

MINISTERE DE L'EMPLOI, DE LA COHESION
SOCIALE ET DU LOGEMENT

Paris, le 11 JANVIER 2007

DIRECTION DE LA POPULATION
ET DES MIGRATIONS

Le Ministre de l'emploi, de la cohésion sociale
et du logement

DIRECTION GENERALE DU TRAVAIL

A

Mesdames et Messieurs les Préfets de région
- direction régionale du travail, de l'emploi
et de la formation professionnelle

N° 6

Mesdames et Messieurs les Préfets de département
- direction départementale du travail, de l'emploi
et de la formation professionnelle
- service de la main d'œuvre étrangère

Monsieur le Directeur de l'Agence nationale de l'accueil
des étrangers et des migrations (pour information)

NOTE D'INFORMATION

**OBJET : Évaluation des avantages en nature pour la détermination
de la rémunération versée aux travailleurs étrangers.**

La présente note a pour objet de clarifier les règles relatives à l'évaluation des avantages en nature, afin de pallier les difficultés rencontrées par les services de main d'œuvre étrangère des directions départementales du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle dans le cadre de l'instruction des demandes de délivrance et de renouvellement d'autorisations de travail et plus particulièrement de l'examen du montant de la rémunération proposée aux ressortissants étrangers.

En vertu de l'article R.341-4, 3° du code du travail, la délivrance de l'autorisation de travail est en effet subordonnée au respect du principe d'égalité en ce qui concerne les conditions de travail et de rémunération, le salaire devant en particulier être équivalent au salaire qui serait versé à un résident occupant le même emploi.

Ces dispositions s'appliquent également lorsque l'étranger est détaché d'une entreprise étrangère conformément à l'article L. 342-1 du code du travail.

Elles trouvent encore à s'appliquer lorsque la rémunération du salarié est entièrement constituée d'avantages en nature, comme le cas peut se présenter pour certains étudiants qui réalisent diverses prestations de travail en échange de la fourniture d'un logement et de nourriture par l'employeur.

Il convient d'abord de définir la notion d'avantages en nature (1), avant de préciser les règles applicables pour leur évaluation en matière de rémunération (2).

1. Définition

En vertu de l'article L. 140-2 du code du travail; les avantages en nature accordés par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier font partie de la rémunération du travailleur. L'employeur peut donc les prendre en compte pour le calcul de la rémunération versée aux salariés.

Constituent des avantages en nature les prestations (biens ou services) fournies par l'employeur gratuitement ou moyennant une participation du salarié inférieure à la valeur réelle, lui permettant ainsi de faire l'économie de frais qu'il aurait dû normalement supporter.

Les avantages en nature peuvent être également être fournis par l'intermédiaire d'un tiers dès lors que l'octroi de l'avantage est opéré en considération de l'appartenance du salarié à l'entreprise concernée.

Il n'existe pas de liste exhaustive des avantages en nature, qui peuvent consister dans la fourniture du logement –et, le cas échéant, de ses accessoires : eau, gaz, électricité, chauffage, garage - ou de la nourriture, mais peuvent aussi prendre la forme d'une mise à disposition d'un véhicule professionnel à titre permanent, permettant au salarié de l'utiliser à titre privé et donc en dehors du temps de travail.

Il convient par ailleurs de préciser que les avantages en espèces, qui consistent en la prise en charge par l'employeur de frais dont le paiement incombe nominativement au salarié (par ex le paiement par l'employeur du loyer d'un logement dont le bail est au nom du salarié, ou encore le paiement par l'employeur des impôts locaux dus par le salarié), doivent également être intégrés dans la rémunération au même titre que les avantages en nature.

Ces avantages (en nature ou en espèces) doivent être distingués des « frais professionnels », qui désignent les « charges de caractère spécial inhérentes à la fonction ou à l'emploi du travailleur salarié ou assimilé que celui-ci supporte au titre de l'accomplissement de ses missions » (cf arrêté du 20 décembre 2002 relatif aux frais professionnels déductibles pour le calcul des cotisations de sécurité sociale).

Les frais professionnels font l'objet d'une indemnisation par l'employeur, soit sous la forme du remboursement des dépenses réellement engagées par le salarié, soit sur la base d'allocations forfaitaires.

Les frais professionnels, contrairement aux avantages en nature, ne constituent pas un élément de rémunération du salarié et ne sont donc pas soumis à cotisations sociales. Dès lors, l'employeur ne saurait déduire de la rémunération du salarié les sommes versées au titre du remboursement de frais professionnels.

Sont notamment considérés comme frais professionnels les indemnités destinées à compenser les frais exposés par les salariés étrangers détachés en France, telles que dépenses de voyage, de logement ou de nourriture (article D.341-5-3 du code du travail), ou encore les indemnités destinées à compenser les frais de déménagement exposés par le salarié, les indemnités de restauration sur le lieu de travail,...

Les avantages en nature s'ajoutent généralement à la rémunération en espèces. La jurisprudence admet toutefois que la rémunération d'un salarié puisse être intégralement constituée par des avantages en nature si la valeur réelle des avantages fournis est au moins égale au SMIC ou au salaire conventionnel (Cass. Soc., 27 mars 1990, n° 87-40.852, Sté SOBEA SOCEA).

Il est rappelé que conformément à l'article L.341-7-1 du code du travail, un employeur ne peut verser à un travailleur étranger, en compensation de la valeur locative du logement qu'il avait mis à sa disposition, un salaire inférieur à celui qui était prévu dans le contrat de travail visé par l'autorité administrative (Cass.Soc., Arrêt MAZOUNI, 17/07/2001). Une telle compensation s'analyse en effet comme une retenue sur salaire, prohibée par l'article L.341-7-1 du code du travail.

2. Modalités d'évaluation

En application des articles L 122-45 et de l'article R.341-4 3) du code du travail, la rémunération versée à un salarié étranger doit être déterminée selon des modalités identiques à celles habituellement appliquées à un salarié français occupant le même emploi.

2.1. Nécessité d'une évaluation préalable des avantages en nature par la convention collective ou le contrat de travail

J'appelle votre attention sur le fait qu'à défaut d'évaluation expresse prévue au contrat de travail ou conventionnelle, les avantages en nature fournis par l'employeur ne peuvent pas être pris en compte comme éléments de la rémunération du salarié.

Il appartient à titre principal aux partenaires sociaux, dans le cadre des conventions et accords collectifs de travail, de déterminer pour quelle valeur les avantages en nature remis au salarié doivent être pris en compte dans le montant de sa rémunération. Il conviendra dès lors de se référer à la convention collective applicable à l'employeur pour vérifier si elle contient des dispositions particulières relatives à l'évaluation des avantages en nature.

A défaut d'évaluation prévue dans les conventions et accords collectifs, cette valeur est fixée par les parties dans le contrat de travail. L'employeur ne peut donc fixer de manière unilatérale l'évaluation de l'avantage en nature.

Dès lors, dans l'hypothèse où le contrat de travail cerfa utilisé pour l'introduction d'un salarié étranger, ou le contrat de travail détaillé, qui a pu être conclu parallèlement au contrat cerfa, est muet sur la valeur des avantages en nature fournis, et en l'absence de toutes dispositions sur ce point dans les conventions ou accords collectifs applicables, il conviendra de vérifier que la rémunération en espèces est suffisante au regard du salaire minimum de base en vigueur dans le secteur d'activité concerné, sans prendre en compte les avantages en nature fournis par l'employeur (sur ce point, voir Cass soc. 12.06.1986).

2.2. Application des règles de calcul des cotisations de sécurité sociale

Les parties peuvent se référer aux règles définies en application du code de la sécurité sociale pour le calcul des cotisations sociales (voir l'arrêté du 10 décembre 2002 relatif à l'évaluation des avantages en nature pour le calcul des cotisations sociales, et la circulaire DSS/SDFSS/5B/N°2003/07 du 7 janvier 2003 relative à la mise en œuvre des arrêtés du 10 et 20 décembre 2002). Elles peuvent aussi décider de retenir une évaluation supérieure. Toutefois, dans tous les cas, le montant retenu pour évaluer l'avantage en nature ne pourra être supérieur au montant résultat de l'application des règles de calcul des cotisations sociales (forfait ou valeur locative).

En vertu de ces dispositions, l'avantage nourriture est ainsi réévalué chaque 1^{er} janvier. Il s'élèvera à compter du 1^{er} janvier 2007 à 8,40 euros par jour ou 4,20 euros pour un seul repas.

En suivant ces mêmes règles, l'avantage logement est évalué forfaitairement (le forfait tenant compte à la fois du niveau de rémunération de l'intéressé et du nombre de pièces) ou calculé, sur option de l'employeur, d'après la valeur locative servant à l'établissement de la taxe d'habitation dans les conditions prévues aux articles 1496 et 1516 du Code général des impôts. Les avantages accessoires au logement (frais d'électricité, etc.) sont évalués d'après leur valeur réelle.

Pour plus de détails, vous pouvez consulter les informations en ligne à l'adresse suivante : www.securite-sociale.fr, « actualité juridique », « cotisations et contributions spéciales », « frais professionnels et avantages en nature ».

A noter que la fourniture d'un logement n'est donc considérée comme un avantage en nature seulement si elle est gratuite ou a pour contrepartie une indemnité minimale qui ne peut être assimilée à un loyer (Cass.soc., 17 mai 1961, n°59-11.658, Caisse primaire de sécurité sociale de Nancy).

Ainsi ne constitue pas un avantage en nature le fait pour un employeur de loger un salarié étranger en contrepartie d'un loyer correspondant ou supérieur au prix des loyers pratiqués dans la commune : dans une telle hypothèse, la rémunération du salarié doit être appréciée sans tenir compte du fait que le salarié est logé par son employeur.

2.3. Evaluation des avantages en nature pour les salariés rémunérés au SMIC et relevant de certains secteurs d'activité particuliers (articles D.141-5 à D.141-10 du code du travail)

Il convient de préciser que le champ d'application des articles D.141-5 à D.141-10 du code du travail est très étroit. En effet, les règles d'évaluation des avantages en nature logement et nourriture qu'ils posent ne concernent aujourd'hui que les salariés rémunérés strictement au niveau du SMIC, avantages en nature inclus (en ce sens, Cass. soc. 24.04.1985), dont la rémunération est de manière habituelle constituée pour partie par la fourniture de la nourriture ou du logement et à défaut de stipulations conventionnelles différentes (conditions cumulatives).

Aux termes de l'article D.141-6 du code du travail, la nourriture est évaluée par journée à deux fois le minimum garanti défini à l'article L.141-8 du code du travail, soit 6.34 euros (2x3,17 – valeur du MG au 1^{er} juillet 2006), ou pour un seul repas, à une fois ledit minimum, soit 3,17 euros. L'article D.141-9 du code du travail évalue l'avantage logement à 0.02 euros par jour.

Par ailleurs, ces règles ne sont pas applicables aux salariés des professions agricoles, au personnel navigant de la marine marchande et aux concierges et gens de maison (article D.141-5 du code du travail) et ne concernent en définitive que le personnel des entreprises compris dans le champ d'application des conventions collectives suivantes : hôtels, cafés et restaurants, restauration de collectivités restauration rapide, chaînes de cafétéria et assimilés, casinos (cf l'arrêté du 28 avril 2003 modifiant l'article 1^{er} de l'arrêté du 10 décembre 2002 relatif à l'évaluation des avantages en nature en vue du calcul des cotisations sociales).

3. Conclusion

En conclusion, lors d'une demande d'introduction d'un salarié étranger, il importe avant tout de vérifier si « l'avantage » fourni au salarié constitue bien un avantage en nature, devant être pris en compte comme élément de rémunération du salarié, ou s'il s'agit de remboursement de frais professionnels exposés par le salarié dans le cadre de son travail, qui ne constituent pas des éléments de sa rémunération.

Par ailleurs, lorsqu'il s'agit d'avantages en nature, il importe de vérifier que leur évaluation éventuellement faite dans le contrat de travail qui vous est soumis (ou dans le formulaire d'introduction concernant les cadres détachés) respecte les règles rappelées ci-dessus.

Soit les conventions ou accords collectifs (dont les références doivent être indiquées par l'employeur sur les formulaires d'introduction) prévoient une évaluation : le contrat de travail ne peut dans ce cas indiquer une évaluation supérieure.

Soit les conventions ou accords collectifs applicables ne fixent aucune évaluation spécifique des avantages en nature (hypothèse la plus fréquente) : dans ce cas, le contrat de travail doit prévoir une évaluation de ces avantages pour qu'il puisse en être tenu compte. Si le salarié relève de la catégorie de salariés dont la rémunération est de manière habituelle constituée pour partie par la fourniture de la nourriture ou du logement et si la rémunération prévue (y compris l'avantage en nature) est égale au SMIC, l'évaluation de l'avantage en nature doit respecter les prescriptions des articles D. 141-6 et D. 141-9 du code du travail.

Par ailleurs, lors du renouvellement, il convient de contrôler que les avantages en nature inclus dans la rémunération versée figurent bien sur le contrat de travail ou sur un avenant à ce contrat de travail. A défaut d'évaluation, ils ne peuvent être pris en compte.

Les services sont invités à faire part de leurs questions et des difficultés qu'ils rencontrent ou qu'ils observent pour la mise en œuvre de ce dispositif en adressant leur demande au bureau DMI2 Réglementation, autorisation de travail et regroupement familial de la DPM (tel : 01 40 56 56 87 / fax : 01 40 56 56 79 / correspondante : julie.beaussier@social.gouv.fr) et au Bureau de la durée et des revenus du travail (RT3) de la DGT (tel : 01 44 38 26 15 / fax : 01 44 38 26 23 / correspondante : anne-marie.morais@dgt.travail.gouv.fr).

Le Directeur de la population et des migrations



Patrick Butor

Le Directeur général du travail



Jean-Denis Combrexelle