

## Études

## Droit pénal du travail

Quarante ans de lutte contre le travail illégal <sup>1</sup>

Bilan et perspectives

## L'essentiel

*La lutte contre le travail illégal est une politique publique qui est inscrite dans la durée et qui mobilise de nombreux outils institutionnels, juridiques et opérationnels. Elle est au centre de*

*quatre enjeux : la défense de l'emploi, la protection des entreprises contre la concurrence déloyale, le soutien aux finances publiques et aux comptes sociaux et enfin la maîtrise des flux migratoires et des mobilités internationales. Si les fraudes relevant du travail illégal ont sensiblement évolué ces quarante dernières années, elles ont fait l'objet au fil du temps d'un traitement attentif et adapté de la part des pouvoirs publics et du législateur, conforté par la jurisprudence. La création de la déclaration préalable à l'embauche en 1991 reste à ce titre une référence. Des évolutions du dispositif juridique et institutionnel restent néanmoins nécessaires à réaliser sans tarder, notamment pour apporter une meilleure réponse aux pratiques des opérateurs économiques établis hors de France qui contournent l'ordre public social.*



par Hervé Guichaoua

Directeur du travail

La lutte contre le travail illégal <sup>2</sup> a commencé à se structurer et à s'organiser comme politique publique en France à partir de 1972 <sup>3</sup>. Depuis cette période, que de chemin parcouru, tant les manifestations du travail illégal ont évolué au fil du temps, conduisant à de très nombreuses adaptations du cadre juridique et institutionnel de lutte contre cette fraude sociale et économique. En effet, si le contrôle de l'activité économique indépendante occulte <sup>4</sup>, objet limité de la loi du 11 juillet 1972, reste d'actualité et nécessaire, l'internationalisation des relations commerciales a généré ce qui est désormais appelé les fraudes aux prestations de services et au détachement des salariés, en réacti-

vant une nouvelle forme de trafics de main-d'œuvre que l'on croyait disparue. Les sommes quant à elles éludées ces dernières années, tant pour le salarié victime que pour les organismes de recouvrement <sup>5</sup>, portent sur des flux financiers dont l'ampleur est sans commune mesure avec les réalités des Trente Glorieuses <sup>6</sup>.

L'évolution continue du cadre juridique pour une meilleure appréhension du travail illégal a été accompagnée par une jurisprudence fournie et généralement très favorable des trois chambres concernées de la Cour de cassation et des juridictions administratives, ce qui a facilité et conforté l'action des salariés victimes de ces pratiques ainsi que celle des agents de contrôle et des services de recouvrement. Si le bilan de la lutte contre le travail illégal de ces quarante dernières années est donc particulièrement dense et riche (I), des évolutions majeures et cohérentes du dispositif encore nécessaires tardent à se concrétiser (II).

<sup>1</sup> Cet article est à rapprocher de ceux écrits par G. Hue, *Le travail clandestin, dix ans après...*, Dr. soc. 1993. 227, et par H. Rauline, *Le travail illégal*, Dr. soc. 1994. 123.

<sup>2</sup> Par commodité, l'expression « travail illégal » sera utilisée dans cet article, même si cette notion n'est apparue dans la législation qu'à l'occasion de la loi quinquennale n° 93-1313 du 20 déc. 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle (v. titre du chapitre IV de la loi).

<sup>3</sup> L. n° 72-648, 11 juill. 1972, définissant et sanctionnant le travail clandestin.

<sup>4</sup> Très familièrement appelé travail au noir.

<sup>5</sup> Selon le dernier bilan de l'Acoss, les Urssaf ont opéré en 2012 pour 260 millions de redressement au titre du travail illégal, soit une hausse de 18 % par rapport à 2011.

<sup>6</sup> J.-P. Fournel, *L'évolution des comportements frauduleux en matière de travail dissimulé*, Dr. soc. 2011. 518.

## I. — UN BILAN DENSE ET RICHE

La lutte contre le travail illégal se concentre principalement sur trois types de fraude : l'exercice d'une activité économique indépendante occulte, la dissimulation de l'emploi salarié et les trafics de main-d'œuvre, française ou étrangère, avec en dénominateur commun la fraude fiscale et le non-paiement des cotisations sociales. À l'origine, chacune de ces fraudes faisait l'objet d'un traitement séparé, segmenté et non coordonné, sans approche globale du comportement des auteurs et bénéficiaires de ces pratiques. L'une des évolutions majeures a été la volonté d'appréhender la totalité des manifestations et des conséquences des fraudes à l'activité économique et à l'emploi salarié. Cette nouvelle approche, en réponse aux comportements illicites des opérateurs économiques, a radicalement modifié le traitement de cette délinquance.

### A — UN APPORT NORMATIF CONSÉQUENT

Si la production législative a été soutenue à partir de 1972<sup>7</sup>, il faut cependant attendre les années 90 pour la parution de trois grandes lois sur le travail illégal<sup>8</sup>. Ces textes ont posé des principes fondamentaux structurants de la lutte contre le travail illégal, qui depuis ont été ajustés ou déclinés.

#### 1. La création d'un dispositif interministériel de lutte contre le travail illégal

La coordination interministérielle de lutte contre le travail illégal a été initiée en 1976 par la création de la Mission interministérielle pour la lutte contre les trafics de main-d'œuvre (Milutmo), avec à sa tête un magistrat de l'ordre judiciaire<sup>9</sup>. Directement liée à la décision gouvernementale de suspendre l'immigration de travail, son objet était dédié et limité à l'animation et à la coordination de la lutte contre l'introduction, l'emploi et l'hébergement irréguliers de la main-d'œuvre étrangère.

Il est apparu cependant assez vite que les fraudes commises par les employeurs en matière d'immigration de travail s'inscrivaient dans une démarche de fraude plus générale à l'emploi salarié, et que la finalité principale de cette fraude n'était pas en relation à titre principal avec la nationalité du salarié mais avec le statut de salarié, peu important sa nationalité. Ainsi, dans le monde du travail, étaient constatés, imbriqués ou non, à l'occasion des contrôles ciblés à l'origine sur les conditions d'emploi de la main-d'œuvre étrangère, de l'emploi non déclaré<sup>10</sup> de salarié, français ou étranger, de la fausse sous-traitance et bien entendu du non-paiement de cotisations sociales, indifféremment de la nationalité des salariés employés.

Ce constat et cette analyse ont conduit, dès 1986, à la création, au niveau local, des commissions départementales de lutte contre le travail clandestin, l'emploi non déclaré et les trafics de main-d'œuvre, sous la présidence du préfet<sup>11</sup>, dénomination qui correspond pour une très large part à la définition actuelle du travail illégal. C'est à compter de cette époque que la Milutmo est progressivement devenue interministérielle dans son fonctionnement, en se dotant d'agents provenant de l'ensemble des services de contrôle et de recouvrement impliqués dans la lutte contre le travail illégal.

Trois ans plus tard, en 1989, la Milutmo voit sa compétence étendue et alignée sur celle des commissions départementales<sup>12</sup>, rendant ainsi homogène dans leur champ d'action le dispositif institutionnel national et local de lutte contre le travail illégal. Elle n'est plus placée auprès du secrétaire d'État chargé des Travailleurs immigrés, mais auprès du ministre chargé du Travail.

Poursuivant l'adaptation du dispositif institutionnel, l'action des commissions départementales est rapidement confortée dans deux domaines<sup>13</sup>. Le rôle de l'autorité judiciaire est renforcé : le procureur de la République devient le vice-président de la commission départementale et président du comité restreint qui réunit les services de contrôle. Le préfet est invité à initier une politique de prévention contre le travail illégal et, à cet effet, à se rapprocher des organisations professionnelles pour signer des conventions de partenariat.

En 1997, concomitamment à la troisième grande loi de lutte contre le travail illégal, l'ensemble du dispositif institutionnel est sensiblement remanié, dans la perspective de le rendre plus efficace en l'adaptant et en le musclant<sup>14</sup>. Au niveau national, sont créées deux instances à caractère politique<sup>15</sup> présidées par le Premier ministre et le ministre chargé du Travail. La Milutmo disparaît au profit de la délégation interministérielle à la lutte contre le travail illégal (DILTI), qui est alors dirigée par un préfet. Elle reste chargée, au plan national, de l'animation et de la coordination. Au niveau local, le rôle des deux instances, dont l'une change d'appellation<sup>16</sup>, est réaffirmé.

En 2008, s'opère un tournant majeur pour le dispositif institutionnel de lutte contre le travail illégal. Celui-ci est profondément remanié dans le cadre d'une politique plus large de lutte contre la fraude fiscale et sociale<sup>17</sup>. La structure nationale interministérielle d'animation et de coordination de lutte contre le travail illégal disparaît à son tour,

<sup>7</sup> Neuf lois contiennent des dispositions relatives à la lutte contre le travail illégal.

<sup>8</sup> L. n° 91-138, 31 déc. 1991, L. n° 93-1313, 20 déc. 1993, et L. n° 97-210, 11 mars 1997.

<sup>9</sup> Arr. 10 août 1976.

<sup>10</sup> Ancienne dénomination de la dissimulation d'emploi salarié.

<sup>11</sup> Décr. n° 86-610 du 14 mars 1986 et circulaire du 19 sept. 1986.

<sup>12</sup> Arr. intermin. 16 janv. 1989.

<sup>13</sup> Décr. n° 90-656, 25 juill. 1990, et Décr. n° 91-1134, 30 oct. 1991 ; Circ. 25 juill. 1990, 24 janv. et 23 oct. 1992.

<sup>14</sup> Décr. n° 97-213, 11 mars 1997.

<sup>15</sup> Dont la Commission nationale de lutte contre le travail illégal.

<sup>16</sup> Le comité restreint devient le comité opérationnel de lutte contre le travail illégal (COLTI).

<sup>17</sup> Décr. n° 2008-371, 18 avr. 2008, relatif à la coordination de la lutte contre les fraudes et créant la Délégation nationale à la lutte contre la fraude.

mais sans être remplacée, ni dans son organisation, ni dans la totalité de ses missions<sup>18</sup>. Ses agents sont réintégrés dans leur administration d'origine. La lutte contre le travail illégal reste cependant prise en compte en tant que telle au niveau national par une commission nationale présidée par le Premier ministre, par le pilotage des instances locales sous l'égide de la Délégation nationale à lutte contre la fraude (DNLF) et au niveau local par un comité départemental dédié à la lutte contre la fraude (CODAF).

## 2. L'ajustement des éléments constitutifs de la fraude et la facilitation de sa constatation

a) Les évolutions les plus marquantes de la législation ont été d'une part de correctionnaliser en 1985<sup>19</sup> ce qui était alors appelé le travail clandestin et d'autre part de se concentrer sur la détection et la caractérisation de la dissimulation d'emploi salarié par tous les employeurs quels qu'ils soient, y compris les particuliers. À l'origine, la lutte contre le travail clandestin ne visait que la dissimulation d'activité économique indépendante. La dissimulation d'emploi salarié n'est entrée dans le périmètre du travail illégal qu'en 1987<sup>20</sup>. Les éléments constitutifs de ce délit ont été plusieurs fois modifiés et assouplis.

Pendant de longues années, la constatation de ce délit n'a pas été simple, alors que la fraude était avérée<sup>21</sup>, car elle supposait que les agents de contrôle aient accès en temps réel à divers documents sociaux détenus par l'employeur justifiant du respect de ses obligations sociales et de la transparence de l'emploi<sup>22</sup>. Or, ces documents étaient rarement disponibles lors du contrôle, notamment de nuit ou sur des lieux de travail non sédentaires. Une première évolution fondamentale est intervenue en 1991<sup>23</sup> avec la création de la déclaration préalable à l'embauche (DPAE), mais cette évolution ne suffisait pas, car les agents de contrôle devaient toujours accéder à d'autres documents tenus par l'employeur. En 1997<sup>24</sup>, le législateur a donc radicalement simplifié et élargi la constatation de la dissimulation d'emploi salarié par deux modifications essentielles. L'omission d'un seul manquement social, en l'occurrence très souvent l'absence de DPAE, constitue l'infraction<sup>25</sup>; par ailleurs, elle est également caractérisée dès lors que le bulletin de paie ne comporte

pas toutes les heures de travail accomplies dans le mois auquel il se rapporte.

Tant la DPAE que l'incrimination nouvelle de sous-déclaration d'heures de travail constituent une avancée décisive dans la lutte contre cette forme de travail illégal qu'est la dissimulation d'emploi salarié. Préconisée par le rapport du conseiller Fau<sup>26</sup> et le rapport du professeur Dupeyroux<sup>27</sup>, la DPAE, expérimentée en 1992 et rendue obligatoire en 1994, a immédiatement fait preuve de son utilité, de sa facilité d'emploi et de son efficacité<sup>28</sup>. C'est d'ailleurs cette efficacité qui a conduit des entreprises à déclarer (à contrecoeur) leurs salariés, mais pour une partie seulement de leur présence. Trois ans plus tard, en 1997, le législateur, prenant acte de cette évolution de la fraude, érigeait en délit de dissimulation d'emploi salarié la seule omission de la DPAE et incluait dans le périmètre de cette infraction la sous-déclaration d'heures de travail<sup>29</sup>.

Une dernière modification, complétant une meilleure incrimination de la dissimulation d'emploi salarié, intervient également en 1997 : la référence au but lucratif de l'activité exercée par l'employeur est supprimée, ce qui permet de mettre en cause les associations et les particuliers auteurs de ces pratiques, au même titre que les entreprises.

b) Pour autant, pendant cette même période, le législateur n'a pas négligé le traitement des deux autres formes de travail illégal relatives à l'exercice occulte d'une activité économique indépendante et aux trafics de main-d'œuvre.

Cantonné à l'origine à certaines professions, l'exercice irrégulier de toute activité professionnelle à titre indépendant devient susceptible de tomber sous le coup de la loi ; des présomptions du caractère lucratif de l'activité exercée sont introduites<sup>30</sup> ; la nécessité de démontrer le caractère habituel de l'activité est supprimée ; la publicité en faveur de l'activité dissimulée est interdite ; l'omission des déclarations fiscales et sociales rentre dans le périmètre de l'infraction et la seule dissimulation partielle d'activité économique ou d'emploi salarié devient un délit. La diffusion des offres de travail ou de services, par tout support<sup>31</sup>, est réglementée pour les rendre transparentes<sup>32</sup>. Le contrôle des sociétés de domiciliation est facilité.

18 La Délégation nationale à la lutte contre la fraude n'est pas chargée de l'animation et de la coordination au niveau national de la lutte contre le travail illégal.

19 L. n° 85-772, 25 juill. 1985, portant diverses dispositions d'ordre social, art. 101.

20 L. n° 87-39, 27 janv. 1987, portant diverses mesures d'ordre social, art. 32.

21 De fait, l'employeur ne déclarait pas le salarié.

22 Registre unique du personnel, bulletin de paie, livre de paie et déclaration primo-employeur.

23 A. Souhair, La répression du travail clandestin et l'aggravation des sanctions pénales par la loi du 31 déc. 1991, Dr. ouvrier 1992. 391.

24 L. n° 97-210, 11 mars 1997, relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal – F. Taquet, Brèves réflexions sur la notion de travail dissimulé suite à la loi du 31 mars 1997, JCP E 1997. I. 658.

25 Sous réserve de son caractère intentionnel.

26 J. Fau, Le travail illégal, Dr. soc. 1981. 597.

27 Le travail clandestin, Avis et Rapports du Conseil économique et social, n° 7, 11 janv. 1983 – J.-J. Dupeyroux, Note sur les activités occultes, remise en déc. 1982 au ministre du Travail et reprise dans Liaisons soc., 17 janv. 1983, Dr. soc. 1983. 281.

28 La DPAE a été conçue et pilotée par la Mission de liaison interministérielle pour la lutte contre les trafics de main-d'œuvre (Milutmo), avec le concours de l'Acoss et de l'Urssaf de Toulouse – M. Bancarel, La lutte contre le travail clandestin et la généralisation de la déclaration préalable à l'embauche, Dr. soc. 1994. 534.

29 Sa « fusion » en juin 2011 avec la déclaration unique d'embauche n'a pas été opportune, car de nature et de finalité différentes.

30 Not., J. Savatier, Dr. soc. 2002. 214, obs. sous Crim., 21 nov. 2001, n° 01-83.014, Dr. soc. 2002. 214, obs. J. Savatier, NP – A. Martinon, JCP S 2010. 1029, obs. sous Crim., 28 sept. 2010, n° 09-86.305.

31 Presse, transmission télématique ou électronique, prospectus, affichage...

32 Circ. DILTI n° 99-1, 1<sup>er</sup> mars 1999, BOMT, n° 99/6, 5 avr. 1999.

L'infraction de marchandage est redéfinie<sup>33</sup> ; il est interdit de verser une contrepartie financière à l'occasion de l'introduction en France ou de l'embauche d'un salarié étranger. L'employeur ne peut pas se faire rembourser par ce salarié les sommes qu'il verse à l'Office national de l'immigration (ONI) pour le faire venir en France<sup>34</sup> ; les intermédiaires payants sont interdits.

Le *quantum* des sanctions pénales des différentes infractions relevant du travail illégal est augmenté de façon conséquente, à plusieurs reprises ; les peines complémentaires sont enrichies. Ces infractions sont exclues des lois d'amnistie.

Enfin, en relation avec les pratiques relevant du travail illégal, la France se dote en 1976 d'une loi contre les marchands de sommeil<sup>35</sup> et, dès 1993, en précurseur dans l'Union européenne, d'une législation encadrant l'intervention des entreprises étrangères sur le territoire français et protégeant le détachement de salariés<sup>36</sup>. Dès 1991, ces entreprises étrangères étaient déjà entrées dans le champ de la solidarité financière.

### 3. Des droits conséquents, mais à parfaire, reconnus au salarié victime du travail illégal

Le salarié victime du travail illégal, soit parce que son emploi est dissimulé, soit parce qu'il est un ressortissant étranger employé sans titre de travail, s'est vu reconnaître des droits significatifs, qui ont été confortés par la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>37</sup>.

Après avoir posé très tôt le principe<sup>38</sup> que tout salarié, y compris celui embauché irrégulièrement et quelle que soit sa nationalité, bénéficie d'une couverture sociale en matière d'accident du travail, le législateur a créé en 1981 des

droits spécifiques pour le salarié étranger employé sans titre de travail : reconnaissance de sa relation de travail subordonnée, application de certaines dispositions du code du travail, attribution d'une indemnité forfaitaire équivalant à un mois de salaire lors de la rupture de la relation de travail et droit des syndicats d'ester d'initiative en justice pour défendre ses droits dès lors qu'il ne s'y oppose pas.

Dix ans plus tard<sup>39</sup>, des droits spécifiques sont également reconnus au salarié dissimulé : attribution de la même indemnité forfaitaire que celle prévue pour le salarié étranger sans titre de travail lors de la rupture de la relation de travail, droit de questionner les agents de contrôle pour savoir si son emploi est déclaré, possibilité de s'adresser, par le mécanisme de la solidarité financière, au donneur d'ordre de son employeur pour lui réclamer les salaires et indemnités qui lui sont dus. En 1997<sup>40</sup>, le montant de l'indemnité forfaitaire est porté à six mois de salaire. En 2004<sup>41</sup>, de façon inattendue, l'utilisation de la solidarité financière est sensiblement restreinte, en la conditionnant à un contrôle et un procès-verbal préalables d'un agent de contrôle.

Dans le cadre de la mise en œuvre de la directive du 18 juin 2009<sup>42</sup>, le législateur procède à une transposition minimaliste de ce texte communautaire, destiné pourtant à assurer des droits sociaux réels au salarié étranger employé sans titre de travail<sup>43</sup>. À cet effet, le montant de l'indemnité forfaitaire est porté à trois mois et le salaire dû par son employeur doit correspondre également au minimum à trois mois. Cependant dans la très grande majorité des situations d'emploi, le salarié étranger se voit obligé, comme depuis toujours, de saisir la justice pour tenter d'obtenir son dû<sup>44</sup>. La garantie de paiement de ces sommes instaurée par le législateur, par l'intermédiaire de l'OFII<sup>45</sup>, compte tenu de ses modalités restrictives de mise en œuvre, reste de façade et ne concerne qu'une partie très résiduelle de cette population précaire<sup>46</sup>.

### 4. La mise en cause de tous les bénéficiaires du travail illégal

• À l'origine du dispositif, seule la responsabilité pénale de l'auteur du travail illégal et de son donneur d'ordre pouvait être engagée. En 1972, est introduite la solidarité financière du donneur d'ordre, mais limitée à la sphère

33 J. de Maillard, P. Mandroyan, J.-P. Plattier et T. Priestley, L'éclatement de la collectivité de travail : observations sur les phénomènes d'extériorisation de l'emploi, Dr. soc. 1979. 323 – D. Moreau, Trafics de main-d'œuvre, Dr. soc. 1981. 392 – H. Blaise, À la frontière du licite et de l'illécite : la fourniture de main-d'œuvre, Dr. soc. 1990. 418.

34 Devenu OMI, puis ANAEM et OFII.

35 L. n° 73-548, 27 juin 1973, relative à l'hébergement collectif.

36 L. quinquennale n° 93-1313, 20 déc. 1993, relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, art. 36. Cette législation a directement pour origine une affaire de trafic de main-d'œuvre étrangère du fait de l'entreprise de droit portugais Rush Portuguesa. À ce propos, v. Circ. DRT 2 mai 1991, précisant les règles à appliquer aux entreprises de la Communauté économique européenne venant temporairement effectuer une prestation de services en France dans le domaine du bâtiment et du génie civil ; Circ. DRT n° 94/18, 30 déc. 1994, relative à la situation des salariés d'entreprises étrangères détachés temporairement en France pour l'exécution d'une prestation de services – V. égal. S. Robin-Olivier, L'application du droit social français aux entreprises prestataires de services étrangères, Dr. soc. 1994. 127 ; M.-A. Moreau, Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne, JDI 1996. 889 ; N. Moizard, La directive 96/71 du 16 déc. 1996 concernant le détachement des travailleurs dans le cadre de la prestation de services : un noyau protecteur ?, Dr. soc. 2008. 866.

37 H. Guichaoua, Les droits du salarié victime du travail illégal, Dr. ouvrier 2013. 510.

38 L. n° 46-2426, 30 oct. 1946, sur la prévention et la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles.

39 L. n° 97-210, 11 mars 1997, relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal.

40 V. note 24.

41 L. n° 2004-810, 13 août 2004, relative à l'assurance maladie, art. 71.

42 Dir. CE n° 2009/52 du Parlement européen et du Conseil, 18 juin 2009, prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

43 L. n° 2011-672, 16 juin 2011, relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, art. 77.

44 En pratique, très rares sont les salariés étrangers démunis de titre de travail qui saisissent le conseil de prud'hommes.

45 Office français de l'immigration et de l'intégration.

46 H. Guichaoua, Emploi illégal des salariés étrangers : ambiguïtés et insuffisances de la loi du 16 juin 2011, Dr. ouvrier 2012. 340.

du travail dissimulé et uniquement si l'auteur du travail dissimulé est condamné. Une évolution législative intervenant en 1981 dissocie solidarité financière et condamnation pénale préalable et lui donne un régime autonome.

En 1989, apparaît pour la première fois dans le code du travail la notion d'interposition de personne, circonscrite à la répression de l'infraction d'emploi de salarié étranger démuné de titre de travail<sup>47</sup>. La notion d'interposition de personne n'est pas anodine dans la mise en cause des bénéficiaires du travail illégal, puisqu'elle permet non seulement de viser le donneur d'ordre cocontractant de l'auteur de l'infraction, mais également quiconque qui a eu recours, fût-ce indirectement, c'est-à-dire dans le cadre d'une chaîne de sous-traitance, à l'auteur de l'infraction. La notion d'interposition de personne est étendue en 1991 à l'infraction de travail dissimulé.

En application de l'article 121-2 du nouveau code pénal, la loi quinquennale sur l'emploi<sup>48</sup> transpose la responsabilité des personnes morales pour les affaires relevant du travail illégal, en y ajoutant la violation des règles relatives à l'hébergement collectif et l'infraction d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers des étrangers. C'est à l'époque la seule matière inscrite dans le code du travail qui fait l'objet de ce traitement.

Au titre du droit pénal général, la personne complice de l'auteur ou du bénéficiaire du travail illégal peut être mise en cause.

La publicité, par quelque moyen que ce soit, en faveur du travail dissimulé devient répréhensible, au même titre que l'exercice ou le recours<sup>49</sup>.

- L'une des évolutions les plus significatives de la lutte contre cette fraude intervient en 1991 par la redéfinition et l'extension de la solidarité financière<sup>50</sup>, fondée sur la prévention, la vigilance et la responsabilisation de tous ceux qui recourent à des opérateurs économiques, y compris dans le cadre de marchés publics.

La rédaction des textes relatifs à la mise en œuvre de la solidarité financière résultant successivement des lois de 1972 et de 1981 était trop imprécise pour être opérationnelle dans le cadre de la lutte contre le travail dissimulé, la forme la plus répandue du travail illégal. La mise en cause effective des bénéficiaires du travail dissimulé illégal ne se faisait pas ou n'aboutissait pas. Par ailleurs, un fort consensus existait pour aller vers une véritable moralisation des relations professionnelles. Dans ce contexte, non seulement la responsabilité économique du donneur d'ordre a été réaffirmée et organisée, mais l'implication et la

mise en cause du maître d'ouvrage lui-même ont été formalisées pour la première fois, et ceci indépendamment de toute procédure pénale.

Il en résulte que le donneur d'ordre, y compris le particulier, doit procéder spontanément<sup>51</sup> à des vérifications précises, initiales et périodiques, auprès de son sous-traitant avant de lui confier un travail à réaliser. À défaut, et si celui-ci pratique du travail dissimulé, il peut se voir réclamer par les créanciers de ce dernier les sommes qui leur sont dues (impôts, taxes cotisations et rémunérations). Pour les créanciers, l'intérêt de ce mécanisme est de leur permettre d'avoir un interlocuteur plus solvable qu'un sous-traitant sans consistance économique ou à l'existence éphémère. De façon inattendue, l'accès par les créanciers, et notamment par les salariés, à la solidarité financière a été par la suite considérablement restreint en le soumettant à une verbalisation préalable d'un agent de contrôle<sup>52</sup>.

La solidarité financière a été étendue ultérieurement aux affaires d'emploi de salarié étranger dépourvu de titre de travail, notamment pour le paiement de deux pénalités administratives, la contribution spéciale et la contribution forfaitaire<sup>53</sup>.

La solidarité financière a été rendue également applicable pour la première fois au maître d'ouvrage dès lors qu'il ne fait pas cesser une situation de travail dissimulé formellement portée à sa connaissance par un agent de contrôle, un syndicat ou un représentant du personnel. Le maître d'ouvrage, alors qu'il est souvent prompt à vouloir ignorer la présence de sous-traitants intervenant en marge de la légalité, est contraint de s'immiscer dans tout le processus de sous-traitance et d'en obtenir la normalisation, dès lors que ce signalement de travail illégal lui est notifié<sup>54</sup>. À défaut, sa responsabilité pénale peut être également retenue.

- Reprenant l'esprit et la finalité de la solidarité financière, deux mesures ont été insérées ultérieurement dans le code de la sécurité sociale pour obtenir une garantie du paiement des cotisations et contributions sociales<sup>55</sup> : la création d'une responsabilité subsidiaire et solidaire de la société mère ou de la société *holding* à laquelle appartient l'employeur, lorsque celui-ci est verbalisé pour travail dissimulé et la mise en cause de la responsabilité personnelle du dirigeant de l'activité économique exercée sous la forme d'une personne morale, lorsqu'il organise l'insolvabilité de cette dernière.

## 5. L'accroissement des moyens et des prérogatives de contrôle

Une double démarche a été engagée au fil du temps pour faciliter la détection des situations de travail illégal.

<sup>47</sup> L. n° 89-488, 10 juill. 1989 portant diverses dispositions d'ordre social, art. 12.

<sup>48</sup> V. note 2 – V. égal. D. Guirimand, La responsabilité pénale des personnes morales : la mise en œuvre du nouveau dispositif, Dr. soc. 1994. 647.

<sup>49</sup> L. n° 87-32, 27 janv. 1987, portant diverses dispositions d'ordre social, art. 32.

<sup>50</sup> Obligation pour le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage de payer, sous condition, les dettes fiscales et sociales du sous-traitant qui pratique du travail illégal.

<sup>51</sup> Pour tout contrat égal ou supérieur à 3000 €.

<sup>52</sup> V. note 41.

<sup>53</sup> C. trav., art. L. 8254-2.

<sup>54</sup> C. trav., art. L. 8222-5, L. 8222-6 et L. 8254-2-1.

<sup>55</sup> L. n° 2009-526, 12 mai 2009, de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, art. 75, et L. n° 2011-906, 21 déc. 2011, de financement de la sécurité sociale pour 2012, art. 124.

• Les pratiques de travail illégal étant présentes et diffuses dans l'économie, la liste des agents habilités à contrôler ces fraudes a été progressivement étendue. De façon assez classique et naturelle, les agents de l'inspection du travail et les officiers de police judiciaire ont été les premiers à être habilités pour traiter les affaires de travail illégal.

Puis, le législateur a donné compétence à d'autres agents, ayant comme dénominateur commun de disposer de pouvoirs d'enquête leur permettant d'accéder aux entreprises dans le cadre de l'exercice habituel de leur mission. Ont ainsi été habilités des agents des services fiscaux et de la douane, des agents des organismes de recouvrement des cotisations sociales, des affaires maritimes et de la Direction générale de l'aviation civile, les contrôleurs des transports terrestres ; en dernier lieu, ont été ajoutés des agents de Pôle emploi.

• Les prérogatives des agents de contrôle et des services publics impliqués dans la lutte contre le travail illégal ont fait l'objet de multiples interventions législatives, pour tendre vers un noyau de pouvoirs renforcés identiques. Les plus emblématiques sont sans doute celles qui ont organisé la levée du secret professionnel entre ces différents protagonistes, permettant ainsi un vrai travail interministériel en toute sécurité juridique.

Les premiers bénéficiaires de ces différentes interventions législatives ont été les agents de l'inspection du travail et les officiers de police judiciaire. Satisfaisant une demande ancienne, les agents de l'inspection du travail ont notamment obtenu l'accès aux documents commerciaux ainsi que la possibilité de procéder à des contrôles d'identité. Le droit d'entrée des officiers de police judiciaire dans les entreprises a été élargi à deux reprises, sur décision de l'autorité judiciaire et en dehors de toute situation de flagrance<sup>56</sup>.

Des pouvoirs spécifiques ont été également accordés aux agents pour un meilleur contrôle des sociétés de domiciliation qui hébergent le siège social d'entreprises, ainsi que des publications qui diffusent des offres de travail ou de services et pour l'exercice des professions réglementées sous tutelle préfectorale.

## 6. Une panoplie de pénalités et sanctions administratives ou financières

Le travail illégal est la seule matière relevant du code du travail qui dispose d'une gamme aussi large et dissuasive de sanctions administratives et financières, dont les premières ont été introduites en matière de lutte contre l'emploi illégal de salarié étranger sans titre de travail.

• En premier lieu, une action récursoire a été insérée dans le code de la sécurité sociale pour permettre aux organismes prestataires de récupérer auprès de l'employeur les sommes versées au salarié étranger démuné d'autorisation de travail, notamment lorsque celui-ci est victime

d'un accident du travail<sup>57</sup>. Cette action récursoire a été étendue, plus tardivement, à l'employeur du salarié dissimulé<sup>58</sup>. A été créée également la contribution spéciale due par l'employeur d'un salarié étranger démuné d'autorisation de travail<sup>59</sup>, pénalité financière qui a fait la preuve de son efficacité.

• Le principe de ces premières pénalités administratives et financières a été étendu à trois reprises par la loi du 31 décembre 1991 : une pénalité financière pour défaut de déclaration préalable à l'embauche<sup>60</sup>, ainsi que le possible refus des aides à l'emploi, à la formation professionnelle, puis à caractère culturel, et enfin l'exclusion automatique des marchés publics pendant cinq ans après une condamnation pénale définitive pour l'une des infractions relevant du travail illégal. En 2011, le remboursement de ces aides publiques versées à l'entreprise qui pratique du travail illégal complète la liste de ces pénalités<sup>61</sup>.

• Plusieurs autres sanctions administratives et financières, directes ou indirectes, ont été ajoutées postérieurement, sanctions toujours ajustées à la nature de la fraude constatée. En matière de travail dissimulé, les cotisations sociales dues pour l'emploi occulte d'un salarié sont calculées sur une base forfaitaire de six mois d'emploi rémunéré au SMIC, sauf si l'employeur démontre une période d'emploi plus courte de ce salarié<sup>62</sup>. Les exonérations et réductions de cotisations et contributions sociales applicables au titre des rémunérations versées aux salariés dont a bénéficié l'employeur ou le donneur d'ordre qui a recouru à ses services sont annulées<sup>63</sup>. Le donneur d'ordre, qualifié en employeur, devient redevable des cotisations éludées lors du recours à un faux travailleur indépendant.

L'employeur d'un salarié étranger démuné d'un titre de séjour doit s'acquitter, outre la contribution spéciale, d'une contribution forfaitaire en relation avec les frais exposés par l'État pour réacheminer ce salarié dans son pays<sup>64</sup>.

L'entreprise verbalisée pour des pratiques de travail dissimulé, d'emploi de salarié étranger sans titre, de mar-

57 L. n° 93-1027, 24 août 1993, relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, art. 36.

58 L. n° 2010-1594, 20 déc. 2010, de financement de la sécurité sociale pour 2011, art. 93.

59 L. n° 76-621, 10 juill. 1976, tendant à renforcer la répression en matière de trafics et d'emplois irréguliers de main-d'œuvre étrangère, art. 4.

60 Pour des raisons jamais officiellement expliquées, le décret d'application de la pénalité administrative pour défaut de déclaration préalable à l'embauche n'a pas été pris.

61 L. n° 2011-672, 16 juin 2011, relative à l'immigration, l'intégration et à la nationalité, art. 85.

62 L. n° 2007-1786, 19 déc. 2007, de financement de la sécurité sociale pour 2008, art. 112.

63 L. n° 2008-1330, 17 déc. 2008, de financement de la sécurité sociale pour 2009, art. 117 ; L. n° 2009-1646, 24 déc. 2009, de financement de la sécurité sociale pour 2010, art. 94 ; L. n° 2012-1014, 17 déc. 2012, de financement de la sécurité sociale pour 2013, art. 101.

64 L. n° 2003-1119, 26 nov. 2003, relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, art. 32 - CESEDA, art. L. 626-1.

56 C. trav., art. L. 8271-13, et C. pr. pén., art. 78-2-1.

chandage et de prêt illicite de main-d'œuvre peut faire l'objet d'une fermeture préfectorale temporaire d'une durée maximale de six mois et d'une exclusion temporaire des marchés publics d'une durée maximale de trois mois <sup>65</sup>.

Les marchés publics doivent contenir des clauses fixant des pénalités en cas de travail dissimulé. Ils peuvent être également résiliés par anticipation, aux frais de l'entreprise auteur de la fraude <sup>66</sup>.

## B – LA CONTRIBUTION DÉCISIVE DE LA JURISPRUDENCE

Le domaine de la lutte contre le travail illégal constitue l'un des secteurs du droit social où la jurisprudence est non seulement particulièrement diversifiée et fournie, mais a également, de façon générale, conforté par ses analyses la volonté du législateur et l'action des pouvoirs publics. À ce titre, la connaissance et la prise en compte de cette jurisprudence sont indispensables pour apprécier à sa juste mesure le bilan réel de la lutte contre cette fraude. Les effets constructifs et bénéfiques de la jurisprudence s'apprécient à plusieurs titres.

### 1. La requalification des relations contractuelles apparentes

L'apport de la jurisprudence sur ce sujet est le plus ancien et le plus fructueux en matière de lutte contre le travail illégal. Deux situations de travail particulières ont donné lieu à des contributions utiles de la Cour de cassation : la fausse sous-traitance et le recours à des salariés sous de faux statuts.

- À défaut de précision dans la loi, la jurisprudence a tracé la ligne de partage entre la vraie et la fausse sous-traitance <sup>67</sup>. Elle a considéré que les deux entreprises participant à une opération de fausse sous-traitance, c'est-à-dire l'entreprise qui fournit les salariés et celle qui les utilise de façon illicite, sont coauteurs des infractions de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre, et non pas auteur pour l'une et complice pour l'autre <sup>68</sup>. Elle a donné, par une série d'arrêts, une large définition du but lucratif qui est un des éléments matériels de ces infractions <sup>69</sup>, au point de susciter une intervention récente du législateur pour définir l'absence de but lucratif et soustraire certaines pratiques d'entreprises au périmètre de l'une de ces deux infractions <sup>70</sup>.

S'agissant de la mise à disposition de personnel effectuée en dehors des règles qui l'autorisent et qui l'enca-

drent, cette pratique est assimilée à une opération de marchandage et de prêt illicite de salarié, notamment pour les activités relevant du travail temporaire et d'une association intermédiaire <sup>71</sup>.

La jurisprudence a tiré toutes les conséquences, tant au plan pénal que civil, de l'existence d'une mise à disposition illicite de salarié dans le cadre d'une fausse sous-traitance, y compris dans le cadre de prestations transnationales <sup>72</sup>. La mise à disposition emporte le transfert de la subordination juridique vers l'entreprise utilisatrice qui devient l'employeur des salariés prêtés. L'entreprise utilisatrice commet dès lors l'infraction de dissimulation d'emploi salarié <sup>73</sup> et d'emploi de salarié étranger sans titre de travail le cas échéant <sup>74</sup>. Lorsque l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail est avéré, la juridiction administrative considère que l'entreprise est redevable en outre du paiement de la contribution spéciale <sup>75</sup>.

Dès lors, l'entreprise utilisatrice peut être poursuivie à la fois pour marchandage et/ou prêt illicite de main-d'œuvre, qui sont les qualifications juridiques originelles de la fausse sous-traitance, et pour dissimulation d'emploi salarié, voire d'emploi de salarié étranger sans titre de travail <sup>76</sup>.

La même analyse juridique déclare l'entreprise utilisatrice responsable de la violation des règles du code du travail dont l'inobservation a provoqué l'accident du travail du salarié objet de l'opération de fausse sous-traitance <sup>77</sup>.

L'Urssaf est admise à réclamer à l'entreprise utilisatrice du salarié les cotisations sociales dont elle a éludé le paiement puisqu'elle l'emploie de fait <sup>78</sup>.

<sup>65</sup> L. n° 2011-672, 16 juin 2011, relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, art. 86 et 87.

<sup>66</sup> L. n° 2011-525, 17 mai 2011, de simplification et d'amélioration du droit, art. 93 – C. trav., art. L. 8222-6.

<sup>67</sup> Crim., 21 janv. 1986, *Sté TMG*; Crim., 18 avr. 1989, n° 86-96-663, *Synd. national des personnels de l'énergie atomique*, NP.

<sup>68</sup> Crim., n° 87-81.212, 25 avr. 1989, *Sté Lubrizol*, Bull. crim., n° 170; Dr. soc. 1990. 418, note H. Blaise.

<sup>69</sup> Soc., 4 avr. 1990, n° 86-44.229, *Sté Anphar Rolland*, Bull. civ. V, n° 157; Dr. soc. 1990. 780, rapp. P. Waquet – Crim., 23 mars 1993, n° 92-83.381, *Anadon*, Dr. soc. 1990. 780, rapp. P. Waquet – Soc., 18 mai 2011, n° 09-69.175, *Sté John Deere*, Bull. civ. V, n° 117; D. 2011. 1424; *ibid.* 2012. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta; RDT 2011. 503, obs. A. Fabre – V. F. Doroy, Le préjudice causé au salarié dans le délit de marchandage, Dr. soc. juin 1994. 547 – Cour de cassation, Contrat de travail. Lutte contre le travail illégal, Bulletin du droit du travail, mai 2011 – G. Auzero, Le but lucratif dans les opérations de prêt de main-d'œuvre, Dr. soc. 2012. 115.

<sup>70</sup> L. n° 2011-893, 28 juill. 2011, pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels, art. 40 – V. F. Favennec-Héry, Prêt de main-d'œuvre à but non lucratif : un texte décevant, Dr. soc. 2011. 1200.

<sup>71</sup> Crim., 22 juin 1999, n° 98-83.529, *Jan Marylène*, NP – V. égal. Cons. const., 25 janv. 1995, n° 94-357 DC, D. 1997. 121, obs. J. Trémeau; *ibid.* 134, obs. E. Oliva; *ibid.* 139, obs. F. Mélin-Soucramanien; RFDA 1995. 780, étude B. Mathieu; RDSS 1995. 578, note E. Alfandari.

<sup>72</sup> Crim., 4 juin 1998, n° 96-86.679, *Tessandier*, NP.

<sup>73</sup> Crim., 9 nov. 2010, n° 09-88.759, *Sté Tesi*, NP.

<sup>74</sup> Crim., 27 sept. 1994, n° 93-85.285, *Delage*, NP.

<sup>75</sup> CAA Lyon, 28 juin 2011, n° 09LY02831, *Sté Rocheton*.

<sup>76</sup> Crim., 31 janv. 2006, n° 05-80.833, *Sté ABC*, NP.

<sup>77</sup> Crim., 8 juin 1999, n° 98-84.500, *Sté Smie*, NP.

<sup>78</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 20 juin 2013, n° 11-28.245, *Sté JPV*, NP. Décision d'autant plus notable que l'entreprise utilisatrice employait des salariés détachés par une entreprise étrangère qui ne payait pas de cotisations sociales en France.

Le salarié mis à disposition quant à lui est fondé à demander à l'entreprise utilisatrice, devenue son employeur pendant cette période, le bénéfice de l'application des règles du code du travail, y compris lorsqu'il perd son emploi à la suite de la rupture des relations commerciales entre les deux entreprises impliquées dans le prêt de main-d'œuvre <sup>79</sup>.

• L'autre apport, tout aussi significatif de la jurisprudence, vise la requalification des situations de travail dissimulé sous l'apparence d'un faux travail indépendant, d'un stage ou d'un bénévolat. De cette jurisprudence ancienne <sup>80</sup> et relativement prolifique, trois décisions de la Cour de cassation retiennent en premier lieu l'attention dans la mesure où elles affirment le principe de la requalification par le juge et où elles définissent le lien de subordination juridique caractéristique du salariat <sup>81</sup>. Puis, générées par la loi Madelin du 11 février 1994 <sup>82</sup> et ses ajustements successifs, sont intervenues les décisions sur la notion de subordination juridique permanente et sur la concomitance de plusieurs donneurs d'ordre <sup>83</sup>, dont il ne résulte aucune incidence sur la démarche traditionnelle de requalification en présence d'un pseudo-travail indépendant <sup>84</sup>.

Poursuivant et étendant la logique de requalification face à des fraudes plus sophistiquées, y compris dans le cadre des prestations de services transnationales, la jurisprudence a fait pièce des structures commerciales ou des sociétés écrans mises en place par des entreprises pour s'affranchir de leur qualité d'employeur et éviter notamment de payer des charges sociales <sup>85</sup>.

La requalification en lien avec un faux statut emporte, au regard de cette jurisprudence, des conséquences très étendues, tant en matière pénale et civile qu'en termes de sanctions financières <sup>86</sup>.

## 2. La mise en cause confortée du donneur d'ordre

L'un des objectifs de la loi du 31 décembre 1991 était de faciliter la mise en cause du donneur d'ordre, d'autant qu'un scepticisme assez généralisé parmi les agents de contrôle et les organismes de recouvrement alimentait le sentiment que le donneur d'ordre était quasi intouchable, surtout lorsqu'il s'agissait d'un gros poisson. L'action et l'implication administratives s'en ressentaient ; les procédures étaient rares.

La contribution de la jurisprudence a été à cet égard déterminante pour faciliter la mise en cause du donneur d'ordre, conformément au souhait du législateur <sup>87</sup>.

Outre les situations de requalification, les conditions de mise en cause pénale et financière du donneur d'ordre ont fait l'objet de précisions utiles.

• Au plan pénal, pour caractériser l'absence de recours intentionnel, la Cour de cassation considère que le donneur d'ordre doit prouver qu'il a accompli à l'égard de son sous-traitant les diligences qui s'imposent à tout professionnel pour s'assurer que ce contractant n'effectue pas du travail dissimulé. Ces diligences sont, par nature, diverses et variées en fonction de la situation de travail dissimulé rencontrée <sup>88</sup>. Autrement formulé, le donneur d'ordre ne peut donc s'abstenir de vérifier *a priori* la situation de son sous-traitant ou faire preuve d'indifférence ou de peu d'attention à son égard.

La Cour de cassation a complété cette analyse en précisant, au fil des affaires, notamment que constituent également du recours intentionnel à du travail dissimulé le fait de rémunérer son sous-traitant à un niveau qui ne lui permet pas de s'acquitter de ses obligations fiscales et sociales <sup>89</sup>, le fait que ce sous-traitant dispose de faibles moyens <sup>90</sup>, le fait de constater que le nombre de salariés officiels du sous-traitant ne suffit pas à réaliser la commande <sup>91</sup> ou encore le fait de ne pas lui avoir demandé les documents prévus dans le cadre de la solidarité financière <sup>92</sup>. Bien plus, la Cour de cassation considère que les vérifications effectuées par le donneur d'ordre au titre de la solidarité financière ne suffisent pas à l'exonérer de sa responsabilité pénale, dès lors que des éléments objectifs laissent à penser que le risque de travail dissimulé est *a priori* avéré <sup>93</sup>. Le donneur d'ordre doit donc démontrer

<sup>79</sup> Soc., 9 déc. 2003, n° 01-43.554, *Commissariat à l'énergie atomique*, NP.

<sup>80</sup> V., Les allumeurs de réverbères au début du XX<sup>e</sup> siècle : Rapport annuel sur l'inspection du travail, 1913, p. LI – V. égal. F. Heas, Être ou ne pas être subordonné, Dr. ouvrier 2009. 405.

<sup>81</sup> Cass., ass. plén., 4 mars 1983, n° 81-11.647, *Barrat*, Bull. ass. plén., n° 3 – Crim., 29 oct. 1985, n° 84-95.559, *Guégan*, Bull. crim. n° 335 – Soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187, *Société Générale*, Bull. civ. V, n° 386 ; D. 1996. 268 ; Dr. soc. 1996. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; RDSS 1997. 847, note J.-C. Dosdat – V. égal. T. Aubert-Monpeyssen, Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail, Dr. soc. 1997. 617.

<sup>82</sup> L. n° 94-126, 11 févr. 1994, relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, art. 35 – J.-P. Chauchard, Travail salarié ou travail indépendant : les questions soulevées par la loi Madelin, Liaisons soc. juin 1995, n° 100, p. 83 à 85 – Association Villermé, La loi Madelin et le code du travail : à contre-courant, une menace qui devrait pourtant rester sans effet, Dr. soc. 1994. 673.

<sup>83</sup> Not. Crim., 31 mars 1998, n° 97-81.873, *Thouvignon*, D. 1999. 137, note S. Frossard.

<sup>84</sup> D. Boulmier, Quand le « lien de subordination juridique permanente » restreint la portée de la loi Madelin, Sem. soc. Lamy 22 févr. 1999, n° 922, p. 6 à 9 – M. Vericel, Le rétablissement de la présomption de non-salariat, Dr. soc. mars 2004. 297 à 300 – M. Zylberberg, La distinction travail indépendant/salariat – État de la jurisprudence, Cahiers de la Cour de cassation, 3<sup>e</sup> trimestre 2008.

<sup>85</sup> Crim., 25 sept. 1991, n° 89-86.910, *Sté Babou – Eurotextiles*, NP – Crim., 8 juin 1999, n° 98-84.134, *Sté Le Fabricant*, NP – Crim., 2 févr. 2010, n° 09-85.044, *Bak*, NP.

<sup>86</sup> CAA Nancy, 14 nov. 2005, n° 04NC00399, *Joseph X*.

<sup>87</sup> F. Salas, La mise en cause des bénéficiaires du travail clandestin, Dr. soc. 1996. 913 – P. Rogez, Travail dissimulé : la complicité automatique du donneur d'ordre en question, *Entreprise & Carrières*, 7 nov. 2006. 39 – H. Guichaoua, La mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage au service de la lutte contre le travail illégal, Dr. ouvrier 2012. 763.

<sup>88</sup> Crim., 22 juin 2004, n° 03-87.752, *Folymode*, NP.

<sup>89</sup> Crim., 11 mars 1997, n° 95-82.009, *SCA La Moutonnade*, Bull. crim. n° 97.

<sup>90</sup> Crim., 13 févr. 2001, n° 00-83.920, *SCI Had*, NP.

<sup>91</sup> Crim., 19 déc. 2000, n° 00-83.820, *Framod*, NP.

<sup>92</sup> Crim., 21 janv. 1997, n° 95-84.204, *Sarl Fraic'Heure*, Bull. crim. n° 21.

<sup>93</sup> Crim., 4 sept. 2001, n° 01-80.013, *Sté Eole*, NP.



qu'il a été particulièrement scrupuleux dans le choix du professionnel à qui il recourt.

- Au plan financier, la Cour de cassation apporte trois précisions favorables à la mise en œuvre de la solidarité financière. D'une part, elle valide l'analyse d'une cour d'appel qui a considéré qu'il existait un contrat unique, entrant dans le champ de la loi, entre un donneur d'ordre et un sous-traitant, malgré un découpage dans le temps des prestations réalisées de façon successives<sup>94</sup>. D'autre part, elle confirme la condamnation civile d'une société donneur d'ordre, alors même que ses dirigeants, personnes physiques, poursuivis au pénal, ont été relaxés<sup>95</sup>. Enfin, elle refuse d'exonérer le donneur d'ordre de la solidarité financière lorsque les documents qui lui sont remis par son sous-traitant sont frauduleux<sup>96</sup>.

### 3. L'extension du périmètre du travail dissimulé

La dissimulation d'activité économique et la dissimulation d'emploi salarié ont donné lieu à plusieurs décisions de justice significatives<sup>97</sup>.

- Le défaut d'immatriculation d'un établissement secondaire appartenant à une entreprise elle-même immatriculée est considéré comme du travail dissimulé par dissimulation d'activité économique<sup>98</sup>. Cette analyse permet notamment de mieux appréhender des activités occultes exercées par le biais de sociétés de domiciliation. L'exercice d'une activité économique concurrentielle et marchande sous le couvert d'une association, et donc sans immatriculation au registre consulaire et en éludant les règles fiscales, est également assimilé à du travail dissimulé<sup>99</sup>. S'agissant des entreprises étrangères intervenant sur le territoire français, la contribution de la jurisprudence est essentielle puisqu'elle permet de mieux lutter contre les fraudes à l'établissement du fait d'opérateurs économiques qui omettent de s'immatriculer et de respecter les règles fiscales et sociales, alors même que leur activité est stable et permanente en France<sup>100</sup>.

- La dissimulation d'emploi salarié a été reconnue à l'égard non seulement du salarié présenté comme tel par son employeur, mais également du faux bénéficiaire<sup>101</sup>, du faux stagiaire<sup>102</sup>, du faux travailleur indépendant, du salarié victime d'une opération de marchandage ou de

prêt illicite de main-d'œuvre, ainsi que du salarié indûment détaché par une entreprise étrangère<sup>103</sup>. Dans un arrêt remarqué, la Cour de cassation a considéré que l'absence de mention exacte du nombre d'heures de travail sur le bulletin de salaire équivalait à l'absence de bulletin de salaire<sup>104</sup>, entraînant quelques temps plus tard la codification de cette jurisprudence et la modification très attendue de l'article L. 8221-5 du code du travail sur la dissimulation partielle d'heures de travail<sup>105</sup>.

- L'apport de la jurisprudence est par ailleurs très appréciable pour déterminer les droits du salarié victime du travail illégal, quelle que soit la forme de cette fraude. Sur ce sujet, trois décisions marquantes de la Cour de cassation, parmi d'autres, retiennent l'attention : la reconnaissance de droits sociaux au bénéfice du salarié étranger employé sans titre de travail<sup>106</sup>, le cumul de l'indemnité forfaitaire avec l'indemnité de licenciement ou de mise à la retraite pour le salarié dissimulé<sup>107</sup> et la reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail de fait avec l'entreprise qui utilise les services d'un salarié mis à sa disposition<sup>108</sup>.

### 4. Le contrôle de la licéité de l'intervention des entreprises étrangères

La médiatisation actuelle des fraudes commises par les entreprises étrangères sur le territoire français ne doit pas faire oublier que le premier arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation rendu sur ce sujet remonte à 1996<sup>109</sup>, pour des faits datant de 1991. Il est remarqua-

<sup>94</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 13 oct. 2011, n° 10-19.389, *Sté Roxane Nord*, NP.

<sup>95</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 17 janv. 2008, n° 06-21.961, *Sté Mory Team*, NP.

<sup>96</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 11 juill. 2013, n° 12-21.554, *Sté Légio sécurité*, publié au Bulletin.

<sup>97</sup> Sur l'élément intentionnel, Crim. 25 juin 2010, n° 10-90.068, NP : refus de transmettre une QPC dans la mesure où l'infraction de dissimulation d'emploi salarié est un délit qui n'emporte aucune atteinte au principe de la présomption d'innocence – V. égal. O.-L. Bouvier, *Le travail dissimulé : questions de droit et de société*, RJS 2006. 746 – A. Martinon, *L'intention dans le délit de travail dissimulé*, JCP E 16 mars 2006, n° 16.

<sup>98</sup> Crim., 23 mai 1995, n° 93-85.460, *Eymard*, Bull. crim. n° 192.

<sup>99</sup> Crim., 25 juin 1991, n° 89-83.369, *Héron*, NP – Crim., 22 juin 1999, n° 98-84.023, *Wargnier*, NP.

<sup>100</sup> Paris, 8 nov. 2011, n° 10/06129, *Easyjet*.

<sup>101</sup> Not., rapp. Y. Chartier, Cass., ass. plén., 8 janv. 1993, n° 87-20.036, Bull. ass. plén., n° 2 ; Cass., ass. plén., 8 janv. 1993, n° 87-20.036, D. 1993. 34 ; Dr. soc. 1993. 391, rapp. Y. Chartier ; RDSS 1993. 479, obs. G. Vachet ; J. Savatier, *La situation, au regard du droit du travail, des pasteurs de l'Église réformée*, Dr. soc. 1987. 375 ; H. Guichaoua, *La frontière entre l'activité professionnelle et le bénévolat*, Dr. ouvrier 2013. 229.

<sup>102</sup> Not., obs. C. Puigelier, JCP S 2010. 1534, sous Crim., 28 sept. 2010, n° 09-87.689, NP.

<sup>103</sup> Crim., 14 févr. 2012, n° 11-82.949, *Europ Workers Interim*, RTD eur. 2013. 292-20, obs. B. Thellier de Poncheville.

<sup>104</sup> Crim., 27 sept. 1994, n° 93-84.665, *Thomas*, Bull. crim. n° 306 ; Dr. pénal 1994. 266, obs. J.-H. Robert.

<sup>105</sup> L. n° 97-210, 11 mars 1997, relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal, art. 6.

<sup>106</sup> Soc., 9 juin 1955, Bull. civ. IV, n° 507, *Garage du Lauriston* – P. Bailly et le GISTI, *Le travailleur sans papiers peut-il se prévaloir des règles sur le licenciement ?* RDT 2011. 221 – C. Mangematin, *Rupture de la relation de travail du travailleur étranger en situation irrégulière*, Dr. soc. 2013. 402.

<sup>107</sup> Soc., 6 févr. 2013, n° 11-23.738, *Antuna*, publié au Bulletin ; D. 2013. 439, obs. J. Siro ; *ibid.* 1768, chron. P. Flores, S. Mariette, Fanélie Ducloz, E. Wurtz, C. Sommé et A. Contamine ; *ibid.* 2802, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Darret-Courgeon ; Dr. soc. 2013. 626, chron. R. Salomon ; RTD civ. 2013. 380, obs. H. Barbier – Soc., 15 mai 2013, n° 11-22.396, *Agralys*, publié au Bulletin ; D. 2013. 1285 – C. Charbonneau, *L'indemnisation du travail dissimulé*, Les Cahiers sociaux, mai 2006. 227 – Bulletin du droit du travail Cour de cassation, mai 2013, *Contrat de travail – Revirement de jurisprudence sur le cumul de l'indemnisation forfaitaire pour travail dissimulé*, Liaisons soc. 8 févr. 2013, n° 16281.

<sup>108</sup> Soc., 9 déc. 2003, n° 01-43.554, préc.

<sup>109</sup> Crim., 16 janv. 1996, n° 95-80.772, *STIM*, NP.

ble de constater que cet arrêt, tout comme la quasi-totalité de ceux qui ont suivi en relation avec l'intervention d'entreprises étrangères, concerne à titre principal des affaires et des incriminations relevant du travail illégal <sup>110</sup>.

Depuis ce premier arrêt, le contrôle du juge se porte généralement sur trois éléments spécifiques relatifs à l'intervention de ces entreprises, en fonction des constatations faites par les agents de contrôle.

- Tout d'abord, le juge vérifie si l'activité économique est exercée en France sous le statut adéquat, autrement dit si elle relève bien de la prestation de services et non pas de l'établissement <sup>111</sup>. La fraude consiste en effet à exercer indûment l'activité économique sous la forme de la prestation de services. Le défaut de création d'un établissement, lorsqu'il est obligatoire, constitue du travail dissimulé. Dans quelques affaires, le juge a condamné en outre l'entreprise étrangère qui n'avait pas immatriculé un établissement en France pour entrave au fonctionnement des institutions représentatives du personnel <sup>112</sup>.

- Le juge examine ensuite si la nature de l'activité exercée en France est légale dans son objet et ne correspond pas, par exemple, à de la fausse sous-traitance, constitutive de marchandage ou de prêt illicite de main-d'œuvre, ou à des activités d'intermédiation illicite <sup>113</sup>.

- Enfin, le juge s'assure que le salarié qui travaille en France pour le compte de l'entreprise étrangère relève à juste titre du détachement <sup>114</sup>. Cette dernière analyse peut conduire à constater, à défaut de détachement licite, de la dissimulation d'emploi salarié, voire de l'emploi de salarié étranger employé sans titre de travail, ainsi qu'à justifier le versement de dommages-intérêts importants aux organismes de protection sociale en réparation du préjudice financier subi pour défaut de cotisations et contributions sociales à l'occasion de l'emploi de ces salariés sur le territoire français. Les certificats de détachement qui peuvent être présentés par l'entreprise étrangère deviennent alors *de facto* sans valeur, sans effet juridique et inopposables en France.

Cette grille d'analyse jurisprudentielle a été appliquée dans de très nombreux secteurs d'activité sur le territoire français <sup>115</sup> et contribue sensiblement à l'effectivité de la lutte contre le travail illégal et le *dumping* social pratiqués par cette catégorie d'opérateurs économiques.

Dans ce contexte, il est à espérer que la proposition de directive actuellement en discussion à Bruxelles sur le

détachement des salariés <sup>116</sup> ne vienne pas corseter ou contrarier cette jurisprudence par un encadrement de la grille d'analyse d'une remarquable efficacité utilisée par les juridictions françaises.

## II. — DES AMÉLIORATIONS NÉCESSAIRES ET ATTENDUES

Malgré les résultats satisfaisants obtenus depuis sa création par le dispositif de lutte contre le travail illégal, des évolutions institutionnelles et juridiques de différentes natures sont indispensables et pressantes pour conforter l'existant, et mieux appréhender les fraudes transnationales commises par les entreprises établies hors de France. Le message politique passé par le Premier ministre lors de la réunion de la Commission nationale de lutte contre le travail illégal qui s'est tenue le 27 novembre 2012, et relayé par le ministre du Travail lors de la réunion de la commission du 5 décembre 2013, nécessite, pour son efficacité, d'être accompagné d'une vraie réforme institutionnelle et de la création de nouveaux outils juridiques. Renforcer les contrôles, déjà importants, ne suffira pas à soi seul.

### A — RESTAURER UNE STRUCTURE INTERMINISTÉRIELLE DÉDIÉE À LA LUTTE CONTRE LE TRAVAIL ILLÉGAL

De 1976 à 2008, soit pendant plus de trente ans, la lutte contre le travail illégal a été en effet animée et coordonnée au niveau national par deux structures interministérielles successives, spécialement dédiées à temps plein à la satisfaction de cet objectif <sup>117</sup>. Cette organisation institutionnelle a été supprimée en 2008 par la création d'une nouvelle entité <sup>118</sup>, dans le cadre d'une politique publique plus globale de lutte contre la fraude, dont la lutte contre le travail illégal n'est qu'un sous-ensemble, et incluant toutes les manifestations de fraude fiscale et sociale.

Depuis, la lutte contre le travail illégal manque de visibilité au niveau national et a perdu une partie de son âme parce qu'elle est diluée dans une organisation administrative classique qui n'est pas adaptée aux caractéristiques intrinsèques de cette délinquance et qui lui fait perdre sa spécificité. Au niveau national, la lutte contre le travail illégal est devenue une activité administrative banalisée, sans coordination administrative quotidienne, avec des interlocuteurs multiples, dispersés et difficiles à identifier.

La disparition d'une structure spécialisée ne se justifiait pas tant le bilan de son activité depuis 1976 était positif,

<sup>110</sup> H. Guichaoua, Les fraudes à la prestation de services et au détachement de salariés sur le territoire français : panorama de la jurisprudence française, Dr. ouvrier 2012. 543.

<sup>111</sup> Paris, 8 nov. 2011, n° 10/06129, *Easyjet*.

<sup>112</sup> Soc., 14 janv. 2004, n° 02-60.119, *Sté Agio Sigarenfabrieken*, Bull. civ. V, n° 17 ; D. 2004. 321 ; Rev. sociétés 2005. 209, note M. Audit.

<sup>113</sup> Crim., 7 juin 2011, n° 10-85.567, *Anjou myrtilles*, NP.

<sup>114</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 5 avr. 2007, n° 05-21.596, *Objatoise*, Bull. civ. V, n° 90 ; Dr. soc. 2007. 904, obs. G. Vachet - Civ. 2<sup>e</sup>, 20 juin 2013, n° 11-28.245, *Sté CL Jura*, NP - Paris, 8 nov. 2011, n° 10/06129, préc.

<sup>115</sup> Bâtiment, agriculture, transport aérien, serrurerie, métallurgie, brocante, réparation navale, travail temporaire, spectacles...

<sup>116</sup> Proposition de directive relative à l'exécution de la directive n° 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

<sup>117</sup> La mission interministérielle pour la lutte contre les trafics de main-d'œuvre (Milutmo), puis la délégation interministérielle à la lutte contre le travail illégal (DILTI).

<sup>118</sup> La Délégation nationale à la lutte contre la fraude (DNLF) - V. notes 17 et 18.

notamment en termes de conception d'outils juridiques<sup>119</sup> ainsi que de formation et professionnalisation des services de contrôle. On perçoit mal, *a contrario*, les plus-values apportées depuis 2008 par la disparition de cette structure et la création d'une nouvelle organisation institutionnelle.

Restaurer une structure d'animation et de coordination spécialisée en matière de lutte contre le travail illégal est une priorité. Elle serait un signal politique fort. Elle donnerait du dynamisme, de la cohérence et de la visibilité à l'action publique et lui garantirait une meilleure réactivité et technicité.

## B — REMETTRE LA DÉFENSE DES DROITS DU SALARIÉ VICTIME DU TRAVAIL ILLÉGAL AU CENTRE DU DISPOSITIF

La valorisation des droits du salarié victime du travail illégal n'est pas suffisamment prise en compte par les différents acteurs de la lutte contre le travail illégal, alors que la dissimulation d'emploi salarié représente la part la plus fréquente et importante de cette fraude. Il est d'ailleurs significatif de noter que l'actuel plan gouvernemental de lutte contre le travail illégal 2013-2015 n'y fait qu'une seule allusion, presque anecdotique<sup>120</sup>. La dernière réunion de la Commission nationale de lutte contre le travail illégal qui s'est réunie le 5 décembre 2013 n'a pas évoqué ce sujet. La faible prise en compte et valorisation des droits de ces salariés, y compris lorsqu'ils sont détachés en France par une entreprise étrangère, est d'autant plus regrettable que les droits qui leur sont ouverts sont significatifs et la jurisprudence favorable<sup>121</sup>.

Au moins trois initiatives sont à engager dans cette perspective.

- En priorité, il faut modifier sensiblement la loi pour permettre aux salariés étrangers employés sans titre de travail de percevoir effectivement leur salaire et leurs indemnités, ce qui n'est pas le cas depuis fort longtemps. La dernière loi immigration du 16 juin 2011 censée remplir cet objectif par la transposition de la directive européenne du 18 juin 2009 n'a rien changé pour eux<sup>122</sup>. Il suffit de les questionner. En 2012, un seul salarié étranger employé sans titre de travail a bénéficié de cette

transposition, alors qu'au moins 2 351 salariés pouvaient y prétendre en raison de la verbalisation de leur employeur par les services de l'État<sup>123</sup>. Peut-on continuer à tolérer que les employeurs qui font travailler la population salariée la plus précaire ne règlent pas les sommes qui lui sont dues? Outre son aspect choquant, c'est un avantage économique énorme et déloyal qui est donné à ces employeurs. Il est beaucoup question du *dumping* social généré par les entreprises non établies en France qui détachent des salariés à bas coût. Le même *dumping* social existe du fait d'employeurs établis en France qui ne paient pas ou qui sous-paie cette autre catégorie de salariés à bas coût.

- Les organisations syndicales doivent pouvoir ester en justice pour la défense des droits sociaux du salarié détaché par une entreprise étrangère, dans les mêmes conditions qu'en faveur du salarié étranger démuné de titre de travail. L'article L. 8255-1 du code du travail permet en effet aux syndicats d'engager directement des instances judiciaires au bénéfice de ce salarié, sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, dès lors que celui-ci n'a pas déclaré s'y opposer. La présence temporaire du salarié détaché sur le territoire français, dans lequel il ne réside pas, justifie d'autant plus cette disposition que ce salarié ne connaît pas nécessairement l'étendue de ses droits et les procédures à suivre, notamment s'il est victime d'un accident du travail.

- Il est nécessaire enfin de développer de façon institutionnelle, y compris par des mesures législatives, des synergies et des partenariats construits et suivis avec les conseils de prud'hommes, les organisations syndicales et les associations de défense des droits des salariés étrangers sans papiers, pour une meilleure appropriation et valorisation des droits des victimes du travail illégal. Ces partenariats auraient notamment pour objet des échanges d'informations opérationnelles et l'organisation de formations.

L'inspection du travail ne peut pas en effet faire face seule à la prise en charge de la réparation du préjudice subi par ces victimes, tant la tâche est conséquente. Remettre l'intérêt des victimes du travail illégal au centre du dispositif permettrait aussi d'obtenir, ce qui n'est pas négligeable, une meilleure adhésion des agents de l'inspection du travail à cette politique publique.

## C — ÉTENDRE LA SOLIDARITÉ FINANCIÈRE DU DONNEUR D'ORDRE ET DU MAÎTRE D'OUVRAGE

Le périmètre de la solidarité financière du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage, dont l'intérêt est reconnu depuis 1991 au service de la lutte contre le travail illégal, nécessite d'être élargi pour faciliter sa mise en œuvre et accroître son champ.

<sup>119</sup> En particulier, création de droits sociaux pour les salariés victimes, conception et mise en œuvre de la DPAE et de la solidarité financière des donneurs d'ordre, création de la responsabilité pénale des personnes morales, réglementation de la diffusion des offres de travail et de services, cadre juridique pour le contrôle des entreprises étrangères (en précurseur des textes communautaires), levée du secret professionnel, augmentation sensible des prérogatives des agents de contrôle et des services de recouvrement et contrôle des sociétés de domiciliation. Élaboration de guides de contrôle et mise en place de formateurs relais.

<sup>120</sup> V. l'avant-dernier objectif du plan gouvernemental 2013-2015. Annexe à la circulaire interministérielle du 11 févr. 2013 relative à la mise en œuvre du plan national de lutte contre le travail illégal 2013-2015.

<sup>121</sup> V. note 37.

<sup>122</sup> V. note 46.

<sup>123</sup> Il n'existe pas de bilan public d'application de cette transposition sur ce sujet tant les résultats sont indigents et que l'information est indisponible. La Commission nationale de lutte contre le travail illégal, lors de sa réunion du 5 déc. 2013, n'a communiqué aucun chiffre sur cet aspect de la lutte contre le travail illégal.

• En premier, le verrou juridique posé en 2004<sup>124</sup> pour actionner la solidarité financière dans les affaires de travail dissimulé doit être supprimé. De façon inattendue, le législateur a réduit à cette époque de façon substantielle pour les créanciers le recours à la solidarité financière, en la subordonnant à un contrôle et à un procès-verbal préalables d'un agent de contrôle, ce qui n'était pas le cas auparavant. L'effet premier de ce verrou n'est pas anodin, car il interdit toute mise en œuvre d'initiative de la solidarité financière par les créanciers, et notamment par le salarié, ce qui est contraire à la finalité même de ce mécanisme qui se voulait autonome lorsqu'il a été créé.

• Il convient par ailleurs d'ouvrir la solidarité financière aux caisses des congés payés et intempéries<sup>125</sup> pour récupérer auprès du donneur d'ordre, voire du maître d'ouvrage, les cotisations non versées par les entreprises assujetties qui pratiquent du travail dissimulé. À ce jour, seuls les organismes de protection sociale peuvent en effet mobiliser la solidarité financière, alors même que les caisses de congés payés, qui n'ont pas cette qualité, sont des créanciers qui relèvent de secteurs d'activité sensibles au travail dissimulé<sup>126</sup>. Dans la mesure où le non-paiement de ces cotisations est source de concurrence déloyale et de *dumping* social, il est logique d'intégrer ces sommes qui proviennent directement de la relation de travail dans le périmètre de la solidarité financière.

• Il faut instituer en dernier lieu un dispositif de solidarité financière *sui generis* à l'encontre du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage qui recourent à une entreprise étrangère, y compris lorsqu'il s'agit d'un travailleur indépendant, avec deux objectifs : récupérer les cotisations dues aux organismes de protection sociale et aux caisses de congés payés et verser aux salariés détachés le complément de rémunération inférieure aux minima conventionnels français et les salaires non payés, notamment en matière d'heures supplémentaires (v. *infra* E).

#### D — RENDRE EFFECTIVE LA RÉGLEMENTATION SUR LA DIFFUSION DES OFFRES DE TRAVAIL ET DE SERVICES

Depuis 1996<sup>127</sup>, le dispositif de lutte contre le travail illégal a rendu obligatoire la transparence des offres de travail et de services qui font l'objet d'une publicité ou d'une diffusion pour rechercher de la clientèle. Il suffit de consulter ces offres dans un quelconque support papier ou télématique pour se rendre compte que la loi n'est pas respectée par les directeurs de publication et semble même avoir été oubliée par les pouvoirs publics. L'objectif de cette transparence est de dissuader et de mieux contrôler les activités économiques occultes et anonymes, sources de concurrence déloyale à l'égard des (petites) entreprises qui ont pignon sur rue.

Alors que les pouvoirs publics cherchent par tous moyens à défendre et à conserver des emplois ainsi qu'à engager des partenariats de prévention, la sensibilisation des directeurs de publication et le contrôle du respect de cette réglementation, qui n'a jamais été réellement appliquée, apporteraient une contribution utile qui ne pourrait être accueillie qu'avec satisfaction par les professionnels, souvent dubitatifs sur les intentions de l'administration en la matière.

#### E — ASSURER UN MEILLEUR CONTRÔLE DES ENTREPRISES ÉTRANGÈRES

La présence des entreprises étrangères sur le territoire français est une source importante de travail illégal, sous toutes ses formes<sup>128</sup>. Il est indispensable, par ailleurs, de rappeler une réalité jamais évoquée : les entreprises étrangères qui interviennent sur le territoire français ne sont pas uniquement des entreprises communautaires. De très nombreuses entreprises étrangères établies dans des pays tiers, hors Union européenne, détachent en permanence sur le territoire français leurs salariés, notamment dans les secteurs de l'informatique et du spectacle vivant. La consultation des dossiers de demande d'autorisation de travail qui sont déposés dans les services de main étrangère des Direccte atteste de ces flux.

Le risque de *dumping* social est, à cet égard, bien plus réel et marqué de la part de cette seconde catégorie d'entreprises.

Le renforcement de l'efficacité du contrôle des entreprises étrangères, des donneurs d'ordre et des maîtres d'ouvrage implique la mise en place de mesures spécifiques, outre une meilleure formation des agents de contrôle.

• En premier lieu, il faut rendre le donneur d'ordre, voire le maître d'ouvrage, coresponsable de l'absence de la déclaration préalable de détachement de salarié, formalité obligatoire depuis 1994<sup>129</sup>, que doit accomplir l'entreprise étrangère. Cette responsabilité est à assortir d'une pénalité administrative à caractère financier d'un montant dissuasif, qui viendrait se substituer aux sanctions prévues actuellement pour les contraventions de 4<sup>e</sup> classe. La connaissance exhaustive par les services de contrôle et de recouvrement de la présence, par nature temporaire, si ce n'est discrète, des entreprises étrangères est en effet une condition indispensable à l'effectivité de leur contrôle.

• L'extension de la déclaration de détachement aux travailleurs indépendants qui interviennent seuls serait d'une grande utilité pour identifier leur présence diffuse et véri-

124 V. note 41.

125 Dans les secteurs du bâtiment, des travaux publics et des spectacles.

126 À titre d'exemple, le montant des cotisations dans le secteur du BTP (congés payés et intempéries) est de 21, 42 % de la masse salariale.

127 L. n° 96-603, 5 juill. 1996, relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, art. 36 – C. trav., art. L. 8221-7.

128 F. Muller, L'affaire *Flamanville*, détachement ou fraude sociale ? Dr. soc. 2012. 675 ; égal. du même auteur, *Détachement des travailleurs : abus et dérives, quels correctifs pour demain ?*, Chronique internationale de l'IRE5, sept. 2013, n° 142 – Résolution de l'Assemblée nationale sur la proposition de directive relative à l'exécution de la directive de détachement des travailleurs du 11 juill. 2013 et résolution du Sénat sur les normes européennes en matière de détachement des travailleurs du 16 oct. 2013 – V. égal. note 110.

129 C. trav., art. R. 1263-3 s.

fier la licéité de leur qualité, à la fois dans le pays où ils se déclarent domiciliés et lors de leur prestation sur le territoire français. Leur intervention en France concurrence directement le secteur artisanal ; s'assurer de la loyauté juridique et commerciale de cette intervention est logique.

- Par ailleurs, la dissémination des interventions des entreprises étrangères sur l'ensemble du territoire français nécessite depuis longtemps la création d'une base nationale des déclarations de détachement. Après consultation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, un arrêté du 3 mars 2009 portant création de cette base nationale a été publié au Journal officiel du 28 avril 2009. Pour autant, cette base n'existe toujours pas. L'absence de cette base obère très sensiblement les capacités des agents de contrôle et des services de recouvrement à détecter et à traiter les fraudes commises par ces entreprises, notamment par le contournement des règles de la prestation de services internationale et du détachement des salariés. Ce retard n'est pas compréhensible, alors même que des cotisations sociales d'un montant considérable ne sont pas payées en France depuis plusieurs années par ces entreprises.

- La mise en cause du donneur d'ordre qui fait appel à une entreprise étrangère doit être étendue au non-paiement par celle-ci des cotisations dues aux organismes de protection sociale et aux caisses de congés payés, lorsqu'elles doivent être versées en France. Dans la mesure où il n'existe aujourd'hui aucune procédure permettant de recouvrer hors de France ces cotisations, elles ne sont pas actuellement récupérables et sont perdues. Pour les entreprises françaises qui respectent la loi, cette situation génère de la concurrence déloyale qui perdure, car rien n'interdit à cette entreprise étrangère de revenir prester en France, en continuant de s'abstenir de payer des cotisations. Les organismes de protection sociale et les caisses de congés payés doivent pouvoir réclamer ces sommes au donneur d'ordre, voire au maître d'ouvrage, qui choisit cette entreprise étrangère et bénéficie de son activité à un coût nécessairement attractif.

- Dans la même perspective, le salarié détaché sur le territoire français par une entreprise étrangère doit pou-

voir obtenir du donneur d'ordre de son employeur, et le cas échéant du maître d'ouvrage, le complément de rémunération qui lui est dû afin qu'il perçoive effectivement le montant que prévoit la convention collective étendue en France, en termes de salaire, de primes et d'indemnités, ainsi que le paiement de ses heures supplémentaires. Malgré les termes de la loi qui imposent le respect de ces normes d'ordre public, un grand nombre de salariés détachés, appelés pour cette raison salariés *low cost* ou à bas coût, sont loin de bénéficier de ce statut social protecteur.

- En dernier lieu, une meilleure coopération administrative entre les États membres de l'Union européenne serait d'une grande utilité pour assurer un contrôle plus efficace de l'activité des entreprises étrangères sur le sol français. Mais compte tenu des réticences de principe de plusieurs États à fournir des informations susceptibles de pénaliser à terme leurs entreprises, il est à craindre que cet objectif, pourtant vivement souhaité par les services de contrôle et de recouvrement, reste un vœu pieux<sup>130</sup>. De plus, ces États apprécient les déplacements transnationaux et la mobilité de leur main-d'œuvre détachée qui soulagent ainsi leur marché du travail intérieur en difficulté. Enfin, il convient de rappeler que cette coopération est aujourd'hui totalement inexistante lorsque l'entreprise étrangère est établie dans un pays tiers, hors de l'Union européenne et que la proposition de directive européenne ne les concerne pas.

Ces propositions pourraient trouver leur place dans une prochaine grande loi de lutte contre le travail illégal dont il est difficile de faire l'économie, compte tenu des limites opérationnelles de l'actuel cadre juridique. Cette loi permettrait également de mieux faire connaître et de mesurer la détermination de l'État à consolider et à poursuivre une politique publique engagée depuis quarante ans et qui, en France, a toujours fait l'unanimité ■

Décembre 2013

<sup>130</sup> Le renforcement de cette coopération est l'un des objectifs de la proposition de directive relative à l'exécution de la directive détachement des travailleurs n° 96/71 du 16 déc. 1996, actuellement en discussion à Bruxelles (v. notes 116 et 128).