétée et successive dans le temps, la globalité de la relation commerciale est prise en considération, même si chacune des prestations est d'un montant inférieur à 20 000 F dans la mesure où elles portent sur le même objet. Le même raisonnement doit être tenu en présence d'un découpage artificiel de la prestation en plusieurs contrats inférieurs à 20 000 F.

Le montant de 20 000 F s'évalue toutes taxes comprises lorsque la prestation a fait l'objet d'une facturation et hors taxe lorsqu'il y a fraude sur les taxes. Ce montant peut être établi à partir des devis, bons de commandes, factures ou déclarations des protagonistes, la quantité ou le volume du travail réalisé ou des normes habituellement reconnues dans la profession.

4. - Le donneur d'ordre

L'article L. 341-6-4, qui est une disposition de nature civile, vise tout donneur d'ordre, c'est-à-dire toute personne physique ou morale, de droit privé ou de droit public (Etat, collectivité locale, établissement public à caractère administratif) qui a recours à un cocontractant qui emploie de la main-d'œuvre étrangère démunie de titre de travail pour exécuter le travail qu'il lui confie.

La loi a cependant exclu de l'application de ce mécanisme le particulier qui fait appel à un opérateur économique pour la réalisation d'une prestation destinée à son usage personnel, celui de son conjoint, de ses ascendants ou descendants.

5. - L'employeur ou l'utilisateur de main-d'œuvre étrangère

L'employeur de la main-d'œuvre étrangère démunie de titre de travail qui est en relation avec le donneur d'ordre doit à cette occasion exécuter un travail, fournir une prestation de service ou accomplir un acte de commerce. Il peut donc s'agir de toute personne physique ou morale, à l'exception des particuliers employeurs, que cet employeur soit établi en France ou à l'étranger. Ainsi, celui qui a recours aux services d'une entreprise étrangère domiciliée dans un pays tiers doit s'assurer que cet employeur va faire travailler en France de la main-d'œuvre étrangère autorisée.

L'employeur du travailleur étranger démuné de titre de travail peut être, en application des dispositions de l'article L. 341-6 du code du travail, celui qui a procédé à son embauche ou qui l'a conservé à son service malgré l'expiration du titre de travail ou le non-renouvellement de celui-ci. Il peut être également l'utilisateur effectif de ce salarié, même s'il ne l'a pas directement embauché, par exemple dans le cadre d'une opération de marchandage ou de prêt illicite de personnel (voir circulaire DPM N°92-02 du 20 février 1992 relative à l'identification de l'employeur d'un étranger démuné de titre de travail).

Enfin, la mise en œuvre de la solidarité financière prévue par l'article L. 341-6-4 du code du travail se combine avec celle déjà prévue par les articles L. 324-13-1, L. 324-14 et suivants du code du travail pour le travail dissimulé et qui a fait l'objet de la circulaire interministérielle du 30 décembre 1994.

II. - LES MODALITÉS DE MISE EN ŒUVRE DE L'ARTICLE L. 341-6-4 DU CODE DU TRAVAIL

La mise en œuvre de la solidarité financière prévue à l'article L. 341-6-4 du code du travail nécessite des diligences particulières de la part des agents de contrôle, du directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle ou du fonctionnaire chargé du contrôle de la législation du travail et de l'O.M.I.

a) Les agents de contrôle

En présence d'une situation d'emploi d'étranger sans titre, l'agent de contrôle met en œuvre, si nécessaire avec le concours d'autres agents habilités à rechercher et à constater l'infraction d'emploi d'étranger sans titre de travail, tous les moyens dont il dispose pour identifier le ou les différents donneurs d'ordre ayant recours à l'employeur de main-d'œuvre étrangère non autorisée. Il s'assure ensuite auprès du donneur d'ordre ou des différents donneurs d'ordre concernés qu'ils possèdent chacun l'attestation sur l'honneur remise par l'employeur.

Dans un souci d'efficacité, l'ensemble de ces opérations doit être fait dans le temps le plus court après le constat de l'emploi de la main-d'œuvre étrangère sans titre de travail. Si le donneur d'ordre est domicilié hors du ressort territorial de l'agent, celui-ci pourra, dans le respect des textes particuliers qui lui sont applicables et notamment, pour les officiers et agents de police judiciaire des dispositions du code de procédure pénale, utilement saisir un autre agent habilité pour procéder à cette vérification, en utilisant les dispositions du nouvel article L. 341-6-5 du code du travail qui lève le secret professionnel entre les agents de contrôle habilités en matière de trafics de main-d'œuvre étrangère.

Lorsque l'agent constate que le donneur d'ordre ne s'est pas fait remettre l'attestation sur l'honneur, il le mentionne expressément dans le procès verbal relevant l'infraction à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 341-6 du code du travail ou dans une notice annexée au procès verbal et indissociable de celui-ci.

A cet effet, le procès verbal ou la notice qui lui est annexée doit comprendre les informations suivantes :

- l'identité et l'adresse de chaque donneur d'ordre identifié,
- l'objet du contrat, c'est-à-dire la nature précise du travail confié à l'employeur de la main-d'œuvre étrangère et de celui réalisé effectivement par les salariés en cause au moment du contrôle,
- le montant du contrat pour l'exécution duquel la main d'œuvre étrangère est employée.

Même si les textes ne le prévoient pas de façon explicite, le procès verbal et la notice gagneront à être accompagnés soit en original, soit en copie, de tous documents de nature commerciale (contrats, devis, factures, bons de commandes, etc...) relatifs à l'exécution de la prestation objet de la procédure et de toutes les explications utiles sur les relations entre le donneur d'ordre et l'employeur de la main d'œuvre étrangère. La présence de ces documents, en original ou en copie, dépend directement de la possibilité pour chaque corps de contrôle d'effectuer ou non des saisies de documents sur la base de ses pouvoirs propres et de la nécessité, lorsque la saisie est possible, de disposer des originaux pour les besoins de l'enquête judiciaire subséquente.

L'original du procès verbal, accompagné de la notice éventuellement rédigée, et des autres documents (en original ou en copie) sont transmis par l'agent verbalisateur au procureur de la République. Une copie de cette procédure est adressée au directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle ou au fonctionnaire chargé du contrôle de la législation du travail dans les branches ne relevant pas de la compétence de ce directeur (par exemple, le chef du service départemental de l'inspection du travail, de l'emploi et de la protection sociale agricoles ou le directeur régional du travail des transports).

b) Transmission du procès verbal au directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle ou au fonctionnaire chargé du contrôle de la législation du travail

Le rôle du directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle ou du fonctionnaire chargé du contrôle de la législation du travail dans les branches ne relevant pas de la compétence de ce directeur est déterminant pour la mise en œuvre de la solidarité financière.

Lorsque ce directeur ou ce fonctionnaire reçoit un procès verbal en copie constatant l'infraction à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 341-6 du code du travail et mentionnant l'existence d'un ou de plusieurs donneurs d'ordre à qui la contribution spéciale peut être réclamée, il doit :

- d'une part, adresser conformément à l'article R. 341-33 du code du travail, le courrier habituel à l'employeur ou à l'utilisateur de la main d'œuvre étrangère pour recueillir ses observations sur le constat fait par l'agent de contrôle ;
- d'autre part, écrire en lettre recommandée avec demande d' accusé de réception à chaque donneur d'ordre identifié dans la procédure ; à cette occasion, le directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle ou le fonctionnaire compétent fait part à chacune de ces personnes de l'application à leur égard des dispositions de l'article L. 341-6-4 du code du travail et les invite à lui présenter des observations écrites sur cette procédure dans un délai de quinze jours.

Dès réception de ces observations, et au plus tard à l'expiration de ce délai de quinze jours, le fonctionnaire compétent transmet au directeur départemental :

- le procès verbal,
- la notice, si elle a été établie,
- les observations de l'employeur et celles du ou des donneurs d'ordre, si celles-ci ont été fournies,
- son avis sur la procédure.

Le directeur départemental vérifie que toutes les conditions prévues par les articles L. 341-6-4, R. 341-36 et R. 341-37 du code du travail sont remplies. Il s'assure notamment de la mention du montant du contrat et de l'identification précise du ou des donneurs d'ordre (dénomination sociale, adresse professionnelle). A cet effet, il peut demander tous renseignements complémentaires utiles à l'agent verbalisateur, en particulier lorsqu'il apparaîtra à la lecture du procès verbal qu'aucune démarche n'a été accomplie par cet agent en direction du donneur d'ordre.

Lorsque le directeur départemental estime avoir recueilli toutes les informations utiles à l'instruction du dossier, il transmet simultanément à l'O.M.I. :

- le procès-verbal,
- la notice, si elle a été établie,
- les observations de l'employeur et celles du ou des donneurs d'ordre, si elles ont été fournies,
- l'avis du fonctionnaire compétent,
- son avis sur les modalités de mise en œuvre de la contribution spéciale à l'égard de chacune des personnes mentionnées dans la procédure.

La rédaction de cet avis doit faire l'objet d'une attention toute particulière puisqu'il permettra au directeur de l'O.M.I. d'arrêter en toute connaissance de cause le choix du débiteur de la contribution spéciale, c'est-à-dire, soit l'employeur ou l'utilisateur de la main d'œuvre, soit le ou les donneurs d'ordre.

L'avis devra comporter toutes les informations nécessaires, en droit et en opportunité, afin de donner à ce nouveau dispositif sa pleine efficacité.

L'avis pourra donc utilement comporter des informations sur :

- la consistance, la solvabilité, le risque ou la réalité de la disparition ou de dépôt de bilan de l'employeur,
- la personnalité du ou des donneurs d'ordre,
- l'existence d'antécédents du ou des donneurs d'ordre en matière de travail illégal,
- la mise en cause du ou des donneurs d'ordre en matière de travail dissimulé lors du contrôle ayant permis de constater l'emploi d'étranger sans titre de travail.

c) Délégation de pouvoirs du directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle

Les instructions ci-après s'appliquent à la procédure du recouvrement de la contribution spéciale prévue par l'article L. 341-7 du code du travail, qu'elle soit instruite conformément à l'article L. 341-6-4 au titre de la solidarité financière, ou directement auprès de l'employeur, dans les conditions prévues aux articles R. 341-33 à R. 341-35, précisées dans la circulaire du 20 décembre 1990.

Concernant les compétences du directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, les instructions de la circulaire du 20 décembre 1990, au 2.2.a, sont modifiées, en ce que celui-ci peut, dans le cadre de ses pouvoirs d'organisation, désigner un membre du corps de l'inspection du travail auquel il confie le pouvoir d'agir en la matière et de signer l'avis destiné à l'O.M.I.. En effet, il est apparu que la mise en œuvre de la procédure est entachée de dysfonctionnements, notamment du fait de la surcharge des services, d'où la nécessité de prévoir la possibilité pour le directeur départemental de déléguer ses pouvoirs en la matière, conformément aux dispositions du décret n° 94-1166 du 28 décembre 1994.

Pour la mise en œuvre de ces instructions, il pourrait être utile de mettre en place une cellule spécialisée constituée au sein de la direction, cellule qui ne peut être qu'un élément d'efficacité dans la procédure de mise en œuvre de la contribution spéciale. Elle devrait être placée sous la responsabilité d'une personne qualifiée (catégorie A ou B) chargée d'examiner à leur arrivée les procès-verbaux afin d'assurer la meilleure transmission possible à l'O.M.I.

d) La décision du directeur de l'office des migrations internationales (O.M.I.)

Le directeur de l'O.M.I. est chargé de la mise en recouvrement de la contribution spéciale. Si, au vu des pièces rassemblées et des informations recueillies dans le cadre de la procédure qui lui sont transmises par le directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, le directeur de l'office décide de faire application de l'article L. 341-6-4, il notifie le titre de recouvrement, soit à celui qui a occupé le salarié, directement ou par personne interposée, soit à chacun des donneurs d'ordre identifiés dans la procédure comme visés par l'article L. 341-6-4 du code du travail.

- Dans la première hypothèse, lorsque la contribution spéciale est réclamée à l'employeur, le taux de la contribution spéciale peut être réduit à 500 fois le minimum garanti, ou majoré à 2 000 fois.
- Dans l'autre hypothèse, où la contribution spéciale est réclamée au donneur d'ordre, le taux de la contribution spéciale est égal à 1 000 fois le minimum garanti, avec faculté de réduction à 500 fois, mais sans possibilité de majoration à 2 000 fois, conformément aux dispositions de l'article R. 341-41 du code du travail. Si le titre de recouvrement de la contribution spéciale est notifié à plusieurs donneurs d'ordre au titre du même salarié étranger, l'O.M.I. réclame à chaque intéressé une part de la contribution spéciale, au prorata du nombre de donneurs d'ordre concernés (ex. : s'il y a trois donneurs d'ordre, chacun est redevable du tiers du montant de la contribution spéciale).

Dans tous les cas, le recouvrement de la contribution spéciale auprès des donneurs d'ordre se fait selon les règles de droit commun habituellement mises en œuvre par l'O.M.I. pour obtenir le paiement de cette créance.

Je vous demande de veiller strictement à l'application de la présente directive et de me rendre compte, sous le présent timbre, des difficultés que vous pourriez rencontrer dans sa mise en œuvre.

Pour le délégué interministériel, à
La lutte contre le travail illégal, l'adjointe

Anne BERRIAT

Le directeur général de la police nationale

Patrice BERGOUX

Le directeur général de la gendarmerie nationale

Bernard PRÉVOST

Le directeur des exploitations, de la politique sociale et de l'emploi

Claude DUBREUIL

Le directeur de la population et des migrations

Jean GAEREMYNCK

Le directeur général des douanes et droits
indirects

Francis AUVIGNE

Le directeur des transports terrestres

Hubert du MESNIL

L'inspecteur général du travail et de la main-
d'œuvre des transports

Samy-Marc SAADIA