

MODE D'EMPLOI DES DROITS DES VICTIMES DU TRAVAIL ILLEGAL ET DU DUMPING SOCIAL

Faire respecter l'ordre public social

Hervé GUICHAOUA

Directeur du travail

rvguichaoua@hotmail.fr

1^{ère} édition

Septembre 2016

Remerciements

Je remercie très sincèrement les contrôleurs du travail, les inspecteurs du travail, les directeurs adjoints du travail et les directeurs du travail, ainsi que l'inspecteur du recouvrement de l'Urssaf, qui ont accepté de relire ce « Mode d'emploi », et qui m'ont fait bénéficier de leur contribution, de leur compétence et de leur expérience pour améliorer son contenu.

Du même auteur :

.- Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères Septembre 2015

.- Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance Octobre 2015

.- Mode d'emploi pour la mise en cause du donneur d'ordre, du maître d'ouvrage et de tous autres dans le cadre du travail illégal et du dumping social Février 2016

Sommaire 4

Observations générales 13

Quelques remarques liminaires 14

1^{ère} partie Les droits du salarié 17

2^{ème} partie Les droits des organismes de protection sociale 113

3^{ème} partie Les droits des caisses de congés payés et intempéries 173

4^{ème} partie Les droits des organisations syndicales 203

5^{ème} partie Les droits des organisations professionnelles 207

6^{ème} partie Les droits des entreprises et des autres opérateurs économiques 211

7^{ème} partie Jurisprudence 213

Annexes 235

- **Tableaux des droits du salarié victime du travail illégal ou du dumping social 236**
- **Information sur les droits du salarié étranger employé sans titre de travail 251**
- **Annexes relatives à la solidarité financière et à la vigilance 252**
- **Propositions pour améliorer la valorisation des droits des victimes du travail illégal et du dumping social 275**
- **Index alphabétique 290**

SOMMAIRE

Observations générales 13

Quelques remarques liminaires 14

1^{ère} partie Les droits du salarié 17

.I. Quels sont les salariés victimes ? 18

.I.1. Le salarié victime par dissimulation de son emploi 18

.A. Les différentes catégories de salarié dissimulé 19

.A.1. Le salarié directement dissimulé 19

.A.1.1. Son employeur est établi en France 19

- .A.1.1.1. La déclaration préalable à l'embauche 19
- .A.1.1.2. La caractérisation de la dissimulation d'heures de travail 20
- .1. La forfaitisation ou quantification a priori des heures de travail prévue par le code du travail et un accord collectif de travail 20
- .2. La forfaitisation ou quantification a priori des heures de travail par décision unilatérale de l'employeur 20
- .3. Les conventions de forfait prévues par le code du travail et les accords collectifs de travail 21
- .4. La qualité induite de cadre dirigeant 21

.A.1.2. Son employeur est établi hors de France 21

- .A.1.2.1. Les obligations déclaratives sociales et fiscales de son employeur 22
- .A.1.2.2. Les obligations relevant du code du travail 22

.A.2. Le salarié dissimulé sous un faux statut 24

- .A.2.1. Le salarié mis à disposition d'un autre employeur 24
- .A.2.1.1. Les effets d'une mise à disposition 24
- .A.2.2.2. Le salarié objet d'une mise à disposition illicite 24
- .A.2.2.3. Le salarié objet d'une mise à disposition licite 25
- .A.2.2. Le salarié prétendu bénévole 27
- .A.2.2.1. Le critère de l'exercice de son activité dans le cadre d'une subordination juridique 27
- .A.2.2.2. Les présomptions de salariat posées par le code du travail 28
- .A.2.3. Le salarié prétendu stagiaire 30
- .A.2.3.1. Les catégories de stagiaires 31

- **.A.2.3.2. Les critères de requalification 32**
- **.A.2.3.3. Le cas particulier de la Junior-entreprise 33**
- **.A.2.4. Le salarié prétendu travailleur indépendant 34**
- **.A.2.4.1. L'apparence de légalité 35**
- **.A.2.4.2. Le respect formel des apparences de légalité 36**
- **.A.2.4.3. Les critères de requalification 37**
- **.A.2.4.4. Les présomptions de salariat posées par le code du travail 40**
- **.A.2.5. Le salarié prétendument détaché par une entreprise étrangère 45**
- **.A.2.5.1. Dans le cadre d'une fraude à l'établissement 45**
- **.A.2.5.2. Lorsqu'il est victime d'une opération de fausse sous-traitance 45**
- **.A.2.5.3. Lorsqu'il est victime d'une opération de mise à disposition illicite 46**

.I.2. Le salarié étranger employé sans titre de travail 47

.A.1. La définition du salarié étranger employé sans titre de travail 47

.A.2. Le salarié étranger sans titre de travail et le salarié dissimulé 48

.I.3. Le salarié victime du dumping social 49

.II. Quels sont les droits du salarié victime ? 50

.II.1. Les droits du salarié dissimulé 50

.A. Au titre de la législation du travail 50

.A.1. Le salarié victime de la dissimulation de son emploi par défaut de DPAE et/ou non remise du bulletin de paie 50

.A.2. Le salarié victime de la dissimulation d'heures de travail 51

- **.A.2.1. La dissimulation directe d'heures de travail 51**
- **.A.2.2. La dissimulation d'heures de travail par une convention de forfait illicite 52**
- **.A.2.3. La dissimulation d'heures de travail pour un prétendu cadre dirigeant 53**
- **.A.2.4. Les conséquences pour le salarié victime 53**

.A.3. Le salarié victime de la dissimulation de son emploi, par omission des déclarations sociales ou fiscales 54

.A.4. Le salarié victime de la dissimulation de son emploi par un faux statut 54

.A.5. L'indemnité forfaitaire équivalente à six mois de salaire 55

- **.A. 5.1. Le principe 55**
- **.A.5.2. La démonstration de l'élément intentionnel 56**

.B. Au titre de la protection sociale 57

- **.B.1. L'étendue de la protection sociale éludée 57**
- **.B.2. La protection sociale en matière d'accident du travail 58**
- **.B.3. La protection sociale en matière de maladie professionnelle 60**

II.2. Les droits du salarié étranger employé sans titre de travail 61**.A. La législation du travail 62**

- **.A.1. Le principe reconnu par le code du travail 62**
- **.A.2. Les précisions de la Cour de cassation 63**
- **.A.3. L'indemnité forfaitaire équivalente à trois mois de salaire 64**

.B. La protection sociale du salarié étranger employé sans titre de travail 65

- **.B.1. La protection sociale de droit commun 65**
- **.B.2. La protection sociale en matière d'accident du travail 65**
- **.B.3. La protection sociale en matière de maladie professionnelle 66**

II.3. Les droits du salarié victime du dumping social 67

- **.A. Le salarié victime à la fois du dumping social et de la dissimulation de son emploi 68**
- **.B. Le salarié de nationalité étrangère est victime du dumping social et est employé sans titre de travail 69**
- **.C. Le salarié est uniquement victime du dumping social 69**
- **.D. Le salarié est logé dans des conditions indignes 70**

III. La mise en œuvre des droits du salarié victime 71**III.1. La mise en œuvre des droits du salarié dissimulé 71****.A. La reconnaissance des droits sociaux au titre de la législation du travail 72****.A.1. Quelle(s) juridiction(s) saisir ? 72****.A.2. Quelles personnes mettre en cause devant le conseil de prud'hommes ? 74****.A.2.1. La mise en cause de l'employeur 74**

- **.A.2.1.1. La mise en cause de l'employeur officiel du salarié 74**
- **.A.2.1.2. La mise en cause de celui qui exerce la subordination juridique réelle 74**

.A.2.2. La mise en cause du donneur d'ordre 76**.A.2.3. La mise en cause du maître d'ouvrage 79**

- .A.3. Quelle(s) preuves apporter au juge ? 80**
- .A.3.1. La dissimulation totale de l'emploi du salarié 81**
- .A.3.2. La dissimulation d'heures de travail du salarié 81**
 - **.A.3.2.1. La dissimulation sous forme de primes 82**
 - **.A.3.2.2. La forfaitisation ou quantification a priori des heures de travail prévue par le code du travail et un accord collectif de travail 82**
 - **.A.3.2.3. La forfaitisation ou quantification a priori des heures de travail par décision unilatérale de l'employeur 82**
 - **.A.3.2.4. Les conventions de forfait prévues par le code du travail et l'accord collectif de travail 83**
 - **.A.3.2.5. La qualité indue de cadre dirigeant 84**
- .A.3.3. La dissimulation de l'emploi du salarié sous un faux statut 84**
- .A.3.4. La dissimulation de l'emploi du salarié en violation des présomptions de salariat 86**
 - **.A.3.4.1. La privation indue du statut d'artiste 86**
 - **.A.3.4.2. La privation indue du statut de mannequin 87**
 - **.A.3.4.3. La privation indue du statut de bûcheron 87**
- .B. La reconnaissance des droits sociaux au titre de la protection sociale 88**
- .B.1. La déclaration et la reconnaissance de l'accident du travail 88**
- .B.2. La déclaration et la reconnaissance de la maladie professionnelle 90**
- .B.3. Le versement des cotisations sociales 90**
- .III.2. La mise en œuvre des droits du salarié étranger employé sans titre de travail 92**
- .A. La reconnaissance des droits sociaux au titre de la législation du travail 92**
- .A.1. Quelle(s) juridiction(s) saisir ? 92**
- .A.2. Quelles personnes mettre en cause devant le conseil de prud'hommes ? 95**
 - .A.2.1. La mise en cause de l'employeur 95**
 - **.A.2.1.1. La mise en cause de l'employeur officiel du salarié 95**
 - **.A.2.1.2. La mise en cause de celui qui exerce la subordination juridique réelle 95**
 - .A.2.2. La mise en cause du donneur d'ordre 96**
 - .A.2.3. La mise en cause du maître d'ouvrage 98**
 - .A.2.4. Le mécanisme particulier de l'article L.8252-4 du code du travail 99**

.A.3. Quelle(s) preuves apporter au juge ? 101

.A.3.1. Le salarié étranger employé sans titre de travail *stricto sensu* 101

.A.3.2. Le salarié étranger employé (sans titre de travail) sous un faux statut 102

.A.3.3. La dissimulation de l'emploi du salarié étranger sans titre de travail en violation des présomptions de salariat 103

- **.A.3.3.1. La privation induite du statut d'artiste 103**
- **.A.3.3.2. La privation induite du statut de mannequin 104**
- **.A.3.3.3. La privation induite du statut de bûcheron 105**

.B. La reconnaissance des droits sociaux au titre de la protection sociale 105

.B.1. La déclaration et la reconnaissance de l'accident du travail 106

.B.2. La déclaration et la reconnaissance de la maladie professionnelle 107

.III.3. La mise en œuvre des droits du salarié victime du dumping social 108

.A. Le salarié détaché en France 108

.B. Le salarié en emploi direct en France 109

.C. Le salarié est hébergé dans des conditions indignes 110

2^{ème} partie Les droits des organismes de protection sociale 113

.I. Quels sont les organismes de protection sociale victimes ? 114

.- au titre de la sécurité sociale 114

.- au titre de l'assurance chômage 115

.II. Qui mettre en cause ? 116

.II.1 La mise en cause du travailleur indépendant 116

- **.A. La mise en cause du travailleur indépendant établi en France 116**
- **.B. La mise en cause du travailleur indépendant non établi en France 116**

.II.2. La mise en cause de l'employeur 117

.A. La mise en cause de l'employeur officiel 117

- **.A.1. La mise en cause de l'employeur officiel établi en France 117**
- **.A.2. La mise en cause de l'employeur officiel non établi en France 118**

- .B. La mise en cause de celui qui exerce la subordination juridique 120**
- .B.1. La mise en cause de celui qui emploie un salarié mis à sa disposition 121**
 - **.B.1.1. La mise à disposition illicite du salarié 121**
 - **.B.1.2. La mise à disposition licite du salarié 123**
- .B.2. La mise en cause de celui qui emploie un prétendu bénévole 124**
 - **.B.2.1. Le critère de l'exercice de l'activité dans le cadre d'une subordination juridique 125**
 - **.B.2.2. Les présomptions de salariat posées par le code du travail 126**
- .B.3. La mise en cause de celui qui emploie un prétendu stagiaire 128**
 - **.B.3.1. Les catégories de stagiaires 128**
 - **.B.3.2. Les critères de requalification 129**
 - **.B.3.3. Le cas particulier de la Junior-entreprise 131**
- .B.4. La mise en cause de celui qui emploie un prétendu travailleur indépendant 132**
 - **.B.4.1. Le recours apparent à un travailleur indépendant 133**
 - **.B.4.2. Le respect formel des apparences de légalité 134**
 - **.B.4.3. Les critères de requalification 135**
 - **.B.4.4. Les présomptions de salariat posées par la législation du travail 138**
- .B.5. La mise en cause de celui qui emploie un salarié prétendument détaché par une entreprise établie hors de France 143**
 - **.B.5.1. Lorsque l'employeur fait travailler le salarié dans le cadre d'une fraude à l'établissement 144**
 - **.B.5.2. Lorsque le salarié est employé en France dans le cadre d'une opération de fausse sous-traitance 144**
 - **.B.5.3. Lorsque le salarié est employé en France dans le cadre d'une mise à disposition illicite 145**
- .II.3. La mise en cause du donneur d'ordre 146**
 - **.A. Dans une affaire de travail dissimulé 147**
 - **.B. Dans une affaire de dumping social 149**
- .II. 4 La mise en cause du maître d'ouvrage 151**
 - **.A. Dans une affaire de travail dissimulé 151**
 - **.B. Dans une affaire de dumping social 152**
- .II.5. La mise en cause de la société mère 155**

.III. Quels sont les droits des organismes de protection sociale ?	155
.A. Le droit de se constituer partie civile et d'obtenir des dommages et intérêts	155
.B. Le recouvrement des cotisations et contributions sociales éludées	156
.C. Le refus des exonérations et des réductions des cotisations et contributions sociales	158
.D. L'annulation des exonérations et des réductions des cotisations et contributions sociales	159
.E. Le refus d'attribuer des aides publiques	161
.F. Le remboursement des aides publiques	162
.G. L'action récursoire contre l'employeur lors d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle d'un salarié	162
.IV. La mise en œuvre des droits des organismes de protection sociale	163
.A. L'utilisation de la voie pénale	163
.B. L'utilisation de la voie civile	164
.B.1. L'utilisation de la voie civile par le recours à la législation du travail	164
• .B.1.1. Les prérogatives d'enquête et de chiffrage	165
• .B.1.2. Les prérogatives de mise en recouvrement	166
.B.2. L'utilisation de la voie civile par le recours aux textes de sécurité sociale	169
3^{ème} partie Les droits des caisses de congés payés et intempéries	173
.I. Quelles sont les caisses de congés payés et intempéries ?	174
.II. Qui mettre en cause ?	175
.A. La mise en cause de l'employeur officiel	175
• .A.1. La mise en cause de l'employeur officiel établi en France	175
• .A.2. La mise en cause de l'employeur officiel non établi en France	175
.B. La mise en cause de celui qui exerce la subordination juridique	178
.B.1. La mise en cause de celui qui emploie un salarié mis à sa disposition	178
• .B.1.1. La mise à disposition illicite du salarié	178
• .B.1.2. La mise à disposition licite du salarié	179

.B.2. La mise en cause de celui qui emploie un prétendu bénévole 181

- **.B.2.1. Le critère de la subordination juridique 181**
- **.B.2.2. La mise en œuvre de la présomption de salariat pour l'artiste 182**

.B.3. La mise en cause de celui qui emploie un prétendu stagiaire 183

- **.B.3.1. Les catégories de stagiaires 183**
- **.B.3.2. Les critères de requalification 184**
- **.B.3.3. Le cas particulier de la Junior-entreprise 186**

.B.4. La mise en cause de celui qui emploie un prétendu travailleur indépendant 187

- **.B.4.1. Le recours apparent à un travailleur indépendant 188**
- **.B.4.2. Le respect formel des apparences de légalité 188**
- **.B.4.3. Les critères de requalification 190**
- **.B.4.4. La présomption de salariat de l'article L.7121-3 du code du travail pour l'artiste 193**

.B.5. La mise en cause de celui qui emploie un salarié prétendument détaché par une entreprise établie hors de France 195

- **.B.5.1. Lorsque l'employeur fait travailler le salarié dans le cadre d'une fraude à l'établissement 195**
- **.B.5.2. Lorsque le salarié est employé en France dans le cadre d'une opération de fausse sous-traitance 196**
- **.B.5.3. Lorsque le salarié est employé en France dans le cadre d'une mise à disposition illicite 196**

.III. Quels sont les droits des caisses de congés payés et intempéries ? 198**.A. Le droit de se constituer partie civile et d'obtenir des dommages et intérêts 198****.B. Le recouvrement des cotisations éludées 199****.IV. La mise en œuvre des droits des caisses de congés payés et intempéries 199****.A. La levée du secret professionnel 200****.B. L'utilisation de la voie pénale 200****.C. L'utilisation de la voie civile 201****.D. Quid de l'impact de la création de la carte d'identification professionnelle dans le BTP ? 201**

4^{ème} partie Les droits des organisations syndicales de salariés 203

.A. L'utilisation de la voie pénale 204

.B. L'utilisation de la voie civile 205

.C. Les limites des voies judiciaires 205

5^{ème} partie Les droits des organisations professionnelles 207

**6^{ème} partie Les droits des entreprises et des autres opérateurs économiques
211**

7^{ème} partie Jurisprudence 213

OBSERVATION GENERALE

Travail illégal et dumping social sont des notions qui ne se confondent pas, même si elles sont souvent associées et sécantes.

Le travail illégal, qui n'est pas une infraction en soi, est une appellation juridique¹, dont le contenu est précisément défini par les articles L.8221-1 et suivants du code du travail.

Le travail illégal comprend les infractions suivantes :

- .- le travail dissimulé,
- .- l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail,
- .- le marchandage,
- .- le prêt illicite de main d'œuvre,
- .- le cumul irrégulier d'emplois,
- .- la fraude ou la fausse déclaration pour obtenir un revenu de remplacement.

Le travail illégal fait partie incontestablement du dumping social.

A l'inverse, **le dumping social** est une appellation usuelle, sans contenu juridique précis, et donc à géométrie variable selon les auteurs.

On peut définir le dumping social comme un ensemble de pratiques commerciales qui visent à permettre à des entreprises (françaises ou étrangères) d'être moins disantes que leurs concurrentes, soit en ne respectant pas la législation sociale en vigueur, soit en optimisant, par un effet d'aubaine délibérément recherché, les facilités offertes par la loi, qui résultent des textes, de la contrariété des textes ou des silences des textes (par un effet d'*a contrario*). Le dumping social peut donc couvrir un champ très large, dès lors qu'il est considéré que toute violation de la loi sociale ou de l'ordre public social procure un avantage économique à son auteur, au détriment de celui qui applique la loi.

Ainsi constitue assurément du dumping social, sans relever pour autant de la sphère du travail illégal : le non respect du SMIC ou des minima de rémunération conventionnelle étendus, la pratique d'horaires de travail au delà des plafonds autorisés, le non respect du repos hebdomadaire et le non paiement des cotisations à la caisse de congés payés et l'utilisation astucieuse par les entreprises étrangères des certificats de détachement pour ne pas payer de cotisations sociales en France (mobilité internationale intragroupe).

¹ Appellation créée par la loi n° 93-1313 du 16 décembre 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle (article 33).

QUELQUES REMARQUES LIMINAIRES

.1. Les principales victimes du travail illégal et du dumping social sont notamment²:

- .- le salarié,
- .- les organismes de protection sociale,
- .- la caisse de congés payés (et intempéries), lorsqu'elle existe,
- .- les organisations syndicales,
- .- les organisations professionnelles,
- .- les entreprises concurrentes,
- .- tout autre opérateur économique

Cette liste n'est pas limitative. En fonction des circonstances des affaires, d'autres victimes sont susceptibles d'apparaître et d'exister.

.2. Le traitement des affaires de travail illégal ou de dumping social ne peut pas se limiter à la sphère pénale ou aux sanctions administratives, même si celles-ci sont indispensables car elles mobilisent et impliquent l'Etat, gardien de l'ordre public social.

.3. Les affaires de travail illégal ou de dumping social font en effet des victimes, dont la qualité doit être reconnue et protégée et le préjudice réparé. La réparation de ce préjudice se traduit souvent par le versement de sommes allouées par le juge, dont le montant, lorsqu'il est élevé, constitue, au-delà de la réparation accordée aux victimes, un outil de dissuasion, voire de quasi sanction, à l'égard des auteurs de ces fraudes à caractère économique et financier³.

² L'Etat est bien entendu victime du travail illégal qui génère des pertes fiscales. Cependant, il n'existe qu'un seul mécanisme spécifique prévu par la législation, pour récupérer ces manques à gagner, dédié à la lutte contre le travail illégal : la solidarité financière des articles L.8222-1 et sq. du code du travail. Mais ce mécanisme est très peu utilisé par les services fiscaux et sa mise en œuvre n'est documentée par aucun arrêt de la Cour de cassation depuis sa création en 1991. L'absence de texte particulier (contrairement aux organismes de protection sociale) et de jurisprudence fiscale explicite sur ce sujet démontrent que l'action des services fiscaux dans ce domaine, qui est réelle et essentielle, n'est cependant pas isolable de leur activité globale de lutte contre la fraude fiscale. Difficile donc d'en faire une présentation académique spécifique.

³ Par exemple, le versement de l'indemnité forfaitaire équivalent à six mois de salaire pour le salarié dissimulé.

.4. L'intervention des victimes dans les affaires de travail illégal et de dumping social, au-delà de la réparation de leur préjudice direct et personnel, présente l'avantage, dans certains dossiers, de venir conforter l'action publique du procureur de la République, ou de déclencher l'action publique en portant des informations à la connaissance du procureur de la République.

.5. En fonction de sa qualité ou de son statut, la victime dispose d'une ou de deux voies judiciaires pour obtenir réparation et le versement des sommes qui lui sont dues. Lorsque la victime dispose de ces deux voies, elle peut, en règle générale les cumuler et utiliser l'une et l'autre.

.6. L'essentiel des droits des victimes relève des textes et de la jurisprudence relatifs à la lutte contre le travail illégal. La loi Savary du 10 juillet 2014⁴ et la loi Macron du 6 août 2015⁵ ont introduit dans le code du travail des droits spécifiques relatifs aux situations de dumping social. Mais l'apport de ces deux lois en faveur des victimes du dumping social est purement symbolique, voire illusoire, compte tenu des conditions qu'elles fixent et qui ne sont pas à la main des victimes, et notamment du salarié.

Nota

Dans cet ouvrage, il sera souvent évoqué les dommages et intérêts que les victimes du travail illégal sont susceptibles d'obtenir devant la juridiction répressive, en se constituant partie civile.

Lorsque les victimes n'ont pas obtenu d'indemnisation ou de réparation à la suite de la décision du juge, elles peuvent solliciter l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis ou confisqués (AGRASC).

La saisine de l'AGRASC permet aux victimes d'être payées prioritairement sur les biens confisqués du débiteur (articles 706-159 et suivants du code de procédure pénale).

La saisine de l'AGRASC obéit à des conditions très précises, notamment en termes de délai, qui sont présentées sur son site en ligne.

⁴ Loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale.

⁵ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

1^{ère} partie

LES DROITS DU SALARIE

.I. Quels sont les salariés victimes ?

Le salarié bénéficie de droits sociaux, prévus par la législation du travail ou reconnus par la jurisprudence, en raison d'une triple qualité résultant des conditions particulières de son emploi :

- le salarié victime du travail illégal par dissimulation de son emploi,
- le salarié étranger employé sans titre de travail,
- le salarié victime du dumping social.

Nota

La qualité de salarié étranger employé sans titre de travail se cumule souvent avec celle de salarié victime de la dissimulation de son emploi et celle de victime du dumping social. Le salarié étranger employé sans titre de travail dispose donc du choix de sa triple qualité de victime pour faire valoir ses droits.

Les droits sociaux en matière de dumping social étant symboliques, le choix se fera en fait au regard de son autre qualité de salarié dissimulé.

.I.1. Le salarié victime du travail illégal par dissimulation de son emploi

Les droits du salarié victime de la dissimulation de son emploi par son employeur relèvent à la fois de la législation du travail et des apports de la jurisprudence relative à la requalification de la situation contractuelle du travailleur⁶.

Pour être reconnu salarié dissimulé d'un employeur, celui-ci doit avoir omis intentionnellement d'accomplir l'une des 7 formalités suivantes lors de l'embauche ou de l'emploi de ce salarié⁷ :

- il n'a pas requis son inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, lorsqu'elle est obligatoire,
- il a continué à exercer son activité professionnelle après sa radiation du registre du commerce et des sociétés ou du répertoire des métiers,
- il n'a pas procédé à ses déclarations fiscales ou sociales, initiales ou périodiques, en raison de son activité économique,
- il n'a pas effectué la déclaration préalable à l'embauche du salarié (DPAE),

⁶ Voir infra p.213 7^{ème} Partie Jurisprudence.

⁷ Article L.8221-5 du code du travail.

- il ne lui a pas remis son bulletin de paie au terme d'un mois de travail,
- il n'a pas mentionné sur le bulletin de paie la totalité des heures de travail accompli par le salarié dans le mois auquel il se rapporte⁸,
- il n'a pas procédé aux déclarations fiscales ou sociales, initiales ou périodiques, en raison de l'emploi du salarié.

La nature juridique de l'employeur importe peu, dès lors que cet employeur relève du code du travail et en est assujéti; l'employeur est une entreprise (personne physique ou personne morale), une association, un groupement ou un particulier.

Il existe plusieurs catégories de salarié dissimulé, en fonction des modalités de la fraude utilisée par l'employeur. Quel que soit le statut du salarié dissimulé, il bénéficie des mêmes droits sociaux, dont la valorisation obéit aux mêmes règles de procédure.

.A. Les différentes catégories de salarié dissimulé

Le salarié dissimulé par son employeur, au sens de l'article L.8221-5 du code du travail, est soit un salarié dont le statut est officiellement reconnu par l'employeur, soit un salarié dont le statut est contourné par l'employeur qui ne reconnaît pas le faire travailler en tant que tel.

.A.1. Le salarié directement dissimulé

Il s'agit d'un salarié dont l'employeur ne conteste ni la qualité, ni l'emploi. Cette catégorie de salarié inclut elle-même, d'une part le salarié en emploi direct par un employeur établi en France, et d'autre part le salarié détaché en France par un employeur établi à l'étranger.

.A.1.1. Son employeur est établi en France

Le salarié qui travaille pour le compte d'un employeur établi en France peut se considérer en emploi dissimulé dès lors que son employeur n'a pas respecté de façon intentionnelle l'une des 7 formalités précitées. A fortiori, lorsque son employeur n'a pas respecté plusieurs de ces formalités⁹.

L'obligation pour l'employeur de respecter ces 7 formalités ne souffre pas de difficulté juridique particulière, sous réserve des précisions suivantes relatives à la dissimulation d'emploi salarié.

.A.1.1.1. La déclaration préalable à l'embauche ne connaît aucune exception et vaut pour toute embauche, y compris par les particuliers, et pour tout contrat de travail. Elle est effectuée avant la période d'essai, lorsqu'elle existe.

Seul en est dispensé l'essai ou test professionnel qui est une période passée au sein de l'entreprise intéressée par la candidature du postulant à un emploi, au cours de laquelle l'entreprise le soumet à des épreuves de courte durée pour s'assurer de sa qualification professionnelle. L'essai ou test professionnel¹⁰ se situe avant l'embauche, et donc avant la

⁸ Sauf dérogation résultant d'une convention ou d'un accord d'aménagement du temps de travail.

⁹ Sur l'intentionnalité, voir infra p.19 III. Mise en œuvre des droits du salarié victime, p.56 et p.81 et sq.

¹⁰ Non prévu par le code du travail, mais admis par la jurisprudence.

période d'essai, avec laquelle elle ne se confond pas. Deux conditions sont posées par le juge¹¹ pour admettre le test professionnel et non pas une période de travail salarié : la courte durée de ou des épreuves et le fait que la personne n'ait pas été placée en conditions normales d'emploi.

A.1.1.2. La caractérisation de la dissimulation d'heures de travail fait l'objet de jurisprudence spécifique de la Cour de cassation relative à quatre situations particulières auxquelles le salarié peut se trouver confronté.

.1). La forfaitisation ou quantification a priori des heures de travail prévue par le code du travail et un accord collectif de travail, comme dans le secteur de la distribution de prospectus.

Le salarié se trouve en présence d'une jurisprudence divergente de la chambre sociale et de la chambre criminelle de la Cour de cassation, lorsque l'employeur revendique l'application d'une convention ou d'un accord d'aménagement du temps de travail dans ce cadre juridique.

La chambre sociale de la Cour de cassation¹² considère que la quantification forfaitaire des heures de travail autorisée dans le secteur d'activité de la distribution et du portage de documents par l'article D.3171-9-1 du code du travail¹³ et la convention collective nationale de la distribution directe du 9 février 2004 étendue par arrêté ministériel et un accord d'entreprise n'interdit pas au salarié de rapporter la preuve, en application de l'article L.3171-4 du code du travail, qu'il accomplit plus d'heures de travail et d'en demander la mention sur le bulletin de paie et le paiement complémentaire.

La chambre criminelle de la Cour de cassation¹⁴ considère que la dissimulation d'heures de travail résultant du non respect de cette même convention collective dérogatoire étendu sur l'aménagement du temps de travail n'entre pas dans le champ de l'infraction définie à l'article L.8122-5 2° du code du travail, compte tenu de la rédaction de cet article. Faute d'élément légal, l'infraction de dissimulation d'heures n'existe pas, même si celle-ci est matériellement avérée et non discutée. Ce qui sous entend, de façon indue, que le législateur n'aurait pas voulu sanctionner au titre du travail dissimulé la dissimulation d'heures de travail résultant du non respect d'un texte conventionnel étendu sur l'aménagement du temps de travail.

En toute logique, le salarié peut s'appuyer sur la jurisprudence plus favorable de la chambre sociale de la Cour de cassation qui, *a priori*, guide l'analyse du juge prud'homal.

.2). La forfaitisation ou quantification a priori des heures de travail par décision unilatérale de l'employeur, comme pour le nettoyage des chambres d'hôtels.

¹¹ Cass. soc. n° 07-42673 du 26 novembre 2008 EXPRESS SERVICES ; cass. soc. n° 07-45485 du 16 septembre 2009.

¹² Cass. soc. n° 10-10928 du 22 septembre 2011 ADREXO ; cass. soc. n° 10-10928 du 22 septembre 2011 ADREXO.

¹³ Annulé par l'arrêt du Conseil d'Etat n° 303396 du 11 mars 2009 ; article devenu, après son annulation, D.3171-9 du code du travail.

¹⁴ Cass. crim. n° 12-81767 du 16 avril 2013 ADREXO ; voir également le commentaire de cet arrêt dans Droit Ouvrier Août 2013 p.563, du même auteur.

Certains employeurs, gestionnaires d'hôtel ou prestataires de services en milieu hôtelier, décident de façon péremptoire, que le nettoyage d'une chambre d'hôtel nécessite un temps prédéterminé, sur la base duquel le salarié sera payé, même si le nettoyage de la chambre demande davantage de temps. L'employeur refuse de payer ce temps de travail supplémentaire, même s'il est établi et non contesté. La Cour de cassation considère que ce temps de travail supplémentaire doit être mentionné sur le bulletin de paie, payé et donner lieu à paiement de cotisations sociales. A défaut, l'employeur pratique de la dissimulation d'emploi salarié, ce qui ouvre des droits au salarié dissimulé, en cette qualité¹⁵.

.3). Les conventions de forfait prévues par le code du travail et l'accord collectif de travail.

Le salarié peut travailler sous le régime d'une des trois conventions de forfait prévues par la législation du travail : la convention de forfait en heures sur une semaine ou un mois (article L.3121-38 du code du travail), la convention de forfait annuel en heures et la convention de forfait annuel en jours (article L.3121-39 du code du travail). Les deux dernières conventions de forfait nécessitent une déclinaison par un accord collectif de travail.

La pratique des conventions de forfait, qui constitue une dérogation au droit commun de la durée du temps de travail et du décompte et du paiement des heures de travail, est licite dès lors qu'elle respecte les conditions posées par la loi (en particulier l'autonomie du salarié) et la jurisprudence, notamment lors de sa déclinaison par un accord collectif de travail ou par l'employeur.

A défaut, le juge est en droit de considérer ces conventions inopposables au salarié, notamment pour cause de nullité, ce qui permet au salarié de réclamer les droits attachés à la dissimulation de son emploi par dissimulation d'heures de travail¹⁶.

.4). La qualité induite de cadre dirigeant. Avoir la qualité de cadre dirigeant mentionnée à l'article L.3111-2 du code du travail exonère l'employeur de l'application des dispositions du code du travail relatives à la durée du travail, à la répartition et à l'aménagement des horaires. Le salarié peut contester cette qualité devant le juge pour obtenir des rappels de salaire et d'indemnité de congés payés. Lorsque le juge fait droit à sa demande, le salarié se trouve dans une situation de dissimulation d'emploi salarié par dissimulation d'heures de travail¹⁷.

La Cour de cassation considère que la qualité de cadre dirigeant nécessite de démontrer que le salarié remplit les critères de l'article L.3111-2 du code du travail et qu'il participe à la direction de l'entreprise ; ces critères sont cumulatifs¹⁸.

.A.1.2. Son employeur est établi hors de France

L'emploi d'un salarié réellement détaché sur le territoire français par son employeur établi à l'étranger peut être qualifié de dissimulé, au sens de l'article L.8221-5 du code du travail, mais dans des hypothèses moins nombreuses que celles relatives à l'emploi direct¹⁹, compte

¹⁵ Cass. crim. 92-85227 du 10 août 1993 BLIN; cass. crim. n° 09-86401 du 28 septembre 2010 LA CITADELLE. Voir également commentaire Droit Ouvrier Septembre 2014 p. 600, du même auteur.

¹⁶ Cass. soc. n° 12-35033 du 14 mai 2014 AUDIT ET DIAGNOSTIC. Sur ce sujet, plus de jurisprudence infra . p. 213 7^{ème} Partie.

¹⁷ Cass. soc. n° 14-10529 du 25 novembre 2015 BOUYGUES IMMOBILIER.

¹⁸ Cass. soc. n° 14-14079 du 22 juin 2016 CAP BOULANGER.

¹⁹ En dehors des hypothèses de fraude à l'établissement et/ou au détachement; voir infra p. 24, 74 et 84..

tenu des modalités d'exercice de l'activité économique en France de son employeur et des conditions de son embauche et de son emploi sur le territoire français.

.A.1.2.1. S'agissant de l'exercice de son activité économique en France, l'entreprise étrangère n'est pas tenue de requérir son immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers.

Elle doit cependant respecter des obligations déclaratives en France, en matière de protection sociale et en matière fiscale²⁰.

En matière de protection sociale, elle s'acquitte des ses obligations déclaratives, quel que soit le motif du détachement du salarié en France :

.- soit en s'immatriculant au guichet unique qui lui est dédié, et y faire ses déclarations :

- ⇒ au centre national des firmes étrangères (CNFE) à l'Urssaf de Strasbourg, pour le régime général, y compris pour les DOM,
- ⇒ à l'Urssaf des Alpes Maritimes pour les entreprises monégasques,
- ⇒ à l'Urssaf du Gard pour les entreprises de tauromachie,
- ⇒ à la MSA d'Alsace pour les entreprises du régime agricole, y compris pour les DOM.

.- soit en justifiant que chaque salarié détaché possède un certificat nominatif de détachement délivré par l'institution de sécurité sociale de l'Etat d'établissement.

A défaut pour l'entreprise étrangère d'avoir respecté l'une et l'autre de ces formalités sociales, le salarié détaché est victime d'une situation de travail dissimulé lors de son emploi en France, dont il peut faire état devant le juge français.

En matière fiscale, l'entreprise étrangère, qui effectue une prestation de services internationale (à l'exclusion des autres modalités d'intervention) en détachant un salarié, est assujettie à des déclarations fiscales, non pas en raison du détachement d'un salarié, mais en raison de sa facturation et son chiffre d'affaires en France.

L'entreprise étrangère se fait connaître de l'administration fiscale pour justifier du respect de ses obligations déclaratives fiscales, **soit** en sollicitant un numéro de TVA intracommunautaire auprès du guichet unique de l'administration fiscale²¹, si elle est établie dans un Etat de l'Union européenne (UE), **soit** en désignant un représentant fiscal auprès de l'administration fiscale locale et en procédant à ses déclarations fiscales périodiques, si elle est établie dans un autre Etat.

A défaut pour l'entreprise étrangère d'avoir respecté l'une ou l'autre ces deux formalités relatives à ses obligations fiscales, le salarié détaché est victime d'une situation de travail dissimulé lors de son emploi en France, dont il peut faire état devant le juge français.

.A.1.2.2. S'agissant de ses conditions de travail, l'embauche du salarié détaché est effectuée, par nature, hors de France et avant son affectation en France. Pour ces raisons, son

²⁰ Voir « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » Septembre 2015, du même auteur.

²¹ Service des impôts des entreprises étrangères (SIE) à Noisy Le Grand 93.

employeur n'est pas assujéti à la déclaration préalable à l'embauche; ce qui implique que le salarié détaché ne peut donc se prévaloir de son non respect.

Nota

Il en va autrement si le salarié est embauché en France par une entreprise étrangère qui n'a pas d'établissement en France. Aucun texte n'interdit à une entreprise étrangère sans établissement en France d'embaucher localement un salarié²². Dans ce cas, le salarié n'est pas juridiquement détaché puisqu'il ne travaillait pas préalablement pour cette entreprise dans son Etat de domiciliation. L'entreprise étrangère doit effectuer la DPAE, remettre un bulletin de paie à la française et verser les cotisations et contributions sociales en France. A défaut, le salarié fait l'objet d'une dissimulation d'emploi salarié en raison de ces trois manquements imputables à son employeur.

Depuis la loi Travail²³ qui a comblé un vide juridique datant de 9 ans²⁴, le salarié détaché peut désormais se prévaloir de sa dissimulation d'emploi du fait que son employeur, soit ne lui a pas remis un bulletin de paie ou un document équivalent, soit lui a remis un bulletin de paie ou un document équivalent ne mentionnant pas toutes les heures de travail accomplies dans le mois auquel il se rapporte²⁵.

Reste, enfin, l'obligation pour l'entreprise étrangère qui détache un salarié en France, quel qu'en soit le motif, de respecter ses obligations en matière de protection sociale liées à ce détachement. Comme indiqué *supra p.22*, l'entreprise étrangère doit, soit s'immatriculer au guichet unique qui lui est dédié et y effectuer ses déclarations, soit justifier que chaque salarié qu'elle détache en France possède un certificat nominatif de détachement.

A défaut pour l'entreprise étrangère d'avoir respecté l'une et l'autre de ces formalités sociales, le salarié détaché est victime d'une situation de travail dissimulé lors de son emploi en France, dont il peut faire état devant le juge français.

En résumé, en présence d'un vrai détachement, un salarié détaché se trouve juridiquement en situation de dissimulation d'emploi dans quatre situations :

.- lorsque son employeur ne lui a pas remis de bulletin de paie ou de document équivalent,

²² Voir « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » p.60 et 61 Septembre 2015, du même auteur.

²³ Article 105 II de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels: cf la restauration, sur amendement parlementaire, de l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'heures de travail, par une nouvelle rédaction du 2° de l'article L.8221-5 du code du travail.

²⁴ Par amendement parlementaire. Cf le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères » Septembre 2015. Propositions pour améliorer le dispositif de lutte p.174. Du même auteur.

²⁵ Le retour à l'état du droit antérieur à 2007 autorise également les agents de contrôle à constater à nouveau l'infraction de dissimulation d'heures de travail commise par l'employeur d'un salarié détaché en France.

- .- lorsque son employeur n'a pas mentionné sur son bulletin de paie ou le document équivalent la totalité des heures de travail accomplies dans le mois auquel il se rapporte,
- .- lorsque son employeur n'a pas respecté ses obligations déclaratives en matière de protection sociale,
- .- lorsque son employeur n'a pas respecté ses obligations déclarations fiscales.

.A.2. Le salarié dissimulé sous un faux statut

Il s'agit d'un salarié dont l'employeur ne lui reconnaît pas cette qualité et considère qu'il dépend d'une autre entreprise ou qu'il relève d'un autre statut. Le salarié, qui travaille sous cette apparence trompeuse, est en droit de saisir le juge pour requalifier sa situation et obtenir les droits attachés à la dissimulation de son emploi.

.A.2.1. Le salarié mis à disposition d'un autre employeur

.A.2.1.1. Le salarié mis à disposition d'une autre entreprise en devient son salarié, dès lors que cette mise à disposition s'accompagne d'un transfert de la subordination juridique²⁶. Or, dans la quasi totalité des mises à disposition, l'entreprise qui accueille et utilise le salarié mis à sa disposition va lui fournir le travail, l'encadrer, le diriger, lui donner des instructions et organiser son activité professionnelle, ce qui caractérise le transfert de la subordination juridique. C'est d'ailleurs l'objet de la mise à disposition que de permettre à l'entreprise d'accueil de l'employer, à sa guise, comme l'un de ses propres salariés.

Dès lors que l'entreprise d'accueil qui utilise un salarié mis à disposition exerce à son égard la subordination juridique, elle devient son employeur de fait. Elle est alors tenue d'accomplir la DPAE, de lui remettre un bulletin de salaire, de verser les cotisations et contributions sociales aux organismes de protection sociale (ainsi que les cotisations à la caisse de congés payés *et intempéries, le cas échéant*).

En ne respectant pas ces formalités, l'entreprise d'accueil pratique de la dissimulation d'emploi salarié. Le salarié, objet de la dissimulation, est fondé à mettre en cause et à s'adresser à cette entreprise qui l'utilise pour obtenir la reconnaissance de cette relation de travail subordonnée et le versement des sommes en relation avec son emploi dissimulé.

Le salarié est victime de cette forme de dissimulation d'emploi salarié, soit dans le cadre d'une mise à disposition illicite, soit dans le cadre d'une mise à disposition licite.

A.2.1.2. Le salarié objet d'une mise à disposition illicite

Le salarié fait l'objet d'une mise à disposition illicite, lorsqu'elle s'inscrit dans le cadre d'une opération qui s'analyse en du marchandage (article L.8231-1 du code du travail) ou d'une opération qui s'analyse en du prêt illicite de main d'œuvre (article L.8241-1 du code du travail). Elle est également illicite dès lors qu'elle ne respecte pas les conditions posées par

²⁶ Not. Cass. Ass. Plén. n° 92-40641 du 20 décembre 1996 ALLIANCE FRANCAISE ; cass. soc. n° 12-21581 du 17 avril 2013 GRAMO.

l'alinéa 6 de l'article L.8241-1 et l'article L.8241-2 du code du travail, issus de la loi Cherpion²⁷.

Le marchandage et le prêt illicite de main d'œuvre résultent essentiellement de trois fraudes : la fausse sous-traitance, l'exercice illégal d'une activité licite de mise à disposition de salarié²⁸ et la fourniture illégale d'un salarié par un trafic de main d'œuvre²⁹.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu de nombreux arrêts condamnant l'entreprise d'accueil ou utilisatrice pour dissimulation d'emploi salarié³⁰, preuve que cette entreprise est l'employeur réel du salarié mis à disposition.

La chambre sociale de la Cour de cassation valide la même analyse, en considérant que l'entreprise utilisatrice est l'employeur du salarié à qui celui-ci est légitime à s'adresser pour obtenir la reconnaissance de sa relation de travail et, par suite, le bénéfice de ses droits, et notamment l'indemnité forfaitaire équivalent à six mois de salaire pour travail dissimulé³¹.

Le salarié dont l'emploi est dissimulé par l'entreprise utilisatrice dans le cadre de sa mise à disposition illicite dispose d'une solide jurisprudence de la Cour de cassation pour obtenir le paiement de ses droits auprès de cette entreprise.

La mise en cause par le salarié de l'entreprise utilisatrice présente beaucoup d'intérêt, lorsque l'entreprise qui le met à disposition n'a pas de consistance économique ou applique une convention collective moins favorable ou lorsque la mise à disposition s'effectue dans le cadre transnational pour éviter une embauche par l'entreprise française qui l'utilise de fait.

A.2.1.3. Le salarié objet d'une mise à disposition licite

Le fait que le salarié soit mis à disposition d'une autre entreprise dans le cadre d'une mise à disposition a priori licite n'interdit pas de considérer pour autant que son emploi est dissimulé par l'entreprise d'accueil ; ce sont deux sujets juridiquement différents et étanches. Le transfert de la subordination juridique est seul déterminant.

Si on exclut les mises à disposition de salarié autorisées et règlementées par le code du travail³², la mise à disposition amiable et conventionnelle d'un salarié est licite, dès lors qu'elle s'effectue sans but lucratif³³.

Pour autant, l'absence de but lucratif ne valide pas *de facto* la mise à disposition amiable du salarié. En effet, toute mise à disposition de salarié entre deux entreprises, qu'elle soit licite ou non, emporte des conséquences juridiques objectives sur le transfert du contrat de travail³⁴.

²⁷ Article 40 de la loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels.

²⁸ Entreprise de travail temporaire, agence de mannequins, association de services aux personnes etc.

²⁹ Voir « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance » Octobre 2015, du même auteur.

³⁰ Not. Cass. crim. n° 05-80833 du 31 janvier 2006 ABC.

³¹ Not. Cass.soc. n° 09-69175 du 18 mai 2011 JOHN DEERE.

³² ETT, agence de mannequins, groupement d'employeurs, association intermédiaire, pôle de compétitivité etc.

³³ Sur la définition du but lucratif, voir « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance » Octobre 2015 p.35 et suivants, du même auteur.

³⁴ Cass. soc. n° 14-14811 du 23 mars 2016 CER/SNCF.

La Cour de cassation précise que la mise à disposition du salarié constitue une novation de son contrat de travail parce qu'il change d'employeur³⁵ et que son accord est nécessaire³⁶. La mise à disposition s'analyse donc en un transfert accepté (ou subi) par le salarié de son contrat de travail. L'alinéa 6 de l'article L.8241-1 et l'article L.8241-2 du code du travail, issus de la Cherpion, tiennent compte cette jurisprudence et précisent les conditions et modalités de la mise à disposition licite du salarié pour éviter que cette opération ne constitue le délit de prêt illicite de personnel. *A contrario*, aucune mise à disposition amiable de salarié n'est possible en dehors du cadre juridique fixé par la loi Cherpion.

Cependant, ces dispositions restent (volontairement ?) muettes sur les effets de cette mise à disposition en ce qui concerne le transfert de la subordination juridique, dont la réalité n'est pas discutable dans le cadre de ces dispositions du code du travail. L'alinéa 11 de l'article L.8241-2 du code du travail dispose que « pendant la période de prêt de main d'œuvre, le contrat de travail qui lie le salarié à l'entreprise prêteuse n'est ni rompu ni suspendu », alors que le contrat est nécessairement suspendu puisqu'il n'est plus exécuté de part et d'autre.

Le sujet du transfert du contrat de travail et de la subordination juridique n'est pas anodin puisque la loi Cherpion autorise implicitement la mise à disposition d'un salarié dès le lendemain de son embauche et pour plusieurs années, voire à durée indéterminée³⁷.

Compte tenu du transfert du contrat de travail et de la subordination juridique vers l'entreprise d'accueil, le salarié « Cherpion » est un salarié dissimulé par cette entreprise, si celle-ci ne procède pas à la DPAE, ne lui remet pas de bulletin de salaire et ne verse pas les cotisations et contributions sociales aux organismes de protection sociale. L'entreprise d'accueil ne peut pas éluder sa qualité d'employeur, au seul motif que les dispositions de l'alinéa 6 de l'article L.8241-1 et l'article L.8241-2 du code du travail sont formellement respectées. Le salarié dispose de toute la jurisprudence de la Cour de cassation³⁸ pour qualifier l'entreprise d'accueil d'employeur.

Nota

Contrairement à l'objectif du législateur la loi Cherpion n'a pas sécurisé la mise à disposition d'un salarié entre deux entreprises.

Non seulement la loi Cherpion n'a pas d'impact de nature civile sur les effets du transfert de la subordination juridique vers l'entreprise d'accueil, mais, de surcroît, elle n'a aucune conséquence sur l'existence de l'infraction de marchandage mentionnée à l'article L.8231-1 du code du travail, puisque la loi Cherpion ne vise et ne « blanchit », sous condition, que la seule infraction de prêt illicite de main d'œuvre mentionnée à l'article L.8241-1 du code du travail.

Un salarié mis à disposition dans le respect de la loi Cherpion peut donc cependant faire l'objet d'une opération de marchandage et en tirer toutes les conséquences devant le juge de cette mise à disposition illicite, contraire à l'article L.8231-1 du code du travail.

³⁵ Cass. soc. n° 08-42485 du 13 mai 2009 ROHM AND HAAS.

³⁶ Même arrêt.

³⁷ La loi Cherpion ne fixe aucune limite à la durée de la mise à disposition ; un salarié « Cherpion » peut même ne jamais travailler dans l'entreprise qui l'a formellement embauché.

³⁸ Voir infra p.213 7^{ème} Partie Jurisprudence.

.A.2.2. Le salarié prétendu bénévole³⁹

Le bénévolat, pratiqué par des centaines de milliers de personnes en France, est bien entendu parfaitement licite. Ces activités de bénévolat, qui ne ressortent pas de la sphère professionnelle salariée, s'accomplissent sous différentes formes et appellations, maintenant dopées par l'économie dite collaborative : l'entraide, l'entraide familiale, le coup de main, l'activité en amateur, l'activité syndicale, l'activité caritative, l'activité liée à l'insertion professionnelle et/ou sociale, l'activité dans la sphère culturelle et religieuse, les systèmes d'échanges locaux, les échanges internationaux d'étudiants ou de jeunes, le wwoofing dans l'agriculture⁴⁰ etc.

La personne employée en qualité de bénévole, y compris depuis de longues années, peut considérer que ses conditions d'emploi sont celles d'un salarié et demander au juge la requalification de son statut ; la survenance d'un accident du travail est l'une des raisons de cette démarche, mais ce n'est pas la seule : obtention d'une couverture sociale ou valorisation d'une retraite, ouverture de droits à l'assurance chômage, reconstitution d'une carrière professionnelle, rappel d'une rémunération...

.A.2.2.1. Le critère de l'exercice de son activité dans le cadre d'une subordination juridique est l'élément déterminant pour requalifier un bénévole en salarié. Le prétendu bénévole peut se référer à plusieurs arrêts rendus par la Cour de cassation pour appuyer sa demande, en particulier à trois arrêts⁴¹ :

- l'arrêt *Société Générale* du 13 novembre 1996⁴² qui précise que la subordination juridique est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ;

- l'arrêt *CACS* du 31 mai 2001⁴³ qui dénie la qualité de salarié à des personnes qui n'avaient aucun horaire de travail, géraient elles-mêmes leur activité, choisissaient les activités et orientations à mettre en œuvre, ne recevaient aucune instruction pour le travail et participaient aux activités selon leur bon vouloir et selon les modalités qu'ils déterminaient eux-mêmes ;

- l'arrêt *Croix Rouge Française* du 29 janvier 2002⁴⁴ qui indique que la seule signature d'un contrat dit de bénévolat entre une association et une personne n'ayant pas la qualité de sociétaire n'exclut pas l'existence d'un contrat de travail, dès l'instant que les conditions en sont remplies, alors que cette personne effectuait un travail d'accompagnement des voyageurs sous les ordres et selon les directives de l'association, qui avait le pouvoir d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements éventuels et qu'elle percevait une somme forfaitaire dépassant le montant des frais réellement exposés.

³⁹ Voir également « La frontière entre l'activité professionnelle et le bénévolat » *Doit Ouvrier* Avril 2013 p. 229, du même auteur.

⁴⁰ Voir « Wwoofing et droit du travail : le bonheur est-il dans le pré ? » Lucas Bento de Carvalho *Droit Social* Janvier 2016 ; « Faut-il légiférer en matière de wwoofing ? » Romain Marié *JCP La Semaine Juridique Edition Sociale* Janvier 2016 n° 2.

⁴¹ Pour davantage d'arrêts, voir infra p.213 7^e Partie Jurisprudence.

⁴² Cass. soc. n° 94-13187 du 13 novembre 1996 *SOCIETE GENERALE*.

⁴³ Cass. soc. n° 99-21111 du 31 mai 2001 *CACS*.

⁴⁴ Cass. soc. n° 99-42697 du 29 janvier 2002 *CROIX ROUGE FRANCAISE*.

Si la subordination juridique reste le critère central de la requalification, la jurisprudence relative au faux bénévolat apporte des indications complémentaires :

.- l'activité au sein d'un service organisé n'est pas déterminante à soi seule, mais vient conforter sensiblement l'existence de la subordination (outre l'arrêt *Société Générale*, voir arrêt *Vivre à son domicile*⁴⁵);

.- l'existence du versement d'une rémunération n'est pas nécessaire pour établir le salariat ; la rémunération est la conséquence du salariat, pas une cause de celui-ci. Mais *a contrario*, la rémunération est entendue au sens très large, y compris sous forme d'avantages en nature. Lorsque la rémunération est établie, elle conforte également la subordination juridique (*arrêt société C3T*⁴⁶).

.- le bénévolat est rarement admis, notamment dans le secteur concurrentiel et marchand, lorsque le prétendu bénévole occupe un emploi ou un poste qui est nécessaire au fonctionnement de la structure (*arrêt Floch*⁴⁷);

.- le bénévolat est rarement admis, notamment dans le secteur concurrentiel et marchand, lorsque la présence du prétendu bénévole présente une utilité économique pour la structure qui le fait travailler (*arrêt Mister France*⁴⁸).

Pour autant, le bénévolat peut être exceptionnellement reconnu dans le secteur concurrentiel et marchand⁴⁹.

.A.2.2.2. Les présomptions de salariat posées par le code du travail permettent au salarié, employé indûment sous un statut de bénévole, d'obtenir la requalification de son statut, sans avoir à démontrer l'existence d'une subordination juridique avec la structure qui le fait travailler.

Les présomptions de salariat s'appliquent notamment à l'artiste du spectacle vivant ou enregistré (articles L.7121-3 et suivants du code du travail), au mannequin (articles L.7123-3 et suivants du code du travail) et au bûcheron ou travailleur forestier (article L.722-23 du code rural), qui sont des professions très exposées au travail dissimulé.

L'utilisation de ces présomptions de salariat est donc opportune et efficace, dès lors que le salarié considère que son emploi de bénévole n'a été qu'un moyen de le priver du bénéfice de la législation du travail et de la protection sociale.

Les dispositions du code du travail et du code rural relatives à la présomption de salariat mentionnent la condition de l'existence d'une rémunération pour en faire application⁵⁰. La condition de la rémunération ne représente pas un obstacle pour le salarié prétendu bénévole qui souhaite obtenir sa requalification, même s'il ne perçoit aucune somme en espèces, dans la mesure où cette rémunération est entendue de façon extensive, au sens de l'article L.3121-3 du code du travail.

⁴⁵ Cass. soc. n° 05-43195 du 28 novembre 2006 VIVRE A SON DOMICILE.

⁴⁶ Cass. soc. n° 07-43992 du 11 mars 2009 SOCIETE C3T.

⁴⁷ Cass. crim. n° 95-82686 du 23 juillet 1996 FLOCH.

⁴⁸ Cass. soc. n° 12-13968 du 25 juin 2013 MISTER FRANCE 2003.

⁴⁹ Cass. soc. n° 10-20912 du 16 février 2012.

⁵⁰ Ce qui n'est pas le cas pour le bûcheron ou travailleur forestier.

L'article L.3121-3 du code du travail dispose en effet que constitue une rémunération le salaire ou traitement ordinaire de base au minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier.

Dès lors que le prétendu bénévole reçoit un ou plusieurs avantages en nature (hébergement, transport, nourriture, vêtements, bons de réduction, bons d'achats, billets d'entrée gratuit, mise à disposition d'un moyen de transport, produits en nature...), à l'occasion et en raison de sa prestation d'artiste, de mannequin ou de bûcheron, il s'agit d'une rémunération au sens de la législation du travail.

S'il s'avère que le prétendu bénévole ne perçoit aucun avantage en nature (ce qui est très rare), il devra alors démontrer, selon le droit commun, l'existence d'une subordination juridique classique pour être reconnu salarié. Cette démonstration n'est pas très difficile à effectuer, tant les prestations d'un artiste, d'un mannequin ou d'un bûcheron sont, par nature, programmées, planifiées, organisées, encadrées, surveillées et contrôlées par le bénéficiaire de la prestation. Il est exceptionnel qu'un artiste, un mannequin ou un bûcheron puisse effectuer en toute liberté et indépendance sa prestation.

Nota

L'article 32 de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine créé un statut d'artiste amateur, qui n'est pas soumis à la présomption de salariat de l'article L.7121-3 du code du travail, dès lors qu'il pratique à titre non professionnel et qu'il n'en tire aucune rémunération⁵¹.

L'article 32 se substitue de fait au décret n° 53-1253 du 19 décembre 1953 relatif à l'organisation des spectacles amateurs et leurs rapports avec les entreprises de spectacles professionnelles.

L'article 32 appelle les remarques suivantes :

.- l'article L.7121-3 du code du travail mentionne déjà l'existence d'une rémunération pour faire application de la présomption de salariat ; l'apport de l'article 32 est (en principe) neutre.

.- afficher le fait que ne pas rémunérer une personne permet de la soustraire au salariat est assez peu compatible avec la lutte contre la dissimulation d'emploi salarié, et peut susciter des effets d'aubaine,

.- hors présomption de salariat, la rémunération n'est pas un critère du salariat, mais la conséquence de celui-ci,

.- hors présomption de salariat, le critère du salariat reste la subordination juridique de droit commun ; et si la personne est subordonnée, elle exerce à titre professionnel.

⁵¹ L'article 32 répond à une demande très ancienne des organisateurs de festivals qui souhaitent que certains artistes qu'ils produisent ne soient pas considérés comme des salariés, avec respect des minima de rémunération conventionnels et paiement des cotisations et contributions sociales.

Il n'est pas certain que l'article 32 apporte une contribution décisive pour permettre au juge de distinguer entre amateur/bénévole et salarié dans le monde des spectacles vivants et enregistrés, puisque l'analyse juridique ne devient pas binaire (amateur ou présomption de salariat), mais reste ternaire (amateur, présomption de salariat ou salarié de droit commun avec subordination juridique avérée).

.A.2.3. Le salarié prétendu stagiaire

La législation distingue six catégories de stagiaire :

- .1- l'élève ou l'écolier, relevant du 2° de l'article L.4153-1 du code du travail, qui pendant sa scolarité et au titre de scolarité est accueilli dans une structure pour une période de découverte, d'initiation et d'information,
- .2- l'élève ou l'écolier, relevant du 3° de l'article L.4153-1 du code du travail qui suit un enseignement alterné ou un enseignement professionnel durant les deux dernières années de sa scolarité obligatoire, qui accomplit un stage d'initiation, d'application ou une période de formation en milieu professionnel,
- .3- la personne, salarié ou demandeur d'emploi, qui, dans le cadre de la formation professionnelle continue mentionnée dans le code du travail, est admise à suivre un stage comportant une période d'accueil dans une structure,
- .4- l'étranger, relevant des articles L.313-7-1, R.313-10-1 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), en général majeur et déjà salarié dans son pays, qui vient temporairement en France effectuer un stage pratique dans une structure d'accueil,
- .5- la personne, qui n'appartient pas à l'une de ces 4 catégories, relevant de l'article L.124-1 du code de l'éducation, qui est accueillie en entreprise dans le cadre d'un enseignement, dans la perspective d'obtenir un diplôme, une certification ou de favoriser son insertion professionnelle,
- .6- le jeune au pair ou stagiaire aide familial de nationalité étrangère, qui est accueilli au sein d'une famille, dans le cadre de l'accord du Conseil européen du 24 novembre 1969⁵².

Le risque de dissimulation d'emploi salarié concerne essentiellement les stages en entreprise visés aux paragraphes 4 et 5 et le stage d'aide familial visé au paragraphe 6.

Depuis la loi du 31 mars 2006⁵³, le stagiaire en entreprise, mentionné au paragraphe .5-, relève d'un statut spécifique inscrit dans le code de l'éducation. Ce statut, plusieurs fois modifié et ajusté depuis 2006, est destiné à éviter les abus des entreprises d'accueil tentées par l'emploi de salarié à bas coût sous cette appellation induue.

⁵² Voir également circulaire DPM n° 20 du 23 janvier 1990 paragraphe 3.5.

⁵³ Article 9 de la Loi n°2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances.

Les conditions de fond et de forme posées par le code de l'éducation n'ont pas fait cesser pour autant le recours à de prétendus stagiaires et à la dissimulation d'emploi salarié sous cette qualité.

La dissimulation d'emploi salarié dans le cadre de l'accueil d'un jeune au pair stagiaire aide familial mentionné au paragraphe .6- se traduit par le fait qu'une famille d'accueil, peu scrupuleuse, le fait travailler comme un employé de maison, pour des tâches domestiques et/ou familiales⁵⁴. Cette dissimulation d'emploi domestique salarié peut se combiner avec de l'abus de vulnérabilité et des conditions d'hébergement indignes, voire de l'esclavage moderne.

.A.2.3.1. Le stage en entreprise mentionné aux paragraphes .4- et .5- et l'accueil dans une famille d'un stagiaire aide familial mentionné au paragraphe .6- font l'objet d'un encadrement destiné à garantir leur bonne et loyale exécution et à éviter les dérives.

La qualité de stagiaire de nationalité étrangère relevant des articles L.313-7-1, R.313-10-1 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) est préalablement vérifiée par le service de main d'œuvre étrangère de l'unité départementale de la Direccte, puis par le consulat de France à l'étranger lors de la délivrance du visa, et enfin par la préfecture lorsqu'elle délivre une carte de séjour temporaire pour le stage en France d'une durée supérieure à trois mois.

La qualité de stagiaire relevant de l'article L.124-1 du code de l'éducation doit répondre à des conditions de fond et de forme dont le respect engage l'établissement ou l'organisme de formation et l'entreprise d'accueil. Au titre de ces conditions, la signature d'une convention de stage, des objectifs pédagogiques, une durée limitée du stage et un nombre limité de stagiaires accueillis dans l'entreprise.

La qualité de stagiaire aide familial, relevant de l'accord du Conseil européen du 24 novembre 1969, est préalablement vérifiée par le service de main d'œuvre étrangère de l'unité départementale de la Direccte, puis par le consulat de France à l'étranger lors de la délivrance du visa, et enfin par la préfecture lorsqu'elle délivre une carte de séjour temporaire pour l'accueil en famille d'une durée supérieure à trois mois.

.A.2.3.2. L'existence d'un encadrement juridique assez formel de l'accueil d'un stagiaire dans une entreprise ou d'une famille, parfois assorti d'un contrôle a priori de l'administration, n'a pas fait disparaître les abus et les fraudes à la loi. Un salarié s'expose encore à être employé sous un statut apparent de stagiaire.

La qualité de stagiaire ne se présument pas, une entreprise ou une famille d'accueil d'un stagiaire aide familial, qui ne respecte pas les règles formelles qui régissent l'accueil d'un stagiaire, n'est pas recevable à présenter la personne accueillie comme un stagiaire ; l'absence de convention de stage ou d'accord de placement au pair en est l'une des illustrations la plus significative.

⁵⁴ Le stagiaire aide familial reçoit de la famille d'accueil une somme modique, appelée pécule, d'un montant mensuel variant de 264 à 316,80 euros ; la famille verse par ailleurs des cotisations sociales très allégées. Employer indûment sous ce statut un salarié présente un avantage pécuniaire non négligeable.

Mais *a contrario*, le respect des règles formelles par l'entreprise ou la famille d'accueil n'équivaut pas à la reconnaissance irréfragable de la qualité de stagiaire. Il s'agit au plus d'une apparence de légalité valant présomption simple de cette qualité. La requalification en salarié demeure possible.

Certains éléments ne sont pas cependant opérants à eux seuls, pour procéder à cette requalification :

- l'exercice d'une activité dans l'entreprise ou au sein de la famille d'accueil, puisque, par nature, le stagiaire ne se contente pas d'écouter ou de regarder ; il se livre à des activités de production intellectuelle ou matérielle, participe à des réunions, accompagne les salariés de l'entreprise.

- le fait que le stagiaire soit soumis aux règles de vie collective de l'entreprise ou de la famille : respect d'horaires, de consignes ou du règlement intérieur. A ce titre, il est quasi subordonné.

- le versement d'une contrepartie financière, puisque le versement d'une gratification est possible, voire obligatoire à partir du 3^{ème} mois de stage⁵⁵.

Le prétendu stagiaire sera requalifié en salarié lorsque⁵⁶ :

- le contenu de sa convention de stage n'est pas respecté,
- il n'est pas réellement suivi par un tuteur ou un maître de stage,
- il ne reçoit pas de formation au sein de l'entreprise d'accueil,
- son activité dans l'entreprise est sans lien avec son cursus pédagogique et la nature de sa formation,
- il occupe un poste de travail nécessaire au fonctionnement de l'entreprise,
- il est placé dans des conditions normales d'emploi,
- il est intégré aux équipes de travail,
- sa présence présente un intérêt économique pour l'entreprise,
- le nombre simultané de stagiaires dans l'entreprise exclut tout suivi pédagogique sérieux,
- un ou plusieurs stagiaires sont accueillis en permanence dans l'entreprise, sans discontinuer.

Comme souvent en matière de requalification, le juge se prononcera sur la base d'un faisceau d'indices dont les plus déterminants sont précités.

⁵⁵ Seule une gratification particulièrement élevée serait susceptible d'interpeller.

⁵⁶ Parmi les arrêts rendus par la Cour de cassation et mentionnés infra p. 213 7^{ème} Partie Jurisprudence : Cass. crim. n° 09-87689 du 28 septembre 2010 SCEA/LE CEDRE ; cass.soc. n° 11-27536 du 13 mars 2013 NEW AXIS AIRWAYS ; cass. soc. n° 13-16349 du 7 juillet 2015 PI DELTA.

Nota

Quelle est l'incidence civile du non respect des seuils et des quotas d'accueil des stagiaires en entreprise mentionnés aux articles R.124-10 et suivants du code de l'éducation ?⁵⁷ Le non respect de ces normes est-il suffisant à lui seul pour obtenir la requalification du stagiaire en salarié ?

Ces questions méritent d'être posées dès lors que ces normes répondent à un double objectif : garantir une qualité pédagogique au stage et éviter le stage « bidon ».

Il n'est donc pas irréaliste de penser que le juge pourra considérer qu'une entreprise, qui n'a pas respecté sur ce point les règles d'ordre public encadrant l'accueil de stagiaires, s'est placée d'elle-même en dehors de ce cadre juridique, ce qui permet à la personne en stage de se voir reconnaître la qualité de salarié.

.A.2.3.3. Cas particulier de l'étudiant Junior-Entreprise

.1) Aux six catégories de stagiaires mentionnées *supra* **.A.2.3. p.30**, il faut ajouter l'étudiant qui est missionné dans une entreprise par une Junior-Entreprise⁵⁸ pour y effectuer des études à caractère pédagogique et dont le « statut » atypique relève d'un simple arrêté ministériel de la direction de la sécurité sociale du 20 juin 1988⁵⁹.

Ce statut atypique, sans doute le résultat d'une bienveillance administrative de l'époque, est juridiquement fragile et original ; ce statut met l'étudiant entre le salarié et le stagiaire relevant de l'article L.124-1 du code de l'éducation.

En effet, l'étudiant placé par une Junior-Entreprise peut relever du salariat, car il réalise une étude utile pour l'entreprise qui l'accueille; il reçoit une contrepartie financière de la part de la Junior-Entreprise qui verse des cotisations sociales (forfaitaires et réduites). Il peut également relever du stagiaire car son immersion et son activité dans l'entreprise d'accueil se situe dans le cadre de son cursus pédagogique accompli dans une université ou une grande école⁶⁰.

Pour autant, cet étudiant n'est ni salarié, ni stagiaire de l'article L.124-1 du code de l'éducation car l'arrêté du 20 juin 1988 n'a pas été abrogé et continue d'être appliqué.

Le caractère atypique et original de ce statut est renforcé par le mode de fonctionnement d'une Junior-Entreprise qui s'apparente *grosso modo* à celui d'une entreprise de travail temporaire. Elle fournit (elle place) un étudiant à une entreprise qui, immergé pendant plusieurs semaines ou plusieurs mois, va réaliser une étude utile à cette entreprise (par exemple, une étude sur l'amélioration de la gestion des stocks). Cette étude est d'autant plus utile à l'entreprise que cette étude va être payée par l'entreprise à la Junior-Entreprise

⁵⁷ Ces normes sont fixées par le décret n° 2015-1359 du 26 octobre 2015.

⁵⁸ La Junior-Entreprise est une association d'étudiants rattachée à une université ou à une grande école (voir le site de la confédération nationale des Junior-Entreprises).

⁵⁹ Arrêté du 20 juin 1988 ; lettre DSS du 1^{er} août 1988 ; lettre circulaire ACOSS 88/55 du 19 août 1988. Voir aussi la notice d'information Urssaf du mois de janvier 2006.

⁶⁰ La création d'un statut de stagiaire mentionné à l'article L.124-1 du code de l'éducation autorise à s'interroger sur la validité juridique de ce statut Junior-Entreprise qui relève d'un simple arrêté, publié pour des raisons de circonstance aujourd'hui discutables.

et que celle-ci va rémunérer l'étudiant pour cette étude ; cette rémunération donne lieu à cotisations sociales dans les conditions prévues par l'arrêté DSS du 20 juin 1988 précité.

Compte tenu de l'encadrement des stages en entreprise intervenu depuis 2007 et des critères du contrat de travail, il devient juridiquement difficile de soutenir que l'étudiant Junior-Entreprise n'est ni l'un (stagiaire) ni l'autre (salarié). D'autant que l'arrêté DSS du 20 juin 1988 est un texte de circonstance, destiné à échapper aux conséquences de l'arrêt de la Cour de cassation du 15 juin 1988⁶¹, qui avait assujéti ces étudiants au régime général de la sécurité sociale, c'est-à-dire les a considérés comme des quasi salariés. Cette décision de la Cour de cassation, un peu oubliée aujourd'hui, peut retrouver toute sa pertinence.

.2) En tout état de cause, un étudiant placé par une Junior-entreprise pour effectuer un travail sans lien avec la nature de ses études, tel qu'un inventaire ou de la manutention, ne relève pas de l'arrêté DSS du 20 juin 1988 ; il est salarié en CDD de fait. En effet, l'arrêté DSS du 20 juin 1988 précise que l'immersion en entreprise se fait dans le cadre du cursus pédagogique.

Par ailleurs, cette requalification en salarié souffre encore moins d'hésitation lorsque l'association d'étudiants n'est pas reconnue comme Junior-Entreprise par la Confédération nationale des Juniors-Entreprises (CNFE). Il s'agit alors d'une association dite « job services » qui exerce illégalement une activité d'entreprise de travail temporaire, ce qui a été sanctionné par le juge au titre du marchandage et du prêt illicite de personnel⁶².

Ces associations d'étudiants «job services» se font passer pour des Juniors-Entreprises, afin de facturer à moindre coût aux entreprises les heures de travail des étudiants, par l'application des taux de cotisations sociales réduits de l'arrêté DSS du 20 juin 1988. Les emplois occupés par les étudiants des associations « job services » sont sans lien avec la nature de leur études puisqu'ils font de la mise en rayon, de la distribution de prospectus, des inventaires...

.A.2.4. Le salarié prétendu travailleur indépendant⁶³

Le salarié prétendu travailleur indépendant est, soit établi et résident en France, soit abusivement détaché en France sous ce statut, depuis un autre Etat.

S'il est vrai que la majorité des faux travailleurs indépendants sont établis en France, notamment sous le régime de l'auto entrepreneur, l'élargissement de l'Union européenne, avec la reconnaissance de la libre prestation de services, a optimisé cette fraude à l'emploi transnational⁶⁴.

La jurisprudence de la Cour de cassation, qui fixe la ligne de partage entre le vrai et le faux travailleur indépendant, s'est construite dans les affaires mettant en relation un pseudo donneur d'ordre et un prétendu travailleur indépendant établi en France. Pour autant, cette jurisprudence est transposable sans réserve, lorsque le prétendu travailleur indépendant est établi hors de France ; ce sont les mêmes critères de requalification qui permettent au

⁶¹ Cass. soc. n° 86-10732 du 15 juin 1988 URSSAF de SAINT ETIENNE

⁶² Cass. crim. n° 03-86681 du 16 mars 2004 SACIP.

⁶³ Voir également « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance » Octobre 2015, du même auteur.

⁶⁴ Voir notamment le 1er arrêt de requalification de faux artisans détachés : Cass. soc. n° 95-18115 du 27 mars 1997 DEBEZY/LADRISSOL.

salarié indûment employé de s'affranchir des apparences et d'obtenir du juge la requalification de sa situation contractuelle.

Le salarié dispose par ailleurs du bénéfice des présomptions de salariat posées par la législation du travail pour rétablir son vrai statut.

Nota

Le faux travailleur indépendant n'est pas nécessairement et uniquement une personne physique qui exerce son activité sous la forme d'une entreprise individuelle. Des fraudes sophistiquées dissimulent également le salarié sous le statut apparent de gérant ou d'associé d'une société spécifiquement créée par le véritable employeur pour échapper à la législation sociale. L'exemple type est celui des commerces de détail non alimentaire (vente de chaussures, parmi d'autres) qui organisent un montage commercial complexe et frauduleux de leurs points de vente pour ouvrir le dimanche, avec des gérants de paille ou des associés de façade, totalement subordonnés.

.A.2.4.1. La situation apparente d'un travailleur indépendant se traduit d'une part, par l'accomplissement de formalités déclaratives, et d'autre part, par l'édition ou la signature de documents commerciaux. Ainsi :

- le prétendu travailleur indépendant est immatriculé au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, en qualité de personne physique ou de personne morale.

Lorsque l'exercice du métier est règlementé, il est également inscrit aux registres spécifiques : registre des agents commerciaux, registre des transporteurs ; il dispose de l'agrément pour les professions de la sécurité privée.

- le prétendu travailleur indépendant est connu en tant que tels des organismes de recouvrement sociaux et des services fiscaux auprès desquels il procède à ses déclarations périodiques,

- il émet des devis et des factures ; il tient une comptabilité.

- il dispose, éventuellement, d'un contrat commercial (contrat de sous-traitance, contrat de franchise, contrat d'intégration dans l'agriculture ; contrat d'apporteur d'affaires, contrat d'agent commercial, contrat de mandat, de concession ou de représentation...), de bons de commandes, d'ordres de service,

- Il est gérant mandataire ou associé d'une société,

- il peut lui-même être employeur de salarié.

.A.2.4.2. Dans une perspective de requalification à l'égard de son donneur d'ordre, deux situations sont à distinguer.

.a) La qualité même apparente de travailleur indépendant n'est pas opposable dès lors que le travailleur n'est pas en mesure de justifier du respect de ces formalités déclaratives, par la production de l'immatriculation aux registres consulaires, aux registres professionnels ou des déclarations fiscales et sociales.

Le statut de travailleur indépendant ne se présume pas ; il se prouve et se démontre, y compris lorsqu'est invoqué par le donneur d'ordre la qualité d'auto entrepreneur de celui qui travaille pour lui.

La preuve de la qualité apparente de travailleur indépendant se pose avec une acuité et une importance particulières pour la personne établie hors de France et qui est présentée par son donneur d'ordre comme un « prestataire », c'est-à-dire un travailleur indépendant dans l'Etat de sa provenance ou de sa nationalité, venu travailler temporairement en France.

Pour être apparemment considéré comme un prestataire de services établi à l'étranger, le donneur d'ordre doit justifier que le travailleur respecte au moins 5 conditions :

- .- être juridiquement constitué dans l'Etat de résidence, c'est-à-dire être immatriculé ou enregistré,
- .- y exercer son activité économique de façon habituelle,
- .- y exercer son activité de façon significative,
- .- avoir satisfait à ses obligations fiscales déclaratives en France, c'est-à-dire, soit avoir obtenu un numéro de TVA communautaire en France s'il est prestataire de services établi dans l'Union européenne, soit avoir procédé à la désignation de son représentant fiscal en France auprès d'un service local de la DGFIP,
- .- avoir satisfait à ses obligations sociales déclaratives en France, c'est-à-dire, soit s'être immatriculé auprès du RSI, via le centre de formalités des entreprises (CFE) compétent, soit être en possession d'un certificat de détachement délivré par son institution de sécurité sociale dans l'Etat de résidence.

Nota

Lorsque le prestataire est établi dans un Etat tiers (hors UE, Espace économique européen et Suisse), il n'est pas toujours en capacité de présenter ce certificat de détachement :

.- soit parce qu'il réside dans un Etat qui n'a pas signé de convention bilatérale de sécurité sociale avec la France,

.- soit parce qu'il réside dans un Etat qui a signé une convention bilatérale de sécurité sociale avec la France, mais qui ne vise que les salariés détachés, pas les travailleurs indépendants⁶⁵.

Dans ces 2 cas, le prestataire de services étranger doit s'immatriculer au RSI, à la CIPAV, à la MSA ou à l'ENIM, via le CFE compétent, selon la nature de son activité.

⁶⁵ La liste de ces Etats est disponible sur le site du CLEISS.

Le salarié, employé sous un prétendu statut de travailleur indépendant, dès lors qu'aucune apparence formelle déclarative ou autre atteste de cette qualité, obtiendra assez aisément sa requalification devant le juge. Sauf à ce que son donneur d'ordre démontre qu'il travaillait de façon autonome et indépendante, ce qui n'est pas nécessairement à l'avantage de ce donneur d'ordre puisqu'il reconnaît de ce fait qu'il recourt à une personne qui exerce du travail dissimulé.

.b) La seconde situation est celle habituellement rencontrée par le salarié. Il exerce son activité sous l'apparence formelle d'un travailleur indépendant. Selon les circonstances, il a pris le statut de travailleur indépendant, de façon plus ou moins volontaire, mais objectivement, il travaille dans le cadre d'une relation juridiquement subordonnée.

L'apparence du statut de travailleur indépendant pour un salarié prend des formes variées, voire sophistiquées, selon les secteurs d'activité, depuis l'auto-entrepreneur, le franchisé, le prestataire de services détaché, le contrat d'intégration dans l'agriculture, la société en participation et le gérant mandataire d'une SARL intégrée à un groupe hôtelier ou de commerce au détail non alimentaire.

La complexité du montage commercial imposé par le donneur d'ordre, s'il a pour objet notamment de dissuader les démarches de requalification, n'est jamais un obstacle juridique, ni pour le salarié, ni pour le juge.

Seuls les faits font le droit⁶⁶.

.A.2.4.3. La requalification de la situation apparente de travailleur indépendant s'effectue en démontrant que celui-ci n'exerce pas son activité professionnelle de façon libre et autonome pour le compte de son donneur d'ordre, **mais qu'il travaille dans les mêmes conditions qu'un salarié**. Son activité professionnelle n'est pas indépendante ; elle est subordonnée.

Cette démonstration est a priori plus facile à effectuer pour le salarié victime que pour un agent de contrôle ou un service de recouvrement puisqu'il dispose de toutes les informations et documents relatifs à l'exécution de sa relation de travail. Il n'a pas à questionner ou à rechercher des informations. Pour autant, cette démonstration n'aboutira que si ses conditions de travail sont subordonnées.

La requalification de pseudo travailleur indépendant en salarié ne se fait pas au regard des conditions d'exercice de la totalité de son activité professionnelle, mais dans le cadre de chacune des relations qu'il entretient avec ses différents donneurs d'ordre, lorsqu'il travaille pour plusieurs donneurs d'ordre. Son action judiciaire en requalification visera, à son choix, le ou les donneurs d'ordre impliqués⁶⁷.

La subordination juridique du salarié au donneur d'ordre se caractérise par les éléments (non exhaustifs) suivants :

- le donneur d'ordre a contraint le salarié à prendre le statut de travailleur indépendant pour lui confier du travail ; le salarié n'était pas auparavant un travailleur indépendant. Prendre le statut de travailleur indépendant n'est pas le libre choix du salarié.

⁶⁶ Tiennot Grumbach, avocat.

⁶⁷ Voir infra. p.213 7^{ème} Partie Jurisprudence.

- .- les conditions de travail imposées par son donneur d'ordre (horaires notamment) lui interdisent d'avoir sa propre clientèle,
- .- son donneur d'ordre organise et encadre l'activité, détermine le mode opératoire, détermine les tâches à accomplir, lui donne les ordres, directives et instructions,
- .- son donneur d'ordre fixe et contrôle ses horaires de travail, ses jours de repos ou de congés,
- .- le salarié prétendu travailleur indépendant pointe ses heures de début et de fin de travail,
- .- le salarié prétendu travailleur indépendant est formé par son donneur d'ordre au début de leur relation contractuelle,
- .- le salarié prétendu travailleur indépendant est soumis à une période d'essai ou une période probatoire,
- .- le salarié prétendu travailleur indépendant est soumis à des pénalités de même nature que des sanctions disciplinaires,
- .- il est un ancien salarié du donneur d'ordre ; il continue de travailler dans les mêmes conditions.
- .- le salarié prétendu travailleur indépendant n'a pas la libre disposition de son outil de travail ; l'outil de travail est fourni par le donneur d'ordre uniquement quand le donneur d'ordre le fait travailler pour son compte⁶⁸.
- .- son donneur d'ordre lui impose d'utiliser un matériel ou un équipement d'un modèle ou d'une nature bien déterminé,
- .- le donneur d'ordre valide a priori l'embauche de salarié par le prétendu travailleur indépendant, lorsque celui-ci est lui-même employeur,
- .- le donneur d'ordre valide a priori les jours et les horaires d'ouverture à la clientèle, lorsque le prétendu travailleur indépendant gère une activité commerciale,
- .- son donneur d'ordre dispose du matériel et des équipements, mais pas du personnel salarié⁶⁹,
- .- le salarié prétendu travailleur indépendant travaille exclusivement pour le donneur d'ordre ; il ne dispose pas d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal.
- .- le salarié prétendu travailleur indépendant apparaît dans l'organigramme de son donneur d'ordre au même titre que les salariés de celui-ci ; il est destinataire des notes de service que le donneur d'ordre adresse à son propre personnel et il doit participer aux réunions de service du donneur d'ordre,

⁶⁸ Cas d'un pilote d'hélicoptère ou d'un moniteur de saut en parachute.

⁶⁹ Une entreprise de transport routier qui dispose de 10 camions mais d'aucun conducteur salarié.

- .- le salarié prétendu travailleur indépendant rend compte au quotidien de son activité à son donneur d'ordre et lui en réfère chaque fois que nécessaire, (au besoin par des fiches imposées par le donneur d'ordre),
- .- son donneur d'ordre lui fixe le prix de ses prestations et les délais de paiement, et non l'inverse ;
- .- en présence de plusieurs prétendus travailleurs indépendant travaillant pour le même donneur d'ordre, les contrats commerciaux sont rédigés en termes identiques (contrat type) et imposés; le prix et les délais de paiement sont identiques et imposés.
- .- son donneur d'ordre lui établit ses factures,
- .- le salarié prétendu travailleur indépendant effectue les mêmes tâches que les salariés de son donneur d'ordre,
- .- son donneur d'ordre se réserve le droit de le révoquer à tout moment,
- .- le salarié prétendu travailleur indépendant ne dispose pas d'un savoir faire différent du personnel de son donneur d'ordre,
- .- les travaux et les tâches qui lui sont confiés ne sont pas précisément définis, notamment en l'absence de contrat commercial écrit,
- .- des écrits contenant des mentions explicites (devis, contrats⁷⁰, factures, bons de commande, bons de travaux, ordres de services) font état d'un contrôle très poussé du donneur d'ordre sur l'activité du salarié prétendu travailleur indépendant,
- .- le salarié prétendu travailleur indépendant a été recruté par voie d'annonces, voire via Pôle Emploi,
- .- le client ignore que le travail est effectué par un travailleur indépendant sous-traitant.
- .- le salarié prétendu travailleur indépendant se présente ou est présenté comme un salarié du donneur d'ordre.

Ces différents éléments ne sont pas bien entendu cumulatifs. En fonction des conditions d'emploi du salarié, seuls certains de ces éléments seront présents et suffiront à caractériser la relation de travail subordonnée devant le juge.

Nota

Depuis la loi Madelin du 11 février 1994⁷¹, le code du travail a été modifié à plusieurs reprises pour tenter d'encadrer⁷², voire de limiter, les requalifications prononcées par le juge et ainsi donner plus de sécurité juridique aux entreprises. A cet effet, a été introduite la notion de

⁷⁰ Par exemple, un document intitulé « Contrat de délégation de personnel ».

⁷¹ Articles 35, 49 et 50 de la loi^o 94-126 du 11 février 1994 sur l'initiative et l'entreprise individuelle.

⁷² Trois interventions législatives depuis la loi Madelin.

subordination juridique permanente. Les dernières modifications du code du travail, qui s'inspirent de la philosophie de la loi Madelin, sont codifiées aux articles L.8221-6 et L.8221-6-1 du code du travail qui posent une présomption de non salariat⁷³.

Ces modifications successives du code du travail tendant à créer une présomption de non salariat, qui se sont traduites par des formulations rédactionnelles plus ou moins différentes, n'ont jamais modifié la position de la Cour de cassation sur l'appréciation de la subordination juridique, que la relation de travail soit de courte durée ou non, que le prétendu travailleur indépendant soit établi en France ou à l'étranger ou que le prétendu travailleur indépendant exerce en entreprise individuelle ou en société.

.A.2.4.4. Les présomptions de salariat posées par la législation du travail facilitent la démarche de requalification du salarié, notamment lorsqu'il occupe un emploi d'artiste du spectacle vivant ou enregistré (article L.7121-3 du code du travail), de mannequin (article L.7123-3 du code du travail) ou de bûcheron, encore appelé travailleur forestier (article L.722-23 du code rural)⁷⁴.

La présomption de salariat dispense en effet le salarié de démontrer l'existence d'une subordination juridique. C'est d'ailleurs sa raison d'être.

Il suffit que la personne remplisse les conditions objectives mentionnées dans les textes instituant ces présomptions, notamment celles relatives à la définition et à l'identification de son métier⁷⁵.

Un artiste de spectacle vivant ou enregistré, un mannequin ou un bûcheron ne peut donc être payé sur facture.

Chacune de ces trois présomptions de salariat peut cependant être levée et écartée, dans des conditions spécifiques prévues par la législation qui leur est applicable, ce qui permet alors de considérer ces personnes comme des travailleurs indépendants.

.1) La levée de la présomption de salariat de l'artiste du spectacle vivant ou enregistré

La présomption de salariat posée par l'article L.7121-3 du code du travail peut être levée pour deux catégories d'artiste, sous réserve qu'il ne soit pas mineur⁷⁶ :

- l'artiste établi en France peut être considéré comme un travailleur indépendant lorsqu'il exerce son activité dans des conditions impliquant son inscription au registre du commerce. Cette rédaction sibylline du code du travail a donné lieu à très peu de jurisprudence, compte tenu du fait que la quasi-totalité des prestations artistiques, y compris pour les artistes de

⁷³ Reprise à l'article L.311-11 du code de la sécurité sociale.

⁷⁴ Sont également concernés le journaliste et le VRP. Par ailleurs, l'ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015 relative au portage salarial confère le statut de salarié au travailleur porté ; a contrario, il n'est pas travailleur indépendant.

⁷⁵ Par exemple, un disc jockey est-il un artiste ou un salarié de droit commun ; un sportif qui fait une publicité est-il toujours un sportif, un mannequin ...ou un artiste ? etc...

⁷⁶ On conçoit mal qu'un mineur puisse être travailleur indépendant.

très grande notoriété, s'effectuent de façon naturelle et habituelle sous le régime social attractif du salariat⁷⁷.

En application de cette jurisprudence très circonscrite, l'artiste devient un travailleur indépendant dès lors qu'il justifie d'une indépendance scénique, technique et économique⁷⁸. Le producteur, qui refuse le bénéfice de la présomption de salariat à un artiste pour le considérer comme un travailleur indépendant, devra la démontrer, avec justification de l'inscription au registre du commerce et production des factures. Le bien fondé de la neutralisation de la présomption de salariat s'apprécie pour chaque contrat de production, c'est-à-dire pour chaque spectacle ou chaque enregistrement.

.- l'artiste établi dans un Etat de l'Union européenne (UE) ou de l'Espace économique européen (EEE), en application de l'article L.7121-5 du code du travail. Pour respecter le principe de la libre prestation de services, la France a dû introduire dans le code du travail, à la demande de la Commission européenne, une seconde exception à la présomption de salariat de l'artiste. A cet effet, l'article L.7121-5 du code du travail permet au producteur, ou à l'organisateur de la prestation artistique en France, d'écarter la présomption de salariat à l'égard d'un artiste qui justifie être établi en tant que travailleur indépendant pour exercer ce métier à titre habituel dans un de ces Etats.

La Cour de cassation fait une application stricte de cette exception à la présomption de salariat. Elle précise qu'il appartient au producteur du spectacle, et non pas à l'artiste (ou, aux agents de contrôle habilités et aux organismes de recouvrement), d'apporter la preuve qu'il exerce son activité de façon habituelle en qualité de travailleur indépendant dans l'Etat de l'UE ou de l'EEE où il est établi.

Par ailleurs, il faut que le producteur prouve que cet artiste a accompli en France toutes les formalités déclaratives qui incombent à un prestataire de services et qui sont mentionnées **supra au paragraphe .A.2.4.2.p.35**.

Dans les 3 affaires dans lesquelles s'est prononcée à ce jour la Cour de cassation, elle a refusé à chaque fois de faire application de cette dérogation à la présomption pour des artistes étrangers⁷⁹. Elle a considéré que les artistes restaient couverts par la présomption de salariat et que les producteurs établis en France étaient leurs employeurs.

A contrario, cette exception à la présomption de salariat n'est pas applicable à l'artiste résidant en Suisse ou dans un pays tiers.

Nota

A supposer réunies les conditions posées par l'article L.7121-5 du code du travail, la requalification de l'artiste prestataire en salarié resterait cependant possible par la démonstration de droit commun de l'existence d'un lien de subordination juridique

⁷⁷ Notamment parce qu'il entraînerait une rupture dans son régime d'indemnisation du chômage et de sa protection sociale de salarié et parce que la triple indépendance est assez rare.

⁷⁸ Cass.soc. n° 79-40201 du 8 juillet 1980 GROUPE ALPES.

⁷⁹ Voir infra p.213 7^{ème} partie Jurisprudence.

permanente, notamment si l'artiste se produit en France intégré dans une troupe ou un ensemble, comme l'un de ses membres, sans disposer d'une quelconque autonomie scénique ou artistique.

La présomption de salariat n'est juridiquement applicable qu'entre un artiste et un entrepreneur de spectacle qui est en principe son employeur parce qu'il est le producteur du spectacle ; cette présomption de salariat n'interdit pas à l'artiste, employé indûment sous un statut de travailleur indépendant, de se considérer salarié d'une autre personne, par exemple d'un chef d'orchestre de grande notoriété.

Il appartient alors à l'artiste de prouver l'existence d'un lien de subordination juridique classique avec cette autre personne qui n'est pas le producteur⁸⁰.

.2) La levée de la présomption de salariat du mannequin

.- Contrairement à l'artiste des spectacles vivants ou enregistrés qui est établi en France, le code du travail ne prévoit pas d'écarter la présomption de salariat du **mannequin établi en France** au motif qu'il réalise une prestation impliquant son inscription au registre du commerce. La présomption de salariat du mannequin est irréfragable à ce titre. Un mannequin ne peut être employé sous un statut de travailleur indépendant par un donneur d'ordre.

La requalification en salarié d'un emploi de mannequin exerçant à titre indépendant ne suscite donc pas de difficulté particulière.

.- A l'identique de l'artiste, et pour respecter le principe de la libre prestation de services communautaire, la France a introduit dans le code du travail une exception à la présomption de salariat, rédigée en termes strictement identiques. A cet effet, l'article L.7123-4-1 du code du travail permet d'écarter la présomption de salariat à l'égard d'un **mannequin qui justifie être établi en tant que travailleur indépendant pour exercer ce métier à titre habituel dans un Etat de l'UE ou de l'EEE**. Mais cette exception ne vaut qu'à l'égard de l'utilisateur direct du mannequin, mais pas à l'égard de l'agence de mannequins qui, par nature, ne place que des mannequins salariés ; elle ne vaut plus à l'égard du mannequin mineur.

Il n'existe pas de jurisprudence relative à la portée de l'exception à la présomption de salariat posée par l'article L.7123-4-1 du code du travail. Cependant, la similitude de la rédaction des termes de l'article L.7123-4-1 avec l'article L.7121-5 qui vise l'artiste permet de penser que la Cour de cassation fera également une application stricte de cette exception à la présomption de salariat du mannequin, ainsi qu'elle le fait pour l'exception à la présomption de salariat de l'artiste. S'agissant de l'artiste, la Cour de cassation précise en effet qu'il appartient au producteur du spectacle, et non pas à l'artiste (et aux agents de contrôle habilités ou aux organismes de recouvrement), d'apporter la preuve qu'il exerce son activité de façon habituelle en qualité de travailleur indépendant dans le pays où il est établi.

⁸⁰ Cass. soc. n° 06-42773 du 19 décembre 2007 CLAYDERMAN.

Dans chacune des 3 affaires dans lesquelles s'est prononcée à ce jour la Cour de cassation, elle a refusé à chaque fois de faire application de cette dérogation à la présomption pour des artistes étrangers⁸¹ Elle a considéré que les artistes restaient couverts par la présomption de salariat et que les producteurs établis en France étaient leurs employeurs.

Si on transpose cette jurisprudence au mannequinat, il appartient à l'utilisateur direct du mannequin d'apporter la preuve que celui-ci exerce ce métier à titre habituel en qualité de travailleur indépendant dans l'Etat de l'UE ou de l'EEE où il est établi. Par ailleurs, il faut que l'utilisateur prouve que ce mannequin a accompli en France toutes les formalités déclaratives qui incombent au prestataire de services et qui sont mentionnées *supra au paragraphe .A.2.4.2. p.35.*

A contrario, cette exception à la présomption de salariat n'est pas applicable au mannequin résidant en Suisse ou dans un pays tiers. La présomption lui est opposable, ainsi qu'à l'utilisateur, sans réserve.

Nota

A supposer réunies les conditions posées par l'article L.7123-4-1 du code du travail, la requalification du mannequin prestataire en salarié resterait cependant possible par la démonstration de droit commun de l'existence d'un lien de subordination juridique permanente.

.3) La levée de la présomption de salariat du bûcheron ou travailleur forestier

La présomption de salariat du bûcheron ou travailleur forestier, prévue par l'article L.722-23 du code rural, obéit quant à elle à un troisième régime juridique, différent de ceux applicables à l'artiste et au mannequin.

La présomption de salariat, souvent réduite au métier de bûcheron, a une portée bien plus large. Elle vise en réalité tous les métiers relevant des travaux forestiers et qui sont mentionnés à l'article L.722-3 du code rural ; à ce titre, un élagueur, par exemple, relève de la présomption de salariat.

La présomption de salariat du bûcheron ou travailleur forestier prévue par le code rural a une force juridique plus forte que celle qui vise l'artiste et le mannequin.

.1- En effet, la présomption ne peut être levée que par une décision administrative ; par ailleurs, contrairement au code du travail, le code rural ne prévoit pas d'exception pour le bûcheron ou travailleur forestier qui serait établi à titre habituel et indépendant dans un Etat de l'UE ou de l'EEE, lorsque celui-ci intervient sur le territoire français. La présomption de salariat qui vise le métier de bûcheron est donc quasi irréfragable, tant qu'elle n'a pas été levée.

⁸¹ Voir infra p.213 7^{ème} Partie Jurisprudence.

Le bûcheron ou travailleur forestier n'est pas un travailleur indépendant, mais un salarié, et celui pour le compte duquel il travaille n'est pas son donneur d'ordre, mais son employeur.

Le respect de cette présomption de salariat, qui est d'ordre public, n'est pas anodin car de très nombreux bûcherons ou travailleurs forestiers originaires des nouveaux Etats membres de l'Union européenne travaillent sur le territoire français.

Tant que le bûcheron n'a pas demandé et obtenu la levée de la présomption de salariat, il reste salarié, sans que son employeur puisse s'affranchir de cette qualité.

2- La levée de la présomption de salariat, qui est demandée par le bûcheron ou travailleur forestier via sa caisse de MSA, a pour effet de transformer le statut de salarié du bûcheron ou travailleur forestier en statut de travailleur indépendant ; le bûcheron ou travailleur forestier est alors appelé un entrepreneur de travaux forestiers (ETF). Il est déclaré en tant que tel à la MSA.

La procédure de levée de la présomption de salariat, qui relève de la commission consultative régionale *ad hoc*, a pour objet de s'assurer que le bûcheron ou travailleur forestier dispose de la capacité, de l'expérience professionnelle et de l'autonomie pour exercer ce métier à titre indépendant⁸².

Historiquement⁸³, la levée de la présomption de salariat a eu pour vocation de s'appliquer au bûcheron ou au travailleur forestier établi en France, quelle que soit sa nationalité. Ce n'est que de façon incidente que cette procédure peut théoriquement concerner le bûcheron ou travailleur forestier établi hors de France, puisque celui-ci relève de plein droit de l'article L.722-23 du code rural et de son décret d'application.

En effet, le bûcheron ou travailleur forestier doit notamment justifier de la possession de diplômes français.

La levée de la présomption de salariat se prouve par la présentation d'une attestation annuelle délivrée par la MSA. Dès lors que le bûcheron ou travailleur forestier ne produit pas l'attestation de levée de la présomption de salariat, il est salarié de celui qui lui fournit du travail. Il ne peut être considéré comme un travailleur indépendant.

Nota

.1) En application de la directive n°2006/123 du 12 décembre 2006, la France a dû modifier la procédure de levée de la présomption de salariat du bûcheron par un décret du 20 juin 2013. La commission régionale consultative a été supprimée et remplacée par un avis du DRAAF, transmis à la MSA qui instruit le dossier.

La directive du 12 décembre 2006, pas plus que le décret du 20 juin 2013 (ni a fortiori l'instruction technique du ministère de l'agriculture du 10 octobre 2014), n'ont remis en cause

⁸² Pour les conditions détaillées, voir l'article D.722.32 du code rural.

⁸³ A l'époque de la création de la présomption de salariat dans le code rural, le détachement de bûcherons ou travailleurs forestiers en France n'existait pas.

ou atténué le principe de la présomption de salariat du bûcheron, qui relève de la seule compétence du législateur. Il n'existe pas en effet dans le code rural une disposition législative de même nature que l'article L.7121-5 pour l'artiste ou l'article L.7123-4-1 pour le mannequin.

.2) A supposer que le bûcheron ait bénéficié de la levée de la présomption de salariat, sa requalification en salarié resterait cependant possible par la démonstration de droit commun de l'existence d'un lien de subordination juridique permanente.

.A.2.5. Le salarié prétendument détaché par une entreprise établie hors de France peut obtenir auprès du juge sa requalification en un salarié employé par une entreprise française. Les fraudes au détachement du salarié sont nombreuses et permanentes ; les occasions juridiques pour demander la requalification du pseudo salarié détaché sont envisageables dans les situations suivantes.

.A.2.5.1. Lorsque son employeur le fait travailler en France dans le cadre d'une fraude à l'établissement

De nombreuses entreprises étrangères exercent leur activité économique en France sans créer d'établissement, alors que leur activité est stable et continue sur le territoire français ou parce qu'elles n'ont pas d'activité ou pas d'activité significative dans l'Etat où elles sont domiciliées.

Dès lors que cette fraude à l'établissement est avérée, le salarié affecté à cette activité n'a pas la qualité de détaché ; il est salarié de cet établissement de fait qui lui fournit son travail⁸⁴. De façon, plus générale, la Cour de cassation considère que celui qui occupe un emploi nécessaire à l'activité économique de l'entreprise en est son salarié⁸⁵, d'autant que le lien de subordination juridique n'est pas contestable entre l'établissement de fait et le prétendu salarié détaché.

.A.2.5.2. Lorsqu'il est victime d'une opération de fausse sous-traitance⁸⁶

Le salarié détaché est victime d'une opération de fausse sous-traitance au profit d'une entreprise donneur d'ordre établi en France :

.- soit lorsqu'il est victime d'une opération de marchandage et/ou de prêt illicite de personnel. La Cour de cassation considère qu'il devient le salarié direct de l'entreprise donneur d'ordre ; il n'a donc pas la qualité de salarié détaché.

.- soit lorsqu'il est employé sous un statut de faux travailleur indépendant.

Dès lors que l'opération de fausse sous-traitance est reconnue par le juge, le salarié détaché perd cette qualité et devient le salarié du donneur d'ordre, c'est-à-dire le salarié de

⁸⁴ Cass. crim. n° 11-88420 du 11 mars 2014 EASYJET; cass. crim n° 12-81421 du 11 mars 2014 VUELING.

⁸⁵ Cass. crim. n° 95-82686 du 23 juillet 1996 FLOCH.

⁸⁶ Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance ». Octobre 2015, du même auteur.

l'entreprise qui a prétendument sous-traité à son employeur officiel⁸⁷ ou le salarié de l'entreprise qui l'a fait travailler comme prétendu travailleur indépendant⁸⁸.

.A.2.5.3. Lorsqu'il est victime d'une opération de mise à disposition illicite⁸⁹

Le salarié détaché est victime d'une opération de mise à disposition illicite, hors hypothèse de sous-traitance, au profit d'une entreprise établie en France dans les trois situations suivantes :

1.- lorsqu'il est détaché en France par une entreprise de travail temporaire qui ne respecte pas la législation sur le travail temporaire. Ne pas respecter la législation sur le travail temporaire constitue du marchandage et/ou du prêt illicite de main d'œuvre, imputables à la fois à l'ETT établie à l'étranger et à l'entreprise utilisatrice française. Le salarié détaché devient alors le salarié de l'entreprise utilisatrice française auprès de laquelle il peut faire valoir ses droits⁹⁰.

En effet, l'entreprise utilisatrice française ne peut plus invoquer la législation sur le travail temporaire puisqu'elle s'est placée en dehors du cadre juridique applicable à cette activité ; par ailleurs, elle exerce la subordination juridique sur cet intérimaire pseudo détaché.

2.- lorsqu'il est détaché en France par une entreprise qui n'a pas le statut d'entreprise de travail temporaire et qui le met à la disposition d'une entreprise utilisatrice française, dans le cadre d'une opération de trafic de main d'œuvre. Cette opération est susceptible de viser un salarié présenté comme tel, mais aussi un prétendu stagiaire ou un prétendu travailleur indépendant.

3.- lorsqu'il est détaché en France dans le cadre d'une mobilité internationale intragroupe, au sein d'un établissement de ce groupe. La mobilité internationale intragroupe d'un salarié est en soi licite, mais elle connaît un développement significatif, directement lié à son dévoiement⁹¹.

La mobilité internationale intragroupe correspond à la mutation et à l'emploi temporaire en France d'un salarié d'un groupe international qui travaille habituellement à l'étranger. Cette mobilité se fait, soit sous le régime de l'embauche et de l'emploi direct par l'entreprise française d'accueil, soit sous le régime du détachement qui est utilisé de façon quasi systématique.

Le régime du détachement est admis lorsque le salarié en mobilité n'est pas mis à la disposition de l'entreprise d'accueil en France et ne travaille pas sous sa subordination juridique. Or, la très grande majorité des mobilités internationales intragroupes se fait dans le cadre d'une mise à disposition, avec transfert de la subordination juridique vers

⁸⁷ Not. Cass. crim. n°11-82952 du 22 février 2012 TIMLUX.

⁸⁸ Not. Cass. crim. n° 04-87840 du 13 septembre 2005 MPDC.

⁸⁹ Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance ». Octobre 2015, du même auteur.

⁹⁰ Not. Cass. soc. n° 07-42616 du 11 mars 2009 BELFOR France ; cass. soc. n° 14-11805 du 18 février 2016 ND LOGISTICS ; cass. crim. n° 12-27855 du 11 mars 2015 RANDSTAD.

⁹¹ Voir le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » Septembre 2015, du même auteur ; voir également l'article « Le dévoiement de la mobilité internationale intragroupe : une forme recherchée de travail illégal et de dumping social sur le territoire français » Droit Ouvrier Mai 2015, du même auteur.

l'entreprise française qui fournit le travail, surtout lorsque cette mobilité se fait par l'envoi massif et concomitant de salariés pseudos détachés dans une coquille vide en France ou depuis une entreprise qui n'a pas d'activité réelle dans l'Etat de domiciliation, ce qui évite ainsi de recruter localement et directement pour assurer son activité en France.

La requalification du salarié ne nécessite pas de démontrer l'existence d'un but lucratif entre les deux entreprises du groupe⁹², celle qui prête depuis l'étranger et celle qui accueille en France; la reconnaissance de la subordination juridique à l'égard de l'entreprise d'accueil en France suffit.

L'enjeu de la requalification pour le salarié est de bénéficier des lois sociales françaises, plus favorables et dans leur plénitude.

.I.2. Le salarié étranger employé sans titre de travail

.A.1. Le salarié étranger employé sans titre de travail dispose de droits sociaux reconnus par le code du travail et par le code de la sécurité sociale.

Le salarié étranger employé sans titre de travail, au sens de la législation applicable, est un ressortissant d'un Etat tiers qui occupe en France un emploi salarié sans être titulaire de l'autorisation de travail prévue par l'alinéa 1^{er} de l'article L.5221-5 du code du travail.

Etre ressortissant d'un Etat tiers signifie ne pas être un ressortissant d'un Etat de l'Union européenne (UE), de l'Espace économique européen (EEE)⁹³ ou de la Suisse.

Par exception à cette définition du salarié ressortissant d'un Etat tiers qui doit être titulaire d'une autorisation de travail délivrée par la France, il existe deux tempéraments pour :

- le salarié d'un nouvel Etat membre de l'UE, qui est détaché en France, pendant la durée de la période transitoire d'adhésion de cet Etat à l'Union européenne, par une entreprise établie dans un Etat de l'UE, de l'EEE ou de la Suisse (article R.5221-2 1^o du code du travail). Aujourd'hui, cette disposition du code du travail n'est pas effective puisque la période transitoire a pris fin le 1^{er} juillet 2015 pour les salariés croates, ressortissants du dernier Etat entré dans l'UE.

- le salarié ressortissant d'un Etat tiers, qui travaille pour le compte d'une entreprise établie dans un Etat de l'UE, de l'EEE ou de la Suisse et qui le détache en France, à condition que ce salarié possède une autorisation de travail délivrée par l'Etat de domiciliation de son entreprise qui l'autorise à exercer ce métier en France⁹⁴ (article R.5221-2 2^o du code du travail). Ce tempérament à l'obligation de posséder une autorisation de travail est susceptible de

⁹² Même si le but lucratif est avéré dans tous les cas, compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation sur cette notion.

⁹³ Islande, Liechtenstein et Norvège.

⁹⁴ Un salarié détaché, ressortissant d'un Etat tiers, dont l'autorisation de travail délivrée par l'Autriche porte la mention « boulanger » ne peut exercer que ce métier en France ; à défaut, son entreprise qui le détache en France doit solliciter une autorisation de travail spécifique pour la durée du détachement.

viser de nombreux salariés ressortissants d'Etats tiers détachés en France, notamment par des entreprises de travail temporaire⁹⁵.

Ces deux salariés détachés peuvent exercer en France une activité salariée, sans avoir obtenu préalablement une autorisation de travail délivrée par l'administration française.

Le fait que le salarié étranger sans titre de travail soit également dépourvu de titre de séjour ne lui confère pas de droits sociaux particuliers ou supplémentaires. Seule sa qualité de salarié sans titre de travail lui ouvre le bénéfice de ces droits sociaux.

A contrario, et bien que la situation ne soit pas fréquente, un salarié étranger disposant d'un titre de séjour, mais pas d'un titre de travail, est éligible à ces droits sociaux, même s'il n'est pas, de surcroît, un salarié dissimulé ; tel est le cas, par exemple, d'un étudiant étranger qui, sous couvert de sa carte de séjour temporaire, travaillerait plus 964 heures par an pour le même employeur⁹⁶, c'est à dire au-delà de la limite réglementaire..

Nota

Le fait que le salarié étranger dispose de faux papiers ou ait présenté des faux papiers lors de son embauche ne le prive pas des droits prévus par le code du travail, dès lors que son employeur le licencie parce qu'il est démuné d'un titre de travail en cours de validité⁹⁷.

Mais l'employeur est en droit de considérer que présenter des faux papiers constitue une faute grave, qui est alors privative des indemnités de rupture et de l'indemnité forfaitaire équivalente à 3 mois de salaire⁹⁸.

.A.2. Le salarié étranger employé sans titre de travail est souvent, et principalement, un salarié dissimulé. Il est très rare en effet qu'un employeur emploie de façon transparente un ressortissant étranger qu'il sait être démuné d'autorisation de travail. L'employeur doit en effet au moment de l'embauche de tout salarié s'assurer de sa nationalité et accomplir trois formalités s'il est de nationalité étrangère : vérification préalable de l'authenticité de son titre de travail auprès de la préfecture ou du service de la main d'œuvre étrangère de la Direccte, joindre une copie de son titre de travail au registre unique du personnel et mentionner sa nationalité sur le registre unique du personnel.

Difficile pour un employeur de soutenir qu'il ignorait la nationalité du salarié embauché, sauf si ce dernier lui a présenté, par exemple, une fausse pièce d'identité française.

Les conditions dans lesquelles ce salarié exerce son activité professionnelle sont donc sensiblement identiques à celles du salarié dissimulé :

.- soit il est employé sous son vrai statut de salarié, en emploi direct ou en détachement mais sans avoir d'autorisation de travail,

⁹⁵ Un salarié intérimaire de nationalité angolaise détaché en France par une ETT portugaise.

⁹⁶ Voir la rédaction de l'alinéa 1^{er} de l'article R.5221-26 du code du travail.

⁹⁷ Cass. soc. n° 07-40434 du 26 juin 2008 SOCIETE EUROPEENNE DE DESSOSSAGE KOENIG.

⁹⁸ Cass. soc. n° 12-19214 du 18 février 2014 HOTEL CONCORDE OPERA PARIS.

.- soit son employeur le fait travailler sous un faux statut de bénévole, de stagiaire, de travailleur indépendant ou de détaché, pour contourner l'obligation de la possession de l'autorisation de travail. Ainsi, des restaurants ou hôtels accueillent, sous un prétendu statut de stagiaire, des ressortissants étrangers qui sont employés en réalité comme des salariés⁹⁹ ; certains de ces prétendus stagiaires paient de surcroît pour être accueillis dans ces restaurants ou hôtels, lorsque ces établissements disposent d'une notoriété.

Il n'existe donc pas de forme particulière d'emploi illégal d'un ressortissant étranger, qui le distingue de la dissimulation d'emploi salarié.

Les différences entre le salarié dissimulé et le salarié étranger sans titre de travail résultent uniquement de la nature de leurs droits sociaux à faire valoir et de leur mise en œuvre.

.I.3. Le salarié victime du dumping social

Il s'agit d'une nouvelle catégorie de salarié, implicitement créée par la loi dite Savary¹⁰⁰ et la loi dite Macron¹⁰¹. Cette catégorie de salarié s'identifie en raison de droits particuliers qu'il peut faire valoir ou dont il peut bénéficier auprès du donneur d'ordre qui recourt à son employeur ou auprès du maître d'ouvrage.

Peut être ainsi considéré comme victime du dumping social le salarié, en emploi direct par une entreprise établie en France ou détaché par une entreprise établie à l'étranger, qui :

.- perçoit un salaire inférieur au Smic ou aux rémunérations conventionnelles (étendues ?¹⁰²), en application des articles L.1262-4-3, L.1263-3 et L.3245-2 du code du travail,

.- ne perçoit pas la totalité de sa rémunération, en application des articles L.1262-4-3 et L.3245-2 du code du travail,

.- est hébergé dans des conditions indignes, en application de l'article L.4231-1 du code du travail.

Le salarié victime du dumping social peut éventuellement être aussi simultanément un salarié dissimulé et/ou un salarié étranger démuné de titre de travail, mais pas nécessairement.

Lorsqu'il est également salarié dissimulé ou salarié étranger employé sans titre de travail, il dispose *a fortiori* de droits sociaux plus étendus. Il lui est donc préférable de faire état de faire état de l'une ou l'autre de ces deux qualités devant le juge.

⁹⁹ Not. CAA Marseille n° 10MA01776 du 13 mars 2012 SARL SERA BIJOU PLAGE pour des pseudo stagiaires indiens dans un restaurant.

¹⁰⁰ Loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale.

¹⁰¹ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

¹⁰² Interrogation, car il existe une différence rédactionnelle entre ces deux articles du code du travail qui visent tous les salaires conventionnels, étendus ou non, et l'article R.1261-2 qui exclut les dispositions conventionnelles non étendues du champ de la législation du travail applicable aux entreprises étrangères.

Nota

L'article L.8281-1 du code du travail, issu de la loi Savary, n'est pas évoqué ci après, bien qu'il soit destiné à lutter contre le dumping social, car il n'ouvre aucun droit particulier pour le salarié victime du dumping social visé par cette disposition.

.II. Quels sont les droits du salarié victime ?

Les droits ouverts au salarié dissimulé et au salarié étranger démunis de titre de travail sont sensiblement équivalents, même si quelques différences existent. Les droits ouverts au salarié victime du dumping social sont très limités et spécifiques.

.II.1. Les droits du salarié dissimulé**.A. Au titre de la législation du travail¹⁰³**

Le salarié dissimulé par son employeur est considéré comme un salarié embauché de façon officielle et transparente, quel que soit son employeur, c'est-à-dire une entreprise, une association ou un particulier. Ses droits sociaux ne peuvent pas être supprimés, réduits ou minorés au motif qu'il aurait été de connivence avec son employeur ou qu'il aurait accepté de fait de travailler dans ces conditions pendant plusieurs semaines, plusieurs mois ou plusieurs années.

Toutes les dispositions du code du travail, de la convention collective ou de l'accord d'entreprise ou d'établissement lui sont applicables, dans leur intégralité.

Selon les modalités de la dissimulation de son emploi, différents droits sont ouverts au salarié.

.A.1. le salarié victime de la dissimulation de son emploi par son employeur, par omission de la DPAE et/ou non remise du bulletin de paie.

Ne disposant pas a priori d'un contrat écrit, il est réputé être employé à durée indéterminée et à temps plein. Les heures supplémentaires sont dues, sous réserve que le juge les reconnaisse¹⁰⁴, ainsi que les droits à repos compensateur et à l'indemnité compensatrice de congés payés.

Il obtient la remise de ses bulletins de paie, de son certificat de travail et de son attestation destinée à Pôle Emploi pour bénéficier de l'assurance chômage.

Si la rupture du contrat de travail du salarié dissimulé intervient à l'initiative de l'employeur, il s'agit d'un licenciement qui rend applicable tout le droit du licenciement individuel : procédure, préavis et cause réelle et sérieuse. A défaut, le salarié peut réclamer des dommages et intérêts pour non respect de la procédure et pour licenciement abusif ou sans cause réelle et sérieuse, ainsi que l'indemnité compensatrice de préavis.

¹⁰³ Voir infra en annexe p.237 et sq. le détail des droits.

¹⁰⁴ Conformément à l'article L.3171-4 du code du travail, la preuve des heures de travail accomplies est partagée entre le salarié et l'employeur; le juge apprécie.

Si l'ancienneté du salarié dissimulé est suffisante, l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement lui est due¹⁰⁵.

Le salarié peut obtenir des dommages et intérêts du fait du préjudice causé par la dissimulation de son emploi, telle que la non déclaration d'un accident du travail, la perte de points pour ses droits à la retraite, notamment s'il s'agit d'un salarié abusivement détaché qui a été privé de la protection sociale française. Les dommages et intérêts se cumulent avec l'indemnité forfaitaire équivalente à six mois de salaire¹⁰⁶.

Le salarié dissimulé victime d'un accident du travail est protégé par les articles L.1226-7 et suivants du code du travail. Ainsi, un salarié dissimulé, qui serait licencié parce que victime d'un accident du travail, peut invoquer la nullité de cette mesure, en application de l'article L.1226-13 du code du travail.

.A.2. le salarié victime de la dissimulation d'heures de travail par son employeur

La dissimulation d'heures de travail se présente, soit par l'omission de la mention des heures de travail accomplies sur le bulletin de paie, soit par le recours irrégulier à une convention de forfait qui permettait, par nature, à l'employeur de ne pas comptabiliser et payer en tant que telles toutes les heures de travail.

.A.2.1. La dissimulation d'heures de travail classique et directe (*stricto sensu*) prend plusieurs formes : pas de paiement des heures et donc pas de mention sur le bulletin de paie, la transformation sur le bulletin de paie des heures en primes ou indemnités, notamment de déplacement¹⁰⁷, le paiement en espèces des heures de travail, un chèque personnel de l'employeur et le versement à un tiers d'une partie de sa rémunération.

La dissimulation d'heures de travail ne peut être invoquée par le salarié que pour les heures correspondant à du temps de travail effectif, correspondant à la définition de l'article L.3121-1 du code du travail¹⁰⁸ ; pour le salarié chauffeur routier TRM, la Cour de cassation rappelle la distinction entre temps de disponibilité et temps d'activité ou de travail effectif¹⁰⁹.

Nota sur la quantification et la comptabilisation des heures de travail

.1) La quantification unilatérale du temps de travail par l'employeur : l'exemple du nettoyage des chambres d'hôtel

L'employeur décide a priori que le nettoyage d'une chambre d'hôtel nécessite un temps de travail maximal et forfaitaire sur lequel il paie le salarié, même si celui-ci a consacré plus de temps pour ce nettoyage ; l'employeur refuse de payer ce temps de travail en sus. La Cour de

¹⁰⁵ Cette ancienneté d'emploi occulte de longue durée existe notamment dans les emplois familiaux ou domestiques ou dans l'agriculture.

¹⁰⁶ Cass. soc. n° 08-43124 du 14 avril 2010.

¹⁰⁷ Ce qui évite de payer des cotisations sociales sur ces sommes.

¹⁰⁸ Not. Cass. soc. n° 13-12160 du 12 juin 2014 PEKIN EXPRESS.

¹⁰⁹ Cass. crim. n° 11-83319 du 5 juin 2012 pour le temps passé dans un ferry assurant une liaison maritime par un chauffeur routier.

cassation considère que cette pratique constitue du travail dissimulé par dissimulation d'heures de travail (not. Cass. crim. n° 09-86401 du 28 septembre 2010¹¹⁰).

2) La quantification du temps de travail en application du code du travail et d'un texte conventionnel: l'exemple de la distribution de prospectus

Dans un arrêt n° 10-10928 du 22 septembre 2011, la chambre sociale de la Cour de cassation précise que l'évaluation ou quantification a priori du temps de travail du distributeur de prospectus, par rapport à sa charge de travail, n'exonère pas l'employeur de payer les heures de travail accomplies au-delà de cette quantification théorique, quand bien même cette quantification est permise par l'article R.3171-9-1 du code du travail et un accord collectif de la branche, pris en référence à cet article du code du travail.

La position de la chambre sociale diverge avec celle de la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans une affaire strictement identique et concernant la même entreprise. Dans un arrêt n° 12-81767 du 16 avril 2013, la chambre criminelle considère que l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'heures de travail n'est pas constituée dans l'hypothèse de l'absence de mention de ces heures en sus sur le bulletin de paie, au motif que le 2° de l'article L.8221-5 du code du travail dispense de mentionner certaines heures de travail sur le bulletin de paie, dès lors qu'un texte conventionnel étendu autorise le lissage de la rémunération et donc des heures de travail¹¹¹.

.A.2.2. La dissimulation d'heures de travail, par le biais d'une convention de forfait illicite, est plus subtile, d'un point de vue juridique et technique. Le code du travail reconnaît en effet la licéité des conventions de forfait¹¹², mais celles-ci peuvent être abusivement utilisées pour s'affranchir notamment du paiement de toutes les heures de travail effectivement accomplies par le salarié.

La convention de forfait est écrite ; elle ne présume pas. A défaut d'écrit, l'employeur ne peut s'en prévaloir¹¹³.

.- La convention de forfait en heures, sur la semaine ou le mois¹¹⁴, prévoit de rémunérer systématiquement un certain nombre d'heures supplémentaires par mois ; la conclusion d'une telle convention est libre et ne nécessite pas un texte conventionnel préalable. Les heures supplémentaires accomplies chaque mois en sus du forfait doivent être payées et mentionnées sur le bulletin de paie. A défaut, le salarié peut demander au juge de considérer qu'il s'agit de la dissimulation d'emploi salarié.

.- La convention de forfait en heures sur l'année¹¹⁵ permet de rémunérer le salarié sur la base d'un nombre d'heures de travail prédéterminé; la convention est réservée au cadre dont la nature des fonctions ne le conduits pas à suivre l'horaire collectif de travail et à d'autres salariés non cadres qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur

¹¹⁰ Voir également commentaire du même auteur sur cette pratique dans Droit Ouvrier Septembre 2014 p. 600.

¹¹¹ Voir commentaire du même auteur de cet arrêt dans Droit Ouvrier Août 2013 p.573.

¹¹² Articles L.3121-38 et suivants du code du travail.

¹¹³ Cass. soc. n° 10-27839 du 28 février 2012 MCS.

¹¹⁴ Article L.3121-38 du code du travail.

¹¹⁵ Articles L.3121-39 et suivants du code du travail.

emploi du temps. La signature de cette convention individuelle de forfait n'est possible que si une convention ou un accord collectif la prévoit ; la convention individuelle de forfait respecte le plafond de la durée annuelle de travail prévu par la convention ou l'accord collectif. Lorsque les conditions posées par le code du travail ne sont pas respectées (par exemple le salarié n'est pas éligible parce qu'il n'est pas réellement autonome), le salarié est fondé à demander au juge d'annuler la convention individuelle et d'être considéré comme un salarié de droit commun, dissimulé par dissimulation de ses heures de travail.

.- La convention de forfait en jours sur l'année permet de rémunérer le salarié sur la base d'un nombre de jours de travail dans l'année, sans tenir compte du nombre d'heures effectivement accomplies par le salarié ; la convention de forfait en jours sur l'année n'est possible que pour le cadre autonome et les salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps. La signature de la convention individuelle de forfait n'est possible que si une convention ou un accord collectif la prévoit.

La convention ou l'accord collectif doit comporter des mesures concrètes destinées à assurer le décompte des jours de travail et à garantir le respect des temps et des jours de repos quotidiens et hebdomadaires. L'employeur est tenu d'assurer un suivi scrupuleux du décompte des jours de travail et du respect des temps de repos ; un entretien annuel est prévu pour assurer un bilan de l'application de la convention de forfait en jours.

La Cour de cassation se montre très vigilante sur le contenu de la convention ou de l'accord collectif et de la convention individuelle, ainsi que sur sa mise en œuvre concrète¹¹⁶. Lorsque les conditions posées par le code du travail ne sont pas respectées (par exemple, pour le suivi et le contrôle des jours et de la charge de travail), le salarié a la faculté de demander au juge d'annuler la convention individuelle et d'être considéré comme un salarié de droit commun, dissimulé par dissimulation de ses heures de travail.

La vigilance de la Cour de cassation sur la licéité de ces conventions se justifie par le souci d'assurer la protection de la santé et de la sécurité du salarié, notamment en référence aux textes communautaires.

.A.2.3. Le salarié abusivement qualifié de cadre dirigeant demande la requalification de son statut en salarié de droit commun par la démonstration de ses fonctions réelles et l'annulation de la forfaitisation de son temps de travail et de sa rémunération.

.A.2.4. Le salarié victime de la dissimulation d'heures de travail, quelles que soient ses modalités, obtient le rappel des salaires dus, avec les majorations adéquates, l'indemnisation du ou des repos compensateurs non pris et un rappel sur l'indemnité de congés payés. Il obtient également des dommages et intérêts s'il démontre un préjudice particulier lié à l'absence de mention de la totalité de ses heures de travail et de sa rémunération sur ses bulletins de paie, notamment pour le calcul de ses indemnités journalières en cas d'arrêt de travail ou au titre de ses cotisations pour la retraite.

¹¹⁶ Not. Cass. soc. n° 09-71107 du 29 juin 2011 MEDEF.

.A.3. Le salarié victime de la dissimulation de son emploi par son employeur, par omission des déclarations sociales ou fiscales

Cette forme de dissimulation d'emploi salarié n'est pas d'une grande utilité, à elle seule, pour permettre au salarié qui en est victime de faire valoir des droits particuliers en matière de législation du travail¹¹⁷.

Tout d'abord, il ne dispose d'aucun moyen pour savoir (même si le doute lui est permis) si son employeur a procédé aux déclarations sociales et/ou fiscales le concernant.

Par ailleurs, ce défaut de déclaration sociale et/ou fiscale est très souvent redondant avec les autres modalités de dissimulation de son emploi qu'il connaît et peut invoquer ; le défaut de remise de bulletin de paie ou la sous déclaration d'heures de travail entraîne nécessairement de la non déclaration aux organismes de protection sociale. Il est donc plus simple pour le salarié de faire état de ces modalités de dissimulation de son emploi.

A supposer cependant que la dissimulation de son emploi soit uniquement caractérisée par le défaut de déclaration sociale le concernant et qu'il en est la preuve par la déclaration annuelle des données sociales (DADS)¹¹⁸ ou par les déclarations périodiques adressées à la MSA auxquelles il aurait eu accès, le salarié peut obtenir le versement de l'indemnité forfaitaire équivalent à six mois de salaire (mais ces documents sont en principe couverts par le secret professionnel).

.A.4. Le salarié victime de la dissimulation de son emploi par un faux statut

Le faux bénévole, le faux stagiaire, le faux travailleur indépendant ou le faux salarié détaché se trouve *grosso modo* dans la même situation que le salarié victime de la dissimulation totale de son emploi. Il peut demander le bénéfice de la totalité des droits attachés à sa qualité de salarié et notamment la remise d'un contrat de travail, le paiement de toutes ses heures de travail, de l'indemnité de repos compensateur, et de l'indemnité compensatrice de congés payés, la délivrance de bulletins de paie, d'un certificat de travail et de l'attestation employeur destinée à Pôle Emploi pour ses droits à l'assurance chômage.

Il n'existe pas de jurisprudence relative à la compensation qui pourrait être faite entre les sommes qu'il a déjà perçues et les rappels de salaires attendus ; par exemple, la déduction éventuelle du montant de la gratification versée en sa qualité de stagiaire des rappels de salaire qui lui sont dus.

Le salarié employé sous un faux statut peut prétendre au bénéfice du droit du licenciement (procédure, préavis et cause réelle et sérieuse) qui, par nature, n'a pas été respecté. A ce titre, il peut réclamer des dommages et intérêts pour non respect de la procédure et pour licenciement abusif ou sans cause réelle et sérieuse, ainsi que l'indemnité compensatrice de préavis.

Le salarié a la faculté d'obtenir des dommages et intérêts du fait du préjudice causé par la dissimulation de son emploi, telle que la non déclaration d'un accident du travail ou la perte

¹¹⁷ Elle peut présenter davantage d'utilité, dans certaines affaires, pour asseoir une qualification pénale sur ce seul élément matériel.

¹¹⁸ Pour le régime général, seule la DADS constitue un document déclaratif nominatif.

de points pour ses droits à la retraite, notamment s'il s'agit d'un salarié abusivement détaché qui a été privé de la protection sociale française.

Le salarié dissimulé sous un faux statut, victime d'un accident du travail, est protégé par les articles L.1226-7 et suivants du code du travail. Ainsi, ce salarié, qui serait licencié de fait parce que victime d'un accident du travail, peut invoquer la nullité de cette mesure, en application de l'article L.1226-13 du code du travail.

.A.5. L'indemnité forfaitaire équivalente à six mois de salaire

.A.5.1. Le dénominateur commun aux droits du salarié victime de la dissimulation de son emploi est le versement de l'indemnité forfaitaire équivalente à six mois de salaire, prévu par l'article L.8223-1 du code du travail, et en sus de ce qui précède.

L'indemnité forfaitaire est due à tout salarié dissimulé, sans distinction de qualification professionnelle et quelle que soit la durée de l'emploi dissimulé ou le nombre d'heures de travail accomplies ou dissimulées ; elle n'est pas proratisée en fonction du nombre d'heures de travail effectuées ou de la durée de l'emploi¹¹⁹. L'indemnité est due quelles que soient les modalités de la dissimulation de son emploi, y compris lorsqu'il est employé sous un faux statut de bénévole, de stagiaire, de travailleur indépendant ou de salarié détaché.

L'indemnité est due, quelles que soient les modalités de la rupture de son contrat de travail, licenciement ou démission. Elle n'est pas due si l'employeur régularise sa situation et si le salarié se fait embaucher officiellement, sans rupture de sa relation de travail.

Lorsque le salarié a fait l'objet du transfert de son contrat de travail en application de l'article L.1224-1 du code du travail, le repreneur est tenu au paiement de l'indemnité forfaitaire, même si les faits matériels constitutifs de la dissimulation d'emploi salarié (non mention des heures de travail sur le bulletin de paie) ont été commis par l'ancien employeur¹²⁰.

L'assiette de calcul de l'indemnité forfaitaire inclut les heures supplémentaires qui ont été accomplies par le salarié.

L'indemnité forfaitaire n'est pas soumise à cotisations sociales ; le montant versé au salarié correspond au montant du salaire brut. S'agissant d'une somme à caractère indemnitaire, la prescription de l'action en paiement devant le conseil de prud'hommes est de trente ans¹²¹, sous réserve désormais de l'application des dispositions de l'article 2224 du code civil qui fixe, depuis 2008, à cinq ans la prescription de toute action civile en paiement.

Le versement de l'indemnité forfaitaire se cumule avec celui de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, ainsi qu'avec l'indemnité pour licenciement abusif ou licenciement sans cause réelle et sérieuse. Elle s'ajoute aux dommages et intérêts versés en raison du préjudice particulier subi par le salarié en raison de la dissimulation de son emploi.

L'indemnité forfaitaire de six mois pour l'emploi dissimulé ne se cumule pas avec l'indemnité forfaitaire de trois mois due au salarié étranger employé sans titre de travail. Si ce salarié est

¹¹⁹ Cf débats Assemblée Nationale 2^{ème} lecture - 1^{ère} séance du 2 décembre 1991 JOAN décembre 1991 p. 6969.

¹²⁰ Cass. soc. n° 14-17496 du 11 mai 2016 GAROUDA.

¹²¹ Cass. soc. n° 04-42208 du 10 mai 2006.

également victime de la dissimulation de son emploi, il a donc intérêt, de ce point de vue, à faire uniquement état de sa qualité de salarié dissimulé.

.A.5.2. Pour bénéficier de l'indemnité forfaitaire équivalente à six mois de salaire, **le salarié doit démontrer le caractère intentionnel du comportement de son employeur.** Sur ce sujet, la position de la chambre sociale de la Cour de cassation est plus exigeante que celle de la chambre criminelle.

L'exigence de la chambre sociale de la Cour de cassation est elle-même relative en fonction de la nature du comportement de l'employeur. Ainsi, la chambre sociale considère que :

- le caractère intentionnel est avéré lorsque la DPAE mentionne une date d'embauche erronée de six semaines¹²²,

- le caractère intentionnel est avéré lorsque l'employeur paie les heures supplémentaires sous forme de primes¹²³,

- le caractère non intentionnel de la mention sur le bulletin de paie d'un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli ne peut se déduire du seul fait que l'employeur n'a pas cherché à dissimuler au salarié cette minoration¹²⁴,

- le caractère non intentionnel de l'absence d'accomplissement auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales des déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales ne peut se déduire des seules difficultés financières de l'employeur pour s'acquitter de ces cotisations¹²⁵,

- l'absence de convention de forfait écrite caractérise l'élément intentionnel de la dissimulation d'emploi salarié, dès lors que des heures supplémentaires sont accomplies¹²⁶,

- le caractère intentionnel ne peut se déduire de la seule application d'une convention de forfait illicite¹²⁷,

- une convention de forfait n'exclut pas l'accomplissement d'heures supplémentaires et le caractère intentionnel du travail dissimulé ne peut se déduire de la seule absence de mention des heures supplémentaires sur les bulletins de paie¹²⁸,

- le caractère intentionnel ne peut se déduire de la seule conscience de l'employeur des difficultés tenant au choix d'un contrat inapproprié¹²⁹,

Cette jurisprudence non exhaustive implique que le salarié apporte au juge toutes les informations factuelles présentant et expliquant le contexte dans lequel il considère être victime d'une dissimulation de son emploi.

¹²² Cass. soc. n° 14-21992 du 2 décembre 2015 DECLIC PUBLICATIONS.

¹²³ Cass. soc. n° 13-16231 du 21 mai 2014 PARAGRAPHE CONTACT.

¹²⁴ Cass. soc. n° 12-18483 du 31 octobre 2013 SECURITE FRANCHE COMTE.

¹²⁵ Cass. soc. n° 12-23676 du 18 décembre 2013 SOCIETE INDUSTRIELLE DU SUD.

¹²⁶ Cass. soc. n° 12-20907 du 27 novembre 2013 WARTSILA FRANCE.

¹²⁷ Cass. soc. n° 14-16953 du 16 juin 2015 ALENTOURS.

¹²⁸ Cass. soc. n° 08-44898 du 8 juillet 2010 TOUTAIN.

¹²⁹ Cass. soc. n° 14-12249 du 1^{er} avril 2015 GLEM PRODUCTION.

.B. Au titre de la protection sociale

Le salarié dissimulé bénéficie de la totalité de la protection sociale attachée à son statut de salarié. Le fait que son emploi soit occulte et dissimulé ne le prive pas de cette protection sociale.

.B.1. L'étendue de la protection sociale éludée, et donc sa reconstitution, dépend des modalités de la dissimulation de son emploi.

Lorsque la dissimulation de son emploi est totale ou qu'il est employé sous un faux statut, son préjudice est le plus grand puisqu'aucune cotisations sociales n'a été versée ; ce préjudice est moindre lorsque la dissimulation de son emploi s'est traduite par une minoration de ses heures de travail sur son bulletin de paie

Pour reconstituer sa protection sociale ou la compléter, le salarié doit obtenir la remise des bulletins de paie correspondant à sa période d'emploi, y compris les bulletins de salaire rectificatifs lorsque la dissimulation de son emploi s'est traduite par la minoration de ses heures de travail. Les bulletins de salaire sont les documents essentiels, même si parfois ils ne sont pas suffisants, pour faire valoir ses droits à la protection sociale en qualité de salarié.

Munis de ces bulletins de salaire, il pourra demander à la CPAM, à la MSA, à la CGSS, à l'Enim, à la caisse vieillesse, aux caisses de retraites complémentaire et à Pôle Emploi de rectifier, de mettre à jour et de compléter ses droits.

De même, ces bulletins de salaire sont utiles pour faire valoir des droits particuliers auprès de la CAF.

Certes l'employeur qui régularise la situation d'un salarié dissimulé par la délivrance d'un bulletin de paie nouveau ou rectifié doit en principe en faire état sur la déclaration annuelle des données sociales (DADS) ou sur la déclaration sociale nominative (DSN) par la mention de cette rémunération et des cotisations sociales afférentes ; mais, en la matière, une démarche personnelle du salarié en direction de ces différents organismes de protection sociale sera une sage précaution non superflue; la rétention de précompte n'est pas exclue.

Il est à noter que la démarche du salarié auprès de l'Urssaf pour reconstituer ses droits a été jugée irrecevable par la Cour de cassation, celle-ci considérant que le salarié n'a pas la qualité de cotisant auprès de cet organisme ; seul l'employeur est cotisant¹³⁰. Cette position de la Cour de cassation conforte la pertinence de la démarche du salarié à saisir les organismes sociaux prestataires et non pas les organismes sociaux de recouvrement.

Mais le salarié est en droit d'obtenir des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par le non versement de ses cotisations sociales à l'Urssaf du fait de la dissimulation de son emploi par son employeur¹³¹.

¹³⁰ Cass. civ. 2 n° 14-29125 du 17 décembre 2015.

¹³¹ Cass. soc. n° 14-13471 du 23 septembre 2015.

Nota

Le code de la sécurité sociale et le code rural contiennent des dispositions relatives à la reconstitution de la protection sociale du salarié dissimulé, à la suite et dans le cadre d'un contrôle effectué par un agent habilité en matière de travail dissimulé ou par un organisme de recouvrement.

L'article L.241-1-2 du code de la sécurité sociale précise les conditions dans lesquelles est prise en compte la rémunération forfaitaire équivalente à 6 mois de salaire (ou 25% du plafond annuel de la sécurité sociale) pour l'ouverture des droits et le calcul des ressources du salarié dissimulé.

L'article L.241-1-3 de ce même code stipule que lorsqu'un redressement de cotisations sociales a une incidence sur les droits de tout salarié en matière d'assurance vieillesse, les organismes de recouvrement transmettent les informations utiles aux organismes gestionnaires pour rectifier ses droits.

En cas de constat de travail dissimulé, et s'il y a collusion entre l'employeur et le salarié, la rectification ne s'opère qu'à compter du redressement.

L'article L.725-12-2 du code rural prévoit la même disposition pour le salarié relevant du régime agricole¹³².

Par ailleurs, l'article L.8221-6 II du code du travail, relatif au faux travail indépendant, dispose que le donneur d'ordre condamné au pénal pour dissimulation d'emploi salarié est tenu au paiement des cotisations et des contributions sociales à la charge des employeurs, calculées sur les sommes versées au titre de la période de dissimulation d'emploi salarié.

.B.2. Le salarié dissimulé est couvert par la législation en matière d'accident du travail, à l'identique d'un salarié non dissimulé.

Le salarié bénéficie des prestations en nature (hospitalisation, soins, rééducation, prescriptions médicales) et des prestations en espèces (indemnités journalières, rente, capital). Il peut assigner son employeur en faute inexcusable devant le tribunal des affaires de sécurité sociale.

Bien entendu, cette protection n'est actionnée que si l'accident du travail est déclaré à la sécurité sociale (CPAM, MSA, CGSS, ENIM...).

L'employeur a l'obligation de déclarer l'accident du travail à la sécurité sociale le jour de sa survenance ou, au plus tard, dans les 24 heures (article L.441-2 du code de la sécurité sociale) ou dans les 48 heures (article L.751-26 du code rural), mais cette déclaration n'est pas effectuée si le salarié est totalement dissimulé¹³³ ou employé sous un faux statut.

¹³² Il n'existe pas d'information publique sur le nombre de salariés ayant bénéficié de cette disposition qui est applicable depuis le 1^{er} janvier 2015, tant pour le régime général que pour le régime agricole.

¹³³ Ou alors l'employeur effectue le même jour une DPAE de circonstance pour le jour de l'accident et la déclaration d'accident du travail.

A défaut, le salarié dissimulé victime de l'accident du travail, ou ses représentants ou ayants-droit, dispose d'un délai de 2 ans pour le déclarer à la sécurité sociale, en application de l'article L.441-2 du code de la sécurité sociale.

Ne pas déclarer un accident du travail ne présente aucun intérêt pour un salarié dissimulé, surtout si cet accident a provoqué son licenciement ou si cet accident est grave ou a provoqué le décès du salarié. Le salarié ou ses ayants-droit ne trouvent donc que des avantages à déclarer eux même, et par précaution pour préserver leurs droits, cet accident. D'autant qu'ils ne savent pas si l'employeur a déclaré l'accident du travail à la sécurité sociale.

Nota

La procédure de déclaration d'un accident du travail survenu à un salarié détaché en France, telle qu'elle existait depuis le décret du 11 juillet 1994¹³⁴, a été modifiée par l'article 105 de la loi Travail.

La loi Travail a également dépenalisé le défaut de déclaration d'un accident du travail survenu à un salarié détaché, en créant une sanction administrative¹³⁵.

Cette double modification substantielle va porter préjudice au salarié détaché victime ou à ses ayants droit :

.-la déclaration de l'accident du travail à la sécurité sociale est supprimée pour le salarié qui n'est pas titulaire d'un certificat de détachement, alors qu'il est assujetti de plein droit à la sécurité sociale française. La déclaration est adressée exclusivement à l'inspection du travail, dans tous les cas. Comment la sécurité sociale française pourra-t-elle prendre en charge le salarié détaché assujetti, si elle n'est plus destinataire de la déclaration de son accident du travail ?

Pourquoi avoir supprimé cette déclaration de droit commun à la sécurité sociale qui vaut pour tous les autres salariés assujettis au régime français ? Ne plus déclarer à la sécurité sociale l'accident du travail d'un salarié assujetti n'est pas compréhensible, de surcroît s'il s'agit d'un accident grave ou mortel.

.-la dépenalisation du défaut de déclaration d'accident du travail ne permet plus au salarié détaché, ou à ses ayants droit, de porter plainte auprès du procureur de la République ; celui-ci ne peut plus diligenter une enquête et engager des poursuites. Les services de gendarmerie et de police ne sont plus compétents. Cette différence de traitement juridique du défaut de déclaration d'accident du travail pour des salariés assujettis ne se justifie par aucun élément objectif.

¹³⁴ Décret n° 94-573 du 11 juillet 1994 pris pour l'application de l'article 36 de la loi quinquennale relative à l'emploi, au travail et à la formation professionnelle.

¹³⁵ Prévues par l'article L.1264-3 du code du travail : dans la limite de 2 000 euros par salarié, portés jusqu'à 4 000 euros en cas de réitération.

.- l'absence de procès pénal empêche le salarié détaché, ou à ses ayants droit, d'avoir accès au dossier et à la procédure ; il ne peut plus se constituer partie civile et éclairer le juge sur les circonstances de son accident .Il n'y aura plus de débat contradictoire qui, au-delà de la seule absence de déclaration d'accident du travail, permettrait de caractériser d'autres manquements à la loi.

.- la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur devient difficile pour le salarié détaché, ou ses ayants droit, car souvent cette reconnaissance s'appuie sur le procès pénal et les éléments produits et débattus à cette occasion.

.- le salarié détaché, ou ses ayants droit, n'aura pas accès au dossier d'enquête administrative, qui ne sera pas rendu public et qui sera couvert par le secret professionnel de l'inspection du travail, du Direccte et du Dieccte. Il ne pourra pas en faire état devant le TASS dans le cadre d'une procédure en reconnaissance de faute inexcusable.

Sauf à comprendre, par une lecture un peu forcée de l'article L.1262-4-4 du code du travail, que cette déclaration à l'inspection du travail ne dispense pas l'employeur de faire lui même également cette déclaration à la sécurité sociale, en application de l'article L.441-2 du code de la sécurité sociale et de l'article L.751-26 du code rural, dès lors que le salarié détaché a été immatriculé au CNFE de l'Urssaf de Strasbourg, à l'Urssaf des Alpes Maritimes, à l'Urssaf du Gard ou la caisse de MSA d'Alsace¹³⁶.

Par précaution, et notamment lorsqu'il a des doutes sur sa qualité de détaché, ce salarié, ou ses ayants droit en cas d'accident du travail mortel, a intérêt à déclarer lui-même son accident du travail à la CPAM, à la MSA, à la CGSS ou à l'ENIM. Cette démarche est protectrice de ses droits et ne peut lui causer aucun préjudice.

Accessoirement, on note que l'article L.1262-4-4 ne prévoit pas de sanction administrative contre l'entreprise étrangère qui ne procède pas à la déclaration d'accident du travail (lorsque le salarié victime est détaché dans le cadre d'une prestation pour compte propre); seule une sanction est prévue contre le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage.

.B.3. Le salarié dissimulé est couvert par la législation en matière de maladie professionnelle, à l'identique d'un salarié non dissimulé.

Il bénéficie des prestations en nature (hospitalisation, soins, rééducation, prescriptions médicales) et des prestations en espèces (indemnités journalières, rente, capital). Il peut assigner son employeur en faute inexcusable devant le tribunal des affaires de sécurité sociale.

Bien entendu, cette protection n'est actionnée que si le caractère professionnel de sa maladie est reconnu.

¹³⁶ C'est-à-dire lorsque le salarié détaché n'est pas titulaire d'un certificat de détachement.

Il appartient au salarié victime d'initier les démarches pour faire reconnaître une maladie professionnelle. Le salarié adresse une déclaration¹³⁷ à la caisse compétente (CPAM, MSA, CGSS, ENIM...), accompagné d'un certificat du médecin traitant et d'une attestation de salaire remise par l'employeur¹³⁸. Le dépôt de ce dossier déclenche une enquête de la caisse qui décide si la maladie revêt ou non un caractère professionnel.

Le dépôt du dossier auprès de la caisse s'effectue dans un délai de 2 ans à compter de la cessation de l'activité exposant au risque ou de la date à laquelle le salarié est informé du lien possible entre sa maladie et son activité professionnelle.

Pour le salarié dissimulé, le risque est que son employeur refuse de remplir l'attestation de salaire, ce qui ne doit pas le dissuader de déposer un dossier incomplet, qui sauvegardera ses droits.

Nota

En application de l'article L.471-1 du code de la sécurité sociale et de l'article L.751-37 du code rural, la CPAM ou la caisse de MSA dispose d'une action récursoire contre l'employeur du salarié dissimulé pour se faire rembourser la totalité du coût de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle, ce qui peut représenter des sommes considérables et donc dissuasives.

.II.2. Les droits du salarié étranger employé sans titre de travail

Dès 1955, l'arrêt *Garage du Lauriston*¹³⁹ a posé le principe de la reconnaissance de droits sociaux au salarié étranger employé sans titre de travail, malgré l'interdiction d'emploi d'ordre public d'un étranger démuné de titre de travail.

Le salarié étranger employé sans titre de travail bénéficie de droits sociaux (législation du travail et protection sociale) qui sont sensiblement équivalents au salarié dissimulé, même si des différences existent et sont à bien identifier.

Par ailleurs, le salarié étranger employé sans titre de travail est très souvent un salarié dissimulé, qualité dont il peut faire exclusivement état devant le juge. En fonction des conditions de son embauche et de son emploi, la saisine du juge se fera, au choix du salarié, soit en qualité de salarié dissimulé, soit en qualité de salarié étranger sans titre de travail.

Ce n'est que dans l'hypothèse où le salarié étranger employé sans titre de travail n'est pas dissimulé qu'il devra nécessairement saisir le juge en cette qualité.

Enfin, seul le fait d'être employé sans titre de travail ouvre des droits sociaux au salarié étranger ; le fait d'être employé sans titre de séjour ne lui ouvre aucun droit particulier.

¹³⁷ Imprimé S6100b.

¹³⁸ Pour davantage de précisions sur la procédure, voir le site de l'assurance maladie ameli.fr.

¹³⁹ Cass. soc. 9 juin 1955 Bull. civ. IV n° 507 SARL GARAGE DU LAURISTON.

Nota

Lorsqu'un agent de contrôle habilité constate l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, il lui remet, en application de l'article R.8252-1 du code travail une notice d'information présentant les droits sociaux dont il dispose ; cette notice est rédigée en six langues différentes¹⁴⁰.

.A. La législation du travail¹⁴¹

Le salarié étranger employé sans titre de travail est assimilé à compter de la date de son embauche à un salarié régulièrement engagé¹⁴².

.A.1. La législation du travail (code du travail et convention collective) lui est applicable dans son intégralité, sous réserve des précisions apportées par la chambre sociale de la Cour de cassation.

- Le salarié étranger employé sans titre de travail, sauf s'il n'est pas dissimulé et qu'il possède des documents attestant du contraire, est réputé être embauché en contrat de travail à durée indéterminée et à temps complet.
- Le salarié étranger bénéficie, outre le paiement de la totalité de sa rémunération, de l'indemnité compensatrice de préavis, de l'indemnité compensatrice de congés payés, de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement¹⁴³, de la remise de ses bulletins de paie et de son certificat de travail. Il peut obtenir des dommages et intérêts en raison du préjudice qu'il a subi du fait de la perte de son emploi illégal, s'il s'avère que son employeur, qui a rompu la relation de travail du fait de l'absence de titre de travail, a empêché une régularisation possible¹⁴⁴.
- Pour priver le salarié étranger des indemnités de rupture de son contrat de travail à l'initiative de l'employeur, celui-ci doit faire état d'une faute grave distincte de l'irrégularité de sa situation administrative, telle que la présentation de faux papier pour se faire embaucher¹⁴⁵.

S'agissant de sa rémunération, l'article L.8252-2 1° du code du travail dispose que celle-ci correspond à une période d'emploi présumée d'une durée de trois mois, sauf preuve contraire apportée par le salarié ou l'employeur.

Cette présomption d'antériorité d'emploi est déconnectée du régime juridique de l'antériorité d'emploi de la dissimulation d'emploi, ce qui la rend peu compréhensible car limitée à une seule catégorie de salarié employé de façon illégale.

¹⁴⁰ Modèle fixé par un arrêté du 30 novembre 2011 du ministre chargé de l'immigration (voir infra p.251 en annexe la version française de la notice d'information).

¹⁴¹ Voir infra p.242 en annexe le détail des droits.

¹⁴² Article L.8252-1 du code du travail.

¹⁴³ Cass. soc. n° 13-17745 du 1^{er} octobre 2014 MONOP.

¹⁴⁴ Cass. soc. n° 06-44983 du 29 janvier 2008 TBH LOGISTIQUE; Cass. soc. n° 99- 42054 du 6 novembre 2001 SPAPA.

¹⁴⁵ Cass. soc. n° 12-19214 du 18 février 2014 HOTEL CONCORDE OPERA PARIS

Le salarié étranger employé sans titre de travail, victime d'un accident du travail, est protégé par les articles L.1226-7 et suivants du code du travail. Ainsi, ce salarié, qui serait licencié de fait parce que victime d'un accident du travail, peut invoquer la nullité de cette mesure, en application de l'article L.1226-13 du code du travail.

.A.2. Les précisions apportées par la chambre sociale de la Cour de cassation limitent cependant les droits du salarié étranger lorsqu'il est privé de son emploi parce qu'il ne possède pas d'autorisation de travail :

.- le fait de ne pas posséder une autorisation de travail constitue pour l'employeur une cause objective de rupture de la relation de travail¹⁴⁶ ; il ne s'agit donc pas d'un licenciement abusif ou sans cause réelle et sérieuse lorsque la rupture du contrat intervient pour ce motif.

.- mais si l'employeur invoque exclusivement une faute du salarié liée à la réalité de sa situation administrative (fausse déclaration ou présentation de faux papier ou identité usurpée), il s'agit d'un licenciement dont le bien fondé est soumis à l'appréciation du juge. L'employeur s'est en effet placé sur le terrain de la faute et n'invoque plus l'irrégularité de sa situation administrative.

.- puisqu'il ne s'agit pas d'un licenciement, mais d'une rupture pour cause objective, la procédure individuelle de licenciement n'est pas applicable ; la notification écrite de la fin de l'emploi n'est pas une lettre de licenciement. Le salarié étranger ne peut réclamer de dommages et intérêts pour non respect de la procédure de licenciement.

.- par exception, l'indemnisation pour non-respect de la procédure de licenciement reste due au salarié si l'employeur se place sur le terrain disciplinaire pour le licencier, notamment du fait de la présentation de faux papiers, mais sans avoir respecté pour autant la procédure propre au licenciement pour motif disciplinaire¹⁴⁷.

. bien que la procédure individuelle de licenciement ne soit pas applicable, le salarié bénéficie des indemnités de rupture, c'est-à-dire indemnité compensatrice de préavis et indemnité légale ou conventionnelle de licenciement. Mais ces indemnités de rupture ne se cumulent pas avec l'indemnité forfaitaire équivalente à trois mois de salaire ; le salarié reçoit la somme la plus élevée.

.- les indemnités de rupture ne sont pas dues si le salarié étranger est licencié pour faute grave pour avoir présenté des faux papiers¹⁴⁸.

.- le salarié étranger employé sans titre de travail est fondé à obtenir des dommages et intérêts, en sus des indemnités de rupture, s'il justifie d'un préjudice particulier non réparé¹⁴⁹,

¹⁴⁶ Cass. soc. n° 13-17745 du 1^{er} octobre 2014 MONOP.

¹⁴⁷ Cass. soc. n° 11-18840 du 4 juillet 2012 SOCIETE PLACE NET TP.

¹⁴⁸ Cass. soc. n° 12-19214 du 18 février 2014 HOTEL CONCORDE OPERA PARIS.

¹⁴⁹ Dernier alinéa de l'article L.8252-2 du code du travail.

- l'employeur n'a pas l'obligation de lui remettre l'attestation destinée à Pôle Emploi puisque l'irrégularité de sa situation administrative ne lui permet pas de percevoir des allocations de chômage¹⁵⁰.

- le salarié étranger employé sans titre de travail n'est pas couvert par la protection exorbitante du droit commun en matière de licenciement, qui est reconnue aux représentants du personnel¹⁵¹.

- l'employeur n'a pas vocation à obtenir des dommages et intérêts pour le préjudice subi du fait du salarié qui lui a présenté des faux papiers pour l'embaucher, sauf à démontrer l'existence d'une faute lourde de la part de celui-ci¹⁵².

.A.3. L'indemnité forfaitaire équivalente à trois mois de salaire

Le salarié étranger employé sans titre de travail a droit, en sus de ce qui précède, au versement d'une indemnité forfaitaire équivalente à trois mois de salaire, en application de l'article L.8252-2 2° du code du travail.

Cette indemnité forfaitaire n'est pas due et elle est remplacée, si la solution est plus favorable compte tenu de l'ancienneté du salarié, par l'indemnité compensatrice de préavis et par l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement¹⁵³.

Si le salarié étranger employé sans titre de travail est également un salarié dissimulé, l'indemnité forfaitaire de trois mois est remplacée par l'indemnité forfaitaire équivalente à six mois de salaire prévue par l'article L.8223-1 du code du travail.

L'indemnité forfaitaire est due quelle que soit la durée de l'emploi ou le nombre d'heures de travail accomplies. L'indemnité est versée quelles que soient les modalités de son emploi, y compris lorsqu'il est employé sous un faux statut de bénévole, de stagiaire, de travailleur indépendant ou de salarié détaché a priori dispensé d'autorisation de travail en raison de sa nationalité.

L'indemnité est due, quelles que soient les modalités de la rupture de son contrat de travail, à l'initiative de son employeur ou à son initiative.

L'indemnité forfaitaire est acquise au salarié étranger dès lors que la lettre de licenciement invoque comme motif de la rupture du contrat de travail sa situation irrégulière, même si l'employeur ignorait au moment de l'embauche que le titre de travail présenté était un faux document¹⁵⁴.

L'indemnité forfaitaire n'est pas due lorsque le salarié est licencié pour faute grave pour avoir présenté des faux papiers¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Cf. article L.5411-4 du code du travail.

¹⁵¹ CE n° 74346 du 13 avril 1988 INFORMATIS ; Cass. soc. n° 08-40923 du 5 novembre 2009 MEDIAPOST.

¹⁵² Cass. soc. n° 11-23920 du 13 février 2013 SOCIETE CYNOPHILE.

¹⁵³ Cass. soc. n° 08-42100 du 8 décembre 2009 L'AUDACIEUSE.

¹⁵⁴ Cass. soc. n° 07-40434 du 26 juin 2008 SOCIETE EUROPEENNE DE DESOSSAGE KOENING.

¹⁵⁵ Cass. soc. n° 12-19214 du 18 février 2014 HOTEL CONCORDE OPERA PARIS.

On peut considérer que l'indemnité forfaitaire n'est pas soumise à cotisations sociales, par analogie avec la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation relative à l'indemnité forfaitaire de six mois pour travail dissimulé; le montant versé au salarié correspond au montant du salaire brut. De même, par la même analogie, on peut considérer que la prescription de l'action en paiement de l'indemnité forfaitaire de trois mois devant le conseil de prud'hommes est de trente ans¹⁵⁶, sous réserve désormais de l'application des dispositions de l'article 2224 du code civil qui fixe, depuis 2008, à cinq ans la prescription de toute action civile en paiement.

L'indemnité forfaitaire s'ajoute aux dommages et intérêts versés en raison du préjudice particulier subi par le salarié en raison de son emploi illégal.

Contrairement à l'obtention de l'indemnité forfaitaire équivalente à six mois de salaire pour le salarié dissimulé, le versement de l'indemnité forfaitaire équivalente à trois mois de salaire par l'employeur n'est pas conditionné par la preuve de l'emploi intentionnel du salarié étranger sans titre de travail.

.B. La protection sociale du salarié étranger employé sans titre de travail

La protection sociale du salarié étranger employé sans titre de travail est limitée et moins étendue que celle du salarié dissimulé.

La protection sociale de droit commun lui est refusée, à l'exception notable cependant de la protection sociale en matière d'accident ou de maladie professionnelle.

.B.1. La protection sociale de droit commun, notamment au titre de l'assurance maladie, lui est refusée en application des dispositions inscrites dans le code de la sécurité sociale. En effet, les articles L.115-1 et suivants et D.115-1 et suivants du code de la sécurité sociale énumèrent les titres de séjour et/ou de travail dont doit disposer un ressortissant étranger pour bénéficier des prestations sociales. En règle générale, un salarié étranger employé sans titre de travail ne dispose pas de titre de séjour, ce qui explique l'absence d'ouverture de droits.

L'exclusion de la protection sociale de droit commun vaut même si le salarié étranger a reçu des bulletins de paie et que son employeur a versé ses cotisations aux organismes de protection sociale

Par dérogation à cette règle, le salarié étranger employé sans titre de travail (et de séjour) bénéficie cependant de l'aide médicale d'Etat (AME), en application des articles L.251-1 et suivants du code de l'action sociale et des familles. Mais cette prise en charge est sans lien avec sa qualité de salarié.

.B.2. Le salarié étranger employé sans titre de travail est couvert par la législation en matière d'accident du travail, à l'identique de tout autre salarié. Il bénéficie des prestations en nature (hospitalisation, soins, rééducation, prescriptions médicales) et des prestations en espèces (indemnités journalières, rente, capital). Il peut assigner son employeur en faute inexcusable devant le tribunal des affaires de sécurité sociale.

¹⁵⁶ Cass. soc. n° 04-42208 du 10 mai 2006.

Bien entendu, cette protection n'est actionnée que si l'accident du travail est déclaré à la sécurité sociale (CPAM, MSA, CGSS, ENIM...).

L'employeur a l'obligation de déclarer l'accident du travail à la sécurité sociale le jour de sa survenance ou, au plus tard, dans les 24 heures (article L.441-2 du code de la sécurité sociale) ou dans les 48 heures (article L.751-26 du code rural), mais cette déclaration n'est pas effectuée par l'employeur si le salarié est un étranger employé sans titre de travail.

A défaut, le salarié étranger victime de l'accident du travail, ou ses représentants ou ayants-droit, dispose d'un délai de 2 ans pour le déclarer à la sécurité sociale, en application de l'article L.441-2 du code de la sécurité sociale.

Ne pas déclarer un accident du travail ne présente aucun intérêt pour un salarié étranger employé sans titre de travail, surtout si cet accident a causé son licenciement de fait, ou si cet accident est grave ou a provoqué le décès du salarié. Le salarié ou ses ayants-droit ne trouvent donc que des avantages à déclarer eux même, et par précaution pour préserver leurs droits, cet accident.

Déclarer l'accident du travail peut permettre également au salarié étranger de régulariser sa situation administrative. Le salarié étranger employé sans titre de travail et victime d'un accident du travail obtient de plein droit une carte de séjour temporaire mention vie privée et familiale (VPF), en application de l'article L.313-11 9° du CESEDA, lorsqu'à la suite de cet accident du travail il perçoit une rente d'invalidité pour un taux d'incapacité permanente égal ou supérieur à 20%. La carte de séjour temporaire VPF l'autorise à exercer toute activité professionnelle de son choix. S'il séjourne en France de façon régulière, il reçoit de plein droit une carte de résident.

.B.3. Le salarié étranger employé sans titre de travail est couvert par la législation en matière de maladie professionnelle, à l'identique de tout autre salarié.

Il bénéficie des prestations en nature (hospitalisation, soins, rééducation, prescriptions médicales) et des prestations en espèces (indemnités journalières, rente, capital). Il peut assigner son employeur en faute inexcusable devant le tribunal des affaires de sécurité sociale.

Bien entendu, cette protection n'est actionnée que si le caractère professionnel de sa maladie est reconnu.

Il appartient au salarié victime d'initier les démarches pour faire reconnaître une maladie professionnelle. Le salarié adresse une déclaration¹⁵⁷ à la caisse compétente (CPAM, MSA, CGSS, ENIM...), accompagné d'un certificat du médecin traitant et d'une attestation de salaire remise par l'employeur¹⁵⁸. Le dépôt de ce dossier déclenche une enquête de la caisse qui décide si la maladie revêt ou non un caractère professionnel.

Le dépôt du dossier auprès de la caisse s'effectue dans un délai de 2 ans à compter de la cessation de l'activité exposant au risque ou de la date à laquelle le salarié est informé du lien possible entre sa maladie et son activité professionnelle.

¹⁵⁷ Imprimé S6100b.

¹⁵⁸ Pour davantage de précisions sur la procédure, voir le site de l'assurance maladie ameli.fr.

Pour le salarié étranger employé sans titre de travail, le risque est que son employeur refuse de remplir l'attestation de salaire, ce qui ne doit pas le dissuader de déposer un dossier incomplet, qui sauvegardera ses droits.

Ne pas déclarer une maladie professionnelle ne présente aucun intérêt pour un salarié étranger employé sans titre de travail, surtout si cette maladie a des conséquences graves sur sa santé. Le salarié ou ses ayants-droit ne trouvent donc que des avantages à déclarer eux même, et par précaution pour préserver leurs droits, cette maladie professionnelle.

Déclarer la maladie professionnelle peut permettre également au salarié étranger de régulariser sa situation administrative. Le salarié étranger employé sans titre de travail et victime d'une maladie professionnelle obtient de plein droit une carte de séjour temporaire mention vie privée et familiale (VPF), en application de l'article L.313-11 9° du CESEDA, lorsqu'à la suite de cette maladie professionnelle il perçoit une rente d'invalidité pour un taux d'incapacité permanente égal ou supérieur à 20%. La carte de séjour VPF l'autorise à exercer toute activité professionnelle de son choix. S'il séjourne en France de façon régulière, il reçoit de plein droit une carte de résident.

Nota

En application de l'article L.471-1 du code de la sécurité sociale et de l'article L.751-37 du code rural, la CPAM ou la caisse de MSA dispose d'une action récursoire contre l'employeur du salarié étranger employé de façon irrégulière (et de surcroît dissimulé) pour se faire rembourser la totalité du coût de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle, ce qui peut représenter des sommes considérables et donc dissuasives.

.II.3. Les droits du salarié victime du dumping social

En application des lois Savary et Macron, peut être ainsi considéré comme victime du dumping social le salarié, en emploi direct par une entreprise établie en France ou détaché en France par une entreprise établie à l'étranger, qui :

- soit perçoit un salaire inférieur au Smic ou aux rémunérations conventionnelles (étendues ?¹⁵⁹), en application de l'article L.1262-4-3 du code du travail (salarié détaché uniquement, par une lecture *a contrario* de l'article R.1263-15 du code du travail),

- soit perçoit un salaire inférieur au Smic ou aux rémunérations conventionnelles (étendues ?¹⁶⁰), en application de l'article L.3245-2 du code du travail (salarié en emploi direct uniquement, par une lecture *a contrario* de l'article R.1263-15 du code du travail),

- soit ne perçoit pas la totalité du Smic ou des minima conventionnels, en application des articles L.1262-4-3 et L.3245-2 du code du travail (tout salarié détaché ou tout salarié en

¹⁵⁹ Interrogation, car il existe une différence rédactionnelle entre ces deux articles du code du travail qui visent tous les salaires conventionnels, étendus ou non, et l'article R.1261-2 qui exclut les dispositions conventionnelles non étendues du champ de la législation du travail applicable aux entreprises étrangères.

¹⁶⁰ Idem.

emploi direct). A ce propos, on peut s'interroger sur ce que signifie concrètement *le non paiement partiel du Smic ou des minima conventionnels*.

- soit est hébergé dans des conditions indignes, en application de l'article L.4231-1 du code du travail (tout salarié en emploi direct ou tout salarié détaché).

Les droits du salarié victime du dumping social sont différents selon ses autres conditions d'emploi.

Nota

A ces dispositions, s'ajoute l'article L.1263-3 du code du travail qui permet au Direccte, sur un rapport d'un agent de l'inspection du travail, de suspendre temporairement l'activité d'une entreprise étrangère qui ne verse pas le Smic ou les minima conventionnels étendus¹⁶¹ à un salarié qu'elle détache en France, malgré la demande de régularisation de l'inspection du travail..

Il s'agit d'une procédure administrative qui n'a pas de lien ou d'incidence juridique avec la valorisation des droits du salarié détaché.

En effet, si son employeur n'obtempère pas ou quitte le territoire français, le recours du salarié détaché reste l'assignation de son employeur devant le conseil de prud'hommes. Assignation qu'il peut ou qu'il pouvait mettre en œuvre sans l'intervention du Direccte dans le cadre de l'article L.1263-3.

.A. Le salarié victime à la fois du dumping social et de la dissimulation de son emploi

Ce salarié a le droit d'obtenir tous les rappels de rémunération qui lui sont dus ; mais il bénéficie également des droits attachés à la dissimulation de son emploi qui lui offre des perspectives de valorisation de ces droits sociaux plus intéressantes.

Exemple : un salarié payé au SMIC est victime de la dissimulation d'une partie de ses heures de travail et donc du non paiement de ces heures de travail ; il s'agit à la fois de dumping social au sens de l'article L.3245-2 du code du travail, mais principalement de travail dissimulé au sens de l'article L.8221-5 2° et 3° du code du travail.

Exemple : un salarié, employé sous un prétendu statut de détaché, est payé en dessous du SMIC ; il s'agit à la fois de dumping social au sens de l'article L.1262-4-3 du code du travail, mais principalement de travail dissimulé au sens de l'article L.8221-5 du code du travail.

Les droits que tient le salarié en raison de la dissimulation de son emploi sont donc bien plus conséquents que ceux prévus par les lois Savary et Macron qui lui sont, dans ce cas, sans effet utile ; ce qui se confirme par les modalités de mises en œuvre de ces droits (**voir infra p.70**).

¹⁶¹ Les minima conventionnels étendus, oubliés par la loi Macron, ont été ajoutés par la loi Travail.

.B. Le salarié de nationalité étrangère est victime du dumping social et est employé sans titre de travail

Ce salarié a le droit d'obtenir tous les rappels de rémunération qui lui sont dus ; mais il bénéficie également des droits attachés à sa qualité de ressortissant étranger employé sans titre de travail qui lui offre des perspectives de valorisation de ces droits sociaux plus intéressantes.

Exemple : un salarié étranger employé sans titre de travail est payé en dessous du SMIC : il s'agit à la fois de dumping social au sens de l'article L.3245-2 du code du travail, mais aussi d'emploi d'un salarié étranger au sens des articles L.8252-1 et L.8252-2 du code du travail.

Les droits que tient le salarié en raison de son emploi sans titre de travail sont bien plus conséquents que ceux prévus par les lois Savary et Macron qui lui sont, dans ce cas, sans effet utile ; ce qui se confirme par les modalités de mises en œuvre de ces droits (**voir infra p.90**).

.C. Le salarié est uniquement victime du dumping social

Le salarié uniquement victime du dumping social, pour faire valoir ses droits sociaux en cette qualité, est :

- soit tout salarié, en emploi direct ou détaché, qui se trouve dans la situation qui lui permet de bénéficier des dispositions de l'article L.1262-4-3 ou de l'article L.3245-2 du code du travail ; mais ce salarié victime du dumping social dans ces conditions est très souvent juridiquement dissimulé et n'a donc aucun intérêt à utiliser ces deux dispositions du code du travail ; le même raisonnement vaut pour un salarié étranger employé sans titre de travail. De ce fait, l'apport des lois Savary et Macron est à sensiblement relativiser.

Le salarié relevant des articles L.1262-4-3 ou L.3245-2 du code du travail peut demander soit le bénéfice du SMIC ou des minima conventionnels (étendus ?¹⁶²) lorsqu'il est payé en dessous de ces normes, soit des rappels de salaire.

- soit tout salarié, en emploi direct ou détaché, sans distinction de nationalité, hébergé dans des conditions indignes, c'est-à-dire un salarié en emploi direct (un salarié saisonnier dans la restauration, dans l'agriculture ou dans la confection...) ou en situation de détachement sur le territoire français. Ce salarié a le droit d'être relogé dans des conditions compatibles avec la dignité humaine.

Nota

La loi Travail a introduit dans le code du travail deux droits à l'information du salarié détaché sur la réglementation qui lui est applicable lorsqu'il travaille sur le territoire français dans le secteur du BTP et du génie civil; le salarié détaché dans les autres secteurs d'activité ne bénéficie pas de ce double droit à l'information.

¹⁶² Interrogation, car il existe une différence rédactionnelle entre ces deux articles du code du travail qui visent tous les salaires conventionnels, étendus ou non, et l'article R.1261-2 qui exclut les dispositions conventionnelles non étendues du champ de la législation du travail applicable aux entreprises étrangères.

.1) L'article L.1262-4-5 du code du travail impose au maître d'ouvrage¹⁶³ de porter à la connaissance du salarié détaché, par voie d'affichage, les informations relatives à la réglementation dont il bénéficie en France ; l'affiche est facilement accessible et traduite dans l'une des langues officielles parlées dans chacun des Etats d'appartenance des salariés détachés.

Le défaut d'affichage est passible de l'amende administrative prévue par l'article L.1264-3 du code du travail¹⁶⁴.

.2) L'article L.8291-1 du code du travail est complété par un alinéa qui précise que le salarié détaché reçoit avec la carte d'identification professionnelle un document, rédigé dans une langue qu'il comprend, qui l'informe de la réglementation qui lui est applicable sur le territoire français.

Un décret à venir va détailler les modalités de ce double droit à l'information du salarié détaché dans le BTP et le génie civil.

.D. Le salarié est hébergé de façon collective dans des conditions indignes

Le salarié hébergé de façon collective dans des conditions incompatibles avec la dignité humaine est en droit de bénéficier d'un logement normal et conforme aux règles qui régissent l'hébergement de personnes, dès lors que son logement a fait d'un contrôle par un agent habilité en matière de travail dissimulé.

Dans le cadre de ce contrôle, l'agent habilité peut directement demander à son hébergeur de lui assurer un hébergement correct, quel que soit la qualité de son hébergeur (employeur ou tout tiers). L'agent habilité peut également, en application de l'article L.4231-1 du code du travail, s'adresser immédiatement également au donneur d'ordre de son employeur ou au maître d'ouvrage pour faire cesser cet hébergement indigne ou, à défaut, prendre en charge lui-même le logement du salarié.

La prise en charge obligatoire de l'hébergement du salarié par le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage constitue une amélioration sensible de la situation du salarié.

Cette prise en charge obligatoire par le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage vaut pour tout salarié, en emploi direct ou détaché en France, et quel que soit la qualité de son hébergeur ; cette prise en charge n'est pas limitée au seul cas où son hébergement indigne est du fait de son employeur.

L'hébergement indigne doit être collectif, c'est à dire concerner plusieurs salariés, dans les mêmes locaux ou sur le même lieu (ex, un camping de fortune en plein air).

Selon la Cour de cassation¹⁶⁵, l'article 225-14 du code pénal, qui crée l'infraction d'hébergement indigne, ne subordonne pas la caractérisation de l'indignité desdites conditions d'hébergement à la preuve de la violation d'une norme d'hygiène ou de sécurité

¹⁶³ Uniquement sur les grands chantiers visés à l'article L.4532-10 du code du travail, avec création CISSCT.

¹⁶⁴ Au plus 2 000 euros par salarié détaché, dans la limite de 500 000 euros.

¹⁶⁵ Cass. crim. n° 14-80041 du 22 juin 2016 ABL.

imposée par une disposition légale ou réglementaire spéciale ; un logement indécent, en raison de ses caractéristiques propres et objectives, est donc susceptible de relever du champ de l'article 225-14 du code pénal, avec toutes les conséquences de droit qui en résultent au regard de la lutte contre le dumping social.

Nota

Le fait pour un salarié d'être victime d'abus de vulnérabilité, de conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine, de travail forcé ou de traite des êtres humains ne lui ouvre pas des droits sociaux particuliers supplémentaires, différents de ceux qui concernent un salarié dissimulé, un salarié étranger employé sans titre de travail ou un salarié victime de dumping social.

Le salarié victime de tels faits à la faculté bien entendu de porter plainte et de se constituer partie civile, si une procédure pénale est engagée contre l'auteur ou les auteurs de ces faits.

Lorsque le salarié victime de la traite des êtres humains¹⁶⁶ est un ressortissant étranger en situation irrégulière sur le territoire français, et sous réserve qu'il porte plainte ou qu'il vienne témoigner, il obtient, en application de l'article L.316-1 du CESEDA, et pour la durée de la procédure, la carte de séjour temporaire mention vie privé et familiale (VPF) qui l'autorise à exercer toute activité professionnelle de son choix sur le territoire français.

Si la personne mise en cause est condamnée, le salarié obtient de plein droit la carte de résident.

.III. La mise en œuvre des droits du salarié victime

Le salarié victime du travail illégal ou du dumping social dispose de plusieurs procédures pour faire reconnaître et valoriser ses droits, tels qu'ils résultent de la législation du travail, de la protection sociale ou de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Le choix essentiel dans la défense de ses droits que doit faire le salarié est de savoir s'il agit en qualité de salarié dissimulé ou en qualité de salarié étranger employé sans titre de travail, lorsqu'il est dépourvu de titre de travail, puisque le salarié étranger employé sans titre de travail est très souvent dissimulé par son employeur.

.III.1. La mise en œuvre des droits du salarié dissimulé

Avant d'engager une action judiciaire, quelle qu'elle soit, le salarié dissimulé a la faculté de s'adresser à l'inspection du travail du lieu de son emploi. La saisine de l'inspection du travail peut lui permettre d'obtenir plus rapidement la régularisation de sa situation, puisque la dissimulation de l'emploi d'un salarié constitue également un délit passible du tribunal correctionnel dont la perspective, à cause de la visite de l'agent de l'inspection du travail, peut conduire l'employeur à remettre sans délai le salarié dans ses droits.

¹⁶⁶ Article L.225-4-1 du code pénal.

Si cette démarche est vaine ou n'est pas effectuée, le salarié dissimulé dispose de la voie judiciaire.

.A. La reconnaissance des droits sociaux au titre de la législation du travail

.A.1. Quelle(s) juridiction(s) saisir ?

Le salarié dissimulé a le choix entre la voie civile (le conseil de prud'hommes) et la voie pénale. La voie civile et la voie pénale ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Elles peuvent se cumuler et s'articuler.

Le conseil de prud'hommes est la juridiction de droit commun pour examiner les litiges individuels nés de l'exécution du contrat de travail ; il a compétence pour examiner l'ensemble des demandes du salarié dissimulé en lien avec la législation du travail.

Il est compétent à ce titre pour juger d'une demande de requalification contractuelle d'un salarié dissimulé employé sous un prétendu statut de bénévole, de stagiaire ou de travailleur indépendant ou de salarié détaché.

Le donneur d'ordre qui recourt à un faux travailleur indépendant détaché ne saurait invoquer utilement à la fois sa qualité apparente de travailleur indépendant et de travailleur détaché pour récuser la compétence du conseil de prud'hommes. Le fait pour un salarié d'être employé sous un faux statut ne lui interdit pas de saisir le juge prud'homal.

En application de l'article L.3245-1 du code du travail, le salarié dispose d'un délai de trois ans pour réclamer le paiement des salaires qui lui sont dus¹⁶⁷. Cette prescription de trois ans ne s'applique pas aux autres demandes liées à la dissimulation de son emploi ; par exemple la demande de paiement de l'indemnité forfaitaire de six mois ou la demande en requalification de sa situation contractuelle.

Nota

Dans un arrêt de principe, la chambre sociale de la Cour de cassation confirme que le juge prud'homal français reste compétent à l'égard d'une demande introduite par un salarié détaché, même s'il est muni d'un certificat de détachement, pour constater que ce salarié ne relève pas de la catégorie des salariés détachés au sens du droit (du travail) européen¹⁶⁸.

La voie pénale semble a priori moins appropriée que la saisine du conseil de prud'hommes pour faire valoir les droits sociaux du salarié dissimulé. Elle présente cependant quelques avantages, dont l'accès au dossier pénal qui en résultera et qui peut nourrir ultérieurement une action prud'homale ou une action devant le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) ; elle permet également au salarié de fournir au juge pénal des informations et des documents attestant de la fraude à l'emploi.

¹⁶⁷ Sous réserve d'avoir dénoncé dans les 6 mois le reçu pour solde de tout compte éventuellement signé (article L.1234-20 du code du travail).

¹⁶⁸ Cass. soc. n° 13-27799 du 10 juin 2015 EASYJET.

La mobilisation de la voie pénale s'effectue soit :

- par un dépôt de plainte du salarié auprès du procureur de la République. Le salarié peut indiquer dans son dépôt de plainte qu'il souhaite se constituer partie civile si des poursuites sont engagées.

- par un dépôt de plainte du salarié entre les mains du juge d'instruction, avec constitution de partie civile, en application des articles 2 et 3 du code procédure pénale,

- par une constitution de partie civile dans le procès correctionnel, en application des articles 2 et 3 du code procédure pénale,

- par une citation directe devant le tribunal correctionnel.

La mobilisation de la voie pénale la plus usitée est celle de la constitution de la partie civile lors du procès correctionnel ; elle peut être individuelle ou collective, si plusieurs salariés sont victimes du même employeur (faux travailleurs indépendants, faux salariés détachés).

Dans un arrêt de principe¹⁶⁹, la chambre criminelle de la Cour de cassation précise que, si la législation sur le travail dissimulé a été édictée en vue de l'intérêt général, elle n'en tend pas moins à la protection des particuliers, qui peuvent, lorsque sa méconnaissance leur a causé un préjudice personnel et direct, en obtenir réparation devant la juridiction pénale.

Nota

*La constitution de partie civile du salarié dissimulé devant la juridiction répressive **est strictement limitée** à l'obtention des dommages et intérêts qui résultent du préjudice que lui cause la violation de la loi par son employeur. Il ne peut pas obtenir par cette voie des rappels de salaire ou d'indemnité ou le paiement de l'indemnité forfaitaire équivalent à six mois de salaire pour la dissimulation de son emploi ; il ne peut pas non plus obtenir le versement des cotisations sociales non versées sur son compte d'assuré social.*

Toutes les sommes dues en raison de l'exécution de son contrat de travail relèvent de la compétence exclusive du conseil de prud'hommes (Cass. crim. n° 11-81694 du 30 octobre 2012 Auchan) ; il en va de même pour la compétence exclusive du TASS pour le versement des cotisations sociales sur son compte personnel d'assuré social. Dans cette hypothèse, le salarié est tenu par le délai de prescription propre à chaque demande.

Rôle des organisations syndicales représentatives

L'article L.8223-4 du code du travail, issu de la loi Savary¹⁷⁰, reconnaît le droit aux organisations syndicales représentatives de saisir d'initiative le conseil de prud'hommes

¹⁶⁹ Cass. crim. n° 00-81526 du 6 février 2001 MOHSEN : un salarié étranger dissimulé et sans titre de travail, victime d'un accident du travail.

¹⁷⁰ Article 9 de la loi.

pour défendre les droits du salarié dissimulé, à condition que celui-ci, dûment informé, ne s'y soit pas opposé.

L'article D.8223-4 du code du travail précise les modalités de l'initiative des organisations syndicales représentatives.

L'initiative mentionnée à l'article L.8223-4 du code du travail se cumule avec le rôle de conseil et de représentation du salarié par les organisations syndicales devant le conseil de prud'hommes ; elle s'ajoute à la capacité des organisations syndicales de porter plainte au pénal et de se constituer elles mêmes partie civile au procès pénal.

Nota

La rédaction trop ciblée et restrictive de l'article L.8223-4 du code du travail ne permet pas aux organisations syndicales de saisir dans les mêmes conditions le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) pour faire valoir les droits du salarié dissimulé, notamment pour obtenir le versement de ses cotisations sociale éludées ou traiter les conséquences d'un accident du travail (non déclaré) ou d'une maladie professionnelle.

.A.2. Quelles personnes mettre en cause devant le conseil de prud'hommes?

Le salarié dissimulé met en cause son employeur officiel, ou celui qui peut être requalifié en employeur par le juge parce qu'il se trouve dans un lien de subordination juridique à son égard.

Il peut mettre également en cause le donneur d'ordre de son employeur ou le maître d'ouvrage, dans des conditions particulières précisées par le code du travail.

.A.2.1. La mise en cause de l'employeur

Il s'agit soit de l'employeur officiel, soit de celui qui exerce réellement la subordination juridique sur le salarié.

.A.2.1.1. La mise en cause de l'employeur officiel du salarié

Il s'agit de la procédure la plus fréquemment utilisée par le salarié dissimulé. Lorsque le salarié est totalement dissimulé, il peut cependant éprouver des difficultés à établir la preuve qu'il a bien travaillé pour le compte de cet employeur, quand celui-ci nie l'avoir employé. Le salarié a donc tout intérêt à conserver le maximum d'indices et de traces de son emploi, y compris par des témoignages de collègues de travail ou de clients ; il peut également se prendre ou se faire prendre en photo sur son lieu de travail. En tout état de cause, étant embauché sans contrat de travail écrit, il sera réputé avoir travaillé à temps plein¹⁷¹.

¹⁷¹ Cass. soc. n° 99-44316 du 12 mars 2002.

.A.2.1.2. La mise en cause de celui qui exerce la subordination juridique réelle

Selon la nature de la fraude à l'emploi dont il est l'objet, le salarié a la faculté de mettre en cause toute personne qui exerce à son égard la subordination juridique et qui n'a pas officiellement la qualité d'employeur à son égard et qui va sans doute la contester en cas de contentieux. Mettre en cause son véritable employeur requalifié présente des avantages pour le salarié : bénéficier d'un meilleur statut social et d'une meilleure protection sociale ; avoir un interlocuteur plus solvable ; faire face à la disparition de son employeur officiel et apparent.

Cette démarche de requalification vise les personnes suivantes :

.- lorsqu'il est mis à disposition, de façon licite ou illicite, il met en cause l'entité qui l'accueille, l'utilise et lui confie le travail à réaliser¹⁷². La mise en cause de cette entité en qualité d'employeur réel est possible même si son employeur apparent le fait travailler officiellement et lui délivre des bulletins de paie. Cette mise en cause concerne notamment la fausse sous-traitance, la violation de la législation sur le travail temporaire et la mobilité internationale intragroupe.

.- en qualité de faux bénévole, il met en cause la personne physique (fausse entraide agricole) ou l'entité (entreprise ou association) qui lui donne le travail à réaliser et qui en bénéficie,

.- en qualité de faux stagiaire, il met en cause l'entité qui l'accueille, l'utilise et lui confie le travail à réaliser. La convention de stage n'est pas opposable.

.- en qualité de faux travailleur indépendant, il met en cause son donneur d'ordre, c'est-à-dire l'entité qui lui confie le travail à réaliser et qui en bénéficie,

.- lorsque la présomption de salariat de l'artiste, du mannequin ou du bûcheron n'est pas respectée, il met en cause le producteur du spectacle vivant ou enregistré, l'utilisateur de sa prestation de mannequin ou celui qui lui a confié des travaux de forestage,

.- en qualité de faux salarié détaché sur le territoire français, il met en cause, selon la fraude utilisée :

- ⇒ soit l'établissement français du groupe international qui le fait travailler dans le cadre d'une mobilité internationale et dont son employeur officiel, établi à l'étranger, fait partie,
- ⇒ soit l'entreprise qui aurait dû créer un établissement en France en raison d'une activité stable et continue à laquelle il était affecté,
- ⇒ soit l'entreprise utilisatrice française qui le fait travailler dans le cas d'une fausse sous-traitance, d'une fraude au travail temporaire ou d'une autre mise à disposition illicite.

¹⁷² Cass. soc. n° 14-14811 du 23 mars 2016 CER/SNCF.

Nota

Le recours à la notion de co-emploi est-il opérationnel pour un salarié qui pourrait considérer être dissimulé par la seconde entreprise qui n'est pas son employeur officiel ?

La notion de co-emploi résulte initialement de l'arrêt de requalification de la chambre sociale de la Cour de cassation du 9 novembre 1978¹⁷³.

Elle ne nécessite pas, par définition, la démonstration d'un lien de subordination juridique avec l'entreprise co-employeur.

Ainsi, outre les cas où le salarié se trouve en état de subordination juridique à l'égard de deux employeurs, la chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît le co-emploi lorsqu'est caractérisée la confusion d'intérêts, d'activité et de direction entre l'employeur, partie au contrat de travail, et une autre entité juridiquement distincte qualifiée de co-employeur.

Le co-employeur, lorsqu'il est ainsi reconnu par le juge, doit assumer toutes les obligations lui incombant en sa qualité d'employeur.

La chambre sociale de la Cour de cassation fait une application assez restrictive de ces trois critères¹⁷⁴, ce qui fait du co-emploi une voie judiciaire étroite pour le salarié.

A ce jour, il n'existe pas de jurisprudence relative à une situation de co-emploi dans une affaire de travail dissimulé. Pour autant, une telle jurisprudence présenterait un intérêt certain pour le salarié dissimulé lorsque son employeur officiel est insolvable ou a disparu.

.A.2.2. La mise en cause du donneur d'ordre¹⁷⁵

Depuis la loi du 31 décembre 1991¹⁷⁶, le salarié dissimulé a la faculté de mettre en cause le donneur d'ordre cocontractant de son employeur, en application de l'article L.8222-2 du code du travail. Ce dispositif a été complété par la loi du 23 décembre 2013¹⁷⁷ qui concerne uniquement le donneur d'ordre personne morale de droit public, en application de l'article L.8222-6 du code du travail.

Ces deux mécanismes, appelés la solidarité financière, sont à la disposition du salarié dissimulé pour obtenir, sous conditions, du donneur d'ordre de son employeur le paiement de ses rémunérations et indemnités, ainsi que les cotisations sociales ; mais ils sont restés lettre morte, malgré leur pertinence et leur intérêt.

Les sommes dues par le donneur d'ordre au salarié dissimulé sont proratisées à la valeur des travaux réalisés par de son employeur pour le compte de ce client.

¹⁷³ Cass. soc. n° 77- 13723 du 9 novembre 1978 BOCQUET.

¹⁷⁴ Not. Cass. soc. n° 10-19776 du 24 juin 2014 GRES OCCITAN.

¹⁷⁵ Voir également la circulaire DILTI du 31 décembre 2005 relative à la solidarité financière.

¹⁷⁶ Loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991 renforçant la lutte contre le travail clandestin et la lutte contre l'organisation de l'entrée et du séjour irréguliers d'étrangers en France.

¹⁷⁷ Article 83 de la loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la sécurité sociale pour 2014.

Ces deux mécanismes obéissent à des conditions différentes de mise en œuvre. Lorsque le donneur d'ordre est une personne morale de droit public, le salarié a le choix entre les deux procédures.

.A.2.2.1. Le mécanisme prévu par l'article L.8222-2 du code du travail

Pour assigner le donneur d'ordre devant le conseil de prudhomme en application de cette disposition du code du travail, il faut, soit que le donneur d'ordre ait été condamné pour recours à du travail dissimulé pratiqué par son employeur, soit, qu'à la suite d'un contrôle, son employeur ait été verbalisé pour des faits de travail dissimulé et que son donneur d'ordre n'ait pas procédé à des vérifications préalables auprès de son employeur au moment de ce contrôle.

.- la condamnation pénale du donneur d'ordre pour recours à son employeur qui pratique du travail dissimulé permet au salarié qui en est victime de l'assigner de plein droit au conseil de prud'hommes, en application de l'article L.8222-2 du code du travail.

.- en l'absence de condamnation pénale du donneur d'ordre, quatre conditions sont à réunir pour permettre au salarié de faire jouer l'article L.8222-2 du code du travail. Il faut que :

- ⇒ son employeur soit contrôlé par un des agents de contrôle habilités mentionnés à l'article L.8271-1-2 du code du travail,
- ⇒ l'agent de contrôle verbalise son employeur pour des faits de travail dissimulé,
- ⇒ le contrat commercial ou le marché entre son employeur et son donneur d'ordre soit égal ou supérieur à 5 000 euros hors taxes,
- ⇒ le donneur d'ordre n'ait pas procédé à des vérifications initiale et périodiques auprès de son employeur¹⁷⁸.

Les conditions exigeantes posées par l'article L.8222-2 du code du travail rendent illusoire la mise en cause du donneur d'ordre par le salarié ; il est bien plus simple d'obtenir la requalification de son statut de faux stagiaire ou de faux travailleur. C'est pour cette raison que l'article L.8222-2 du code du travail n'a jamais prospéré auprès des salariés dissimulés¹⁷⁹.

En premier lieu, aucune publicité, aucune valorisation de cette disposition du code du travail n'a été faite en direction des salariés et des organisations syndicales.

En second lieu, attendre l'épilogue d'une procédure pénale contre le donneur d'ordre est peu compatible avec la valorisation rapide des droits du salarié dissimulé, à supposer que le salarié ait connaissance de cette procédure pénale et de son aboutissement.

En troisième lieu, le salarié dissimulé n'a accès à aucune des nombreuses informations qui lui sont nécessaires pour mettre en cause le donneur d'ordre ; les agents de contrôle sont tenus au secret professionnel et ne peuvent lui transmettre ni information, ni document. Il ne connaît nécessairement pas l'identité et l'adresse du ou des donneur(s) d'ordre son employeur.

¹⁷⁸ Voir infra p.253 et sq. en annexe le détail de ces vérifications.

¹⁷⁹ Pas de jurisprudence connue à ce jour, alors que le texte date de 1991.

En dernier lieu, la mise en cause du donneur d'ordre est verrouillée depuis 2004¹⁸⁰ par le préalable d'un contrôle et d'un procès verbal d'un agent habilité en matière de travail dissimulé, ce qui n'était pas le cas auparavant ; cette condition n'existait pas à l'origine de la loi en 1991. A supposer donc que le salarié dispose de toutes les informations permettant d'assigner le donneur d'ordre devant le conseil de prudhommes, il est bloqué dans son action judiciaire par l'absence d'un contrôle de son employeur par les services de l'Etat ou les services de recouvrement¹⁸¹. Il ne peut pas agir de sa propre initiative.

.A.2.2.2. Le mécanisme prévu par l'article L.8222-6 du code du travail

Ce mécanisme est réservé au cas où l'employeur du salarié dissimulé est une entreprise cocontractante d'un donneur d'ordre personne morale de droit public, et quel que soit le montant du marché¹⁸².

Pour permettre au salarié dissimulé d'assigner le donneur d'ordre personne morale de droit public devant le conseil de prudhomme en application de cette disposition du code du travail, il faut que :

- ⇒ son employeur soit contrôlé par l'un des agents de contrôle habilités mentionnés à l'article L.8271-1-2 du code du travail,
- ⇒ à la suite de ce contrôle, le donneur d'ordre ait reçu un courrier de la part de l'agent de contrôle habilité l'informant que son employeur pratique du travail dissimulé,
- ⇒ soit à réception du courrier lui signalant la situation de travail dissimulé, le donneur d'ordre n'ait pas écrit aussitôt à son employeur pour lui enjoindre de faire cesser sans délai la situation et n'ait pas informé l'agent de contrôle habilité des suites données par l'entreprise à son injonction,
- ⇒ soit le contrat se poursuit au-delà d'un délai de six mois suivant l'injonction du donneur d'ordre, et alors que la situation de travail dissimulé n'a pas cessé.

Il n'est pas nécessaire que soit établi un procès verbal constatant l'infraction de travail dissimulé.

Les conditions exigeantes posées par l'article L.8222-6 du code du travail rendent illusoire la mise en cause du donneur d'ordre personne morale de droit public par le salarié. C'est pour cette raison que l'article L.8222-6 du code du travail, tout comme l'article L.8222-2 du code du travail, n'a jamais prospéré auprès des salariés dissimulés¹⁸³.

En premier lieu, aucune publicité, aucune valorisation de cette disposition du code du travail n'a été faite en direction des salariés et des organisations syndicales.

En deuxième lieu, le salarié dissimulé est totalement dépendant d'un contrôle et des démarches effectuées par un agent de contrôle habilité en application de l'article L.8222-6 du code du travail pour mettre en cause le donneur d'ordre public; il est bloqué dans son

¹⁸⁰ Article 71 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie.

¹⁸¹ Voir infra p.275 et sq. en annexe les propositions pour rendre effectifs les droits du salarié dissimulé.

¹⁸² Le seuil de 5 000 euros n'existe pas.

¹⁸³ Pas de jurisprudence connue à ce jour, alors que le texte date de 1991.

action judiciaire par l'absence d'un contrôle de son employeur par les services de l'Etat ou les services de recouvrement¹⁸⁴. Il ne peut pas agir de sa propre initiative.

Enfin, le salarié dissimulé n'a accès à aucune des nombreuses informations qui lui sont nécessaires pour mettre en cause le donneur d'ordre public; les agents de contrôle sont tenus au secret professionnel et ne peuvent lui transmettre ni information, ni document relatifs au déroulement de la procédure qu'ils ont engagée.

.A.2.3. La mise en cause du maître d'ouvrage¹⁸⁵

Créée elle aussi par la loi du 31 décembre 1991¹⁸⁶, la mise en cause du maître d'ouvrage, prévue par les articles L.8222-2 et L.8222-5 du code du travail, par le salarié dissimulé est un dispositif juridique resté également lettre morte, malgré sa pertinence et son intérêt.

Le maître d'ouvrage est celui qui se trouve au sommet de la chaîne de sous-traitance; il prend l'initiative du processus économique et pour le compte duquel l'ouvrage est réalisé¹⁸⁷. Le maître d'ouvrage est destinataire final du travail réalisé et en assure la plupart du temps son financement.

.A.2.3.1 Il s'agit également d'un troisième mécanisme de solidarité financière qui permet, sous conditions, au salarié dissimulé de demander au maître d'ouvrage de lui payer, aux lieu et place de son employeur, les rémunérations et indemnités, ainsi que les cotisations sociales, dues à raison de son emploi dissimulé. Les sommes dues par le maître d'ouvrage sont proratisées à la valeur des travaux réalisés par son employeur pour le compte de celui-ci.

Le salarié dissimulé ne peut pas cependant assigner directement le maître d'ouvrage devant le conseil de prudhommes. Le maître d'ouvrage doit, soit avoir été condamné pénalement pour recours par personne interposée à du travail dissimulé, soit ne pas avoir obtenu, après signalement, la régularisation de la situation de l'employeur du salarié victime du travail dissimulé.

.- la condamnation pénale du maître d'ouvrage pour recours, par personne interposée, à l'employeur qui pratique du travail dissimulé permet au salarié qui en est victime de l'assigner de plein droit au conseil de prud'hommes, en application de l'article L.8222-2 du code du travail.

.- en l'absence de condamnation pénale, cinq conditions sont à réunir pour permettre au salarié de faire jouer les articles L.8222-2 et L.8222-5 du code du travail à l'égard du maître d'ouvrage. Il faut que :

⇒ le salarié connaisse l'identité et l'adresse du maître d'ouvrage,

¹⁸⁴ Voir infra p.275 et sq. en annexe les proposition pour rendre effectifs les droits du salarié dissimulé.

¹⁸⁵ Voir également la circulaire DILTI du 31 décembre 2005.

¹⁸⁶ Loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991 renforçant la lutte contre le travail clandestin et la lutte contre l'organisation de l'entrée et du séjour irréguliers d'étrangers en France.

¹⁸⁷ Voir également l'article 2 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

- ⇒ l'activité économique à laquelle contribue le salarié ait fait l'objet d'un contrôle par un agent habilité en matière de lutte contre le travail dissimulé
- ⇒ l'agent habilité ait décidé de faire application de l'article L.8222-5, d'informer le maître d'ouvrage que l'employeur de ce salarié pratique du travail dissimulé et de lui demander de faire cesser cette situation,
- ⇒ le maître d'ouvrage n'ait pas entrepris les diligences nécessaires pour faire cesser cette situation qui perdure après un second de l'agent habilité¹⁸⁸,
- ⇒ le salarié soit informé de tout ce qui précède pour en faire état devant le conseil de prud'hommes.

.A.2.3.2. Les conditions exigeantes posées par les articles L.8222-2 et L.8222-5 du code du travail rendent illusoire la mise en cause du maître d'ouvrage par le salarié. C'est pour cette raison que l'article L.8222-5 du code du travail n'a jamais prospéré auprès des salariés dissimulés¹⁸⁹.

En premier lieu, aucune publicité, aucune valorisation de cette disposition du code du travail n'a été faite en direction des salariés et des organisations syndicales.

En second lieu, attendre l'épilogue d'une procédure pénale contre le maître d'ouvrage est peu compatible avec la valorisation rapide des droits du salarié dissimulé, à supposer que le salarié ait connaissance de cette procédure pénale et de son aboutissement.

En troisième lieu, le salarié dissimulé est totalement dépendant d'un contrôle et des démarches effectuées par un agent de contrôle habilité en application de l'article L.8222-5 du code du travail pour mettre en cause le maître d'ouvrage ; il est bloqué dans son action judiciaire par l'absence d'un contrôle de son employeur par les services de l'Etat ou les services de recouvrement¹⁹⁰. Il ne peut pas agir de sa propre initiative.

Enfin, le salarié dissimulé n'a accès à aucune des nombreuses informations qui lui sont nécessaires pour mettre en cause le maître d'ouvrage; les agents de contrôle sont tenus au secret professionnel et ne peuvent lui transmettre ni information, ni document relatifs à la procédure qu'ils ont engagée. Il ne connaît nécessairement pas l'identité et l'adresse du maître d'ouvrage.

.A.3. Quelle(s) preuve(s) apporter au juge?

Selon les modalités de la fraude, le salarié dissimulé fournit au juge des éléments de fait différents pour faire reconnaître ses droits.

Il existe cependant un point commun aux différentes démarches possibles du salarié dissimulé qui concerne le versement de l'indemnité forfaitaire équivalente à six mois de salaire. La chambre sociale de la Cour de cassation considère que le salarié ne peut bénéficier de cette indemnité qu'à la condition de démontrer que l'employeur a volontairement dissimulé son emploi¹⁹¹. Mais pour autant, le salarié n'est pas tenu de

¹⁸⁸ Le maître d'ouvrage est également tenu par la solidarité financière s'il n'obtient pas la régularisation de la situation à la suite d'un signalement d'un syndicat, d'une organisation professionnelle ou d'une institution représentative du personnel (même article du code du travail).

¹⁸⁹ Pas de jurisprudence connue à ce jour, alors que le texte date de 1991.

¹⁹⁰ Voir infra p. 275 en annexe les proposition pour rendre effectifs les droits du salarié dissimulé.

¹⁹¹ Cass. soc. n° 06-44964 du 20 février 2008 AMBULANCES LES SAULES.

démontrer que son employeur a eu l'intention de frauder¹⁹². La distinction est à retenir car elle n'est pas anodine pour les droits du salarié.

S'agissant d'une somme à caractère indemnitaire, la prescription de l'action en paiement de l'indemnité forfaitaire devant le conseil de prud'hommes est de trente ans¹⁹³, sous réserve désormais de l'application des dispositions de l'article 2224 du code civil qui fixe, depuis 2008¹⁹⁴, à cinq ans la prescription de toute action civile en paiement.

La dissimulation d'emploi salarié est implicite pour le juge prud'homal dès lors que l'employeur a été condamné au pénal¹⁹⁵. Elle semble également implicite dès lors que les heures accomplies au-delà de la durée légale et connues de l'employeur n'ont pas rémunérées comme telles sur le bulletin de paie¹⁹⁶. Enfin, le juge précise que le caractère non intentionnel de la mention sur le bulletin de paie d'un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli ne peut se déduire du seul fait que l'employeur n'a pas cherché à dissimuler au salarié cette minoration¹⁹⁷.

.A.3.1. La dissimulation totale de l'emploi du salarié

Deux preuves sont à fournir au juge :

- la preuve, par tous moyens¹⁹⁸, de l'emploi pour le compte de l'employeur, quelle que soit sa durée,

- la preuve de l'absence intentionnelle de DPAE et /ou du bulletin de paie ; en application de l'article L.8223-2 du code du travail, le salarié peut questionner un agent de contrôle habilité (inspection du travail, Urssaf ou MSA notamment) pour savoir s'il a fait l'objet d'une DPAE.

Bien que ce soit un élément constitutif de la dissimulation de son emploi, le salarié ne pourra pas prouver que son employeur n'a pas versé les cotisations sociales, car les organismes de protection sociale considèrent que cette information est couverte par le secret professionnel et n'est pas communicable au salarié; il s'agirait de donner à « un tiers » des informations sur le compte d'un cotisant¹⁹⁹.

Au-delà de l'administration de ces deux preuves incontournables, d'autres preuves sont à produire devant le juge : pas de contrat de travail écrit, pas de certificat de travail, paiement en liquide, modalité, durée ou répétition de la dissimulation, plusieurs salariés concernés, refus de régularisation... Autant d'éléments supplémentaires pour attester du caractère intentionnel de la dissimulation de son emploi.

Lorsque l'employeur du salarié est lui-même dissimulé, c'est-à-dire qu'il n'est pas immatriculé au RCS, au RM ou qu'il n'est pas connu des services fiscaux ou qu'il est radié, le caractère intentionnel de la dissimulation de l'emploi du salarié ne souffre pas de difficulté.

¹⁹² Cass. soc. n° 14-17976 du 26 novembre 2015 EMMA.

¹⁹³ Cass. soc. n° 04-42208 du 10 mai 2006.

¹⁹⁴ Article 1 de la loi 2008-561 du 17 juillet 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

¹⁹⁵ Cass. soc. n° 13-25928 du 2 juillet 2015.

¹⁹⁶ Cass. soc. n° 09-65090 du 1^{er} mars 2011 DIGIT SUPERMARCHÉ.

¹⁹⁷ Cass. soc. n° 12-18483 du 31 octobre 2013 SECURITE FRANCHE COMTE.

¹⁹⁸ Notamment des photos prises par ses soins sur son lieu de travail.

¹⁹⁹ Position très pénalisante pour le salarié victime, qui justifie une modification législative.

.A.3.2. La dissimulation d'heures de travail du salarié

Selon les modalités de la dissimulation des heures de travail du salarié, les preuves, voire l'analyse juridique, devant le juge sont de nature différentes.

En dénominateur commun, le salarié apporte la preuve du nombre d'heures qu'il a accomplies dans le mois et des mentions erronées portées sur le bulletin de paie correspondant à ce mois de travail.

En application de l'article L.3171-4 du code du travail, la preuve des heures de travail accomplies ne repose pas uniquement sur la tête du salarié. Le juge forge sa conviction au regard des éléments de réponse fournis par l'employeur ; le salarié doit uniquement étayer sa demande²⁰⁰.

.A.3.2.1. La dissimulation d'heures de travail sous forme de primes

Le salarié apporte la preuve du nombre d'heures de travail accomplies dans le mois et qui ont été transformées en primes ; le juge statue dans le cadre de l'article L.3171-4 du code du travail.

Le fait que les heures de travail aient été payées sous forme de primes ne le dispense pas l'employeur de les payer sous la forme prévue par le code du travail, notamment aux taux majorés ; il ne peut pas non plus procéder à une compensation entre le montant des primes et le montant des heures dues²⁰¹.

Payer des heures de travail sous forme de primes caractérise la dissimulation d'emploi intentionnelle par sous déclaration d'heures de travail²⁰².

.A.3.2.2. La forfaitisation ou quantification a priori des heures de travail prévue par le code du travail et un accord collectif de travail

La chambre sociale de la Cour de cassation considère que cette forfaitisation ne dispense pas l'employeur de payer les heures de travail accomplies en dépassement.

Le salarié apporte la preuve du nombre d'heures de travail accomplies dans le mois ; le juge statue dans le cadre de l'article L.3171-4 du code du travail.

Le caractère intentionnel de la dissimulation d'heures de travail peut résulter des demandes de régularisation non satisfaites du salarié, des représentants du personnel ou d'un service de contrôle ou de recouvrement, voire de la non application de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation.

.A.3.2.3. La forfaitisation ou quantification a priori des heures de travail par décision unilatérale de l'employeur

La chambre sociale de la Cour de cassation considère que cette forfaitisation ne dispense pas l'employeur de payer les heures de travail accomplies en dépassement.

²⁰⁰ Not. Cass. soc. n° 11-22571 du 20 novembre 2012.

²⁰¹ Cass. soc. n° 09-65090 du 1^{er} mars 2011 DIGIT SUPERMARCHE.

²⁰² Même arrêt.

Le salarié apporte la preuve du nombre d'heures de travail accomplies dans le mois ; le juge statue dans le cadre de l'article L.3171-4 du code du travail.

Le caractère intentionnel de la dissimulation d'heures de travail peut résulter des demandes de régularisation non satisfaites du salarié, des représentants du personnel ou d'un service de contrôle ou de recouvrement, voire de la non application de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation.

.A.3.2.4. Les conventions de forfait prévues par le code du travail et l'accord collectif de travail

Le salarié est légitime à réclamer le paiement de toutes les heures de travail accomplies et qui sont donc dissimulées dès lors que les règles légales ou conventionnelles relatives aux conventions de forfait sont contournées.

En premier lieu, le salarié apporte la preuve du nombre d'heures qu'il a effectivement réalisées ; le juge apprécie dans le cadre de l'article L.3171-4 du code du travail.

En second lieu, le salarié apporte la preuve que la convention individuelle de forfait ne lui est pas opposable pour les raisons suivantes:

- l'employeur fait état d'une convention de forfait qu'il n'a pas signé ;

- il a signé une convention de forfait en heures sur une semaine ou un mois (article L.3121-38 du code du travail), mais il prouve qu'il a effectué des heures de travail au-delà de ce forfait.

- il a signé une convention de forfait en heures sur l'année (article L.3121-39 du code du travail), mais :

- ⇒ il n'est pas un cadre dont la nature des fonctions ne le conduit pas à suivre l'horaire collectif de travail, ni un autre salarié non cadre qui dispose d'une réelle autonomie dans l'organisation de son emploi du temps,
- ⇒ la convention de forfait n'est pas prévue par la convention collective,
- ⇒ la convention collective ne respecte pas les conditions prévues par la loi,
- ⇒ la convention de forfait ne respecte pas les conditions fixées par la loi ou par la convention collective.

- il a signé une convention de forfait en jours sur l'année (article L.3121-39 du code du travail), mais :

- ⇒ il n'est pas un cadre autonome, ni un autre salarié dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui dispose d'une réelle autonomie dans l'organisation de son emploi du temps,
- ⇒ la convention de forfait n'est pas prévue par la convention collective,
- ⇒ la convention collective ne respecte pas les conditions prévues par la loi,
- ⇒ la convention de forfait ne respecte pas les conditions fixées par la loi ou par la convention collective.

La sanction est la nullité de la convention de forfait et le paiement de toutes les heures de travail²⁰³. Le paiement de l'indemnité forfaitaire équivalent à six mois de salaire n'est dû que si le caractère intentionnel de la dissimulation d'heures est établi, ce qui ne peut se déduire de la seule application d'une convention de forfait illicite²⁰⁴.

.A.3.2.5. La qualité induite de cadre dirigeant

Le salarié qui conteste sa qualité de cadre dirigeant pour obtenir notamment des rappels de salaire démontre, par tous moyens, que son emploi ne correspond pas à la définition mentionnée à l'article L.3111-2 du code du travail²⁰⁵, telle que précisée par l'arrêt du 22 juin 2016 de la chambre sociale de la Cour de cassation.

Si le juge fait droit à sa demande, il peut également lui accorder l'indemnité forfaitaire équivalente à six mois de salaire.

.A.3.3. La dissimulation de l'emploi du salarié sous un faux statut

La reconnaissance par le juge de l'emploi du salarié sous un faux statut entraîne les conséquences sociales les plus significatives et les plus intéressantes pour celui-ci, y compris en matière de protection sociale.

La preuve de l'existence d'un faux statut d'activité ou d'emploi consiste pour le salarié à démontrer que celui qui lui fournit du travail et qui bénéficie de son activité est son employeur parce qu'il est placé sous ses ordres et son autorité. Cette démonstration vaut pour tous les faux statuts, c'est-à-dire :

- le faux bénévolat ou la fausse entraide,
- le faux stage,

Nota

Le faux stagiaire bénéficie d'un droit à l'information passif.

En effet, l'article L.8223-1-1 du code du travail prévoit que l'inspecteur ou le contrôleur du travail doit l'informer lorsqu'il constate que celui-ci occupe un poste de travail en méconnaissance de l'article L.124-7 du code de l'éducation²⁰⁶ et en dépassement du nombre autorisé de stagiaires dans la structure d'accueil.

Le décret d'application de ce droit à l'information n'est pas pris à ce jour.

²⁰³ Cass. soc. n° 11-10491 du 27 juin 2012 FAUCHON.

²⁰⁴ Cass. soc. n° 14-16953 du 16 juin 2015 ALENTOURS.

²⁰⁵ Cass. soc. n° 14-10529 du 25 novembre 2015 BOUYGUES IMMOBILIER.

²⁰⁶ Article L.124-7. Aucune convention de stage ne peut être conclue pour exécuter une tâche régulière correspondant à un poste de travail permanent, pour faire face à un accroissement temporaire de l'activité de l'organisme d'accueil, pour occuper un emploi saisonnier ou pour remplacer un salarié ou un agent en cas d'absence ou de suspension de son contrat de travail.

- .- le faux travail indépendant,
- .- la fausse sous-traitance entre deux entreprises, y compris la fausse prestation de services internationale,
- .- la mise à disposition licite ou illicite entre deux entités,
- .- la mobilité internationale intragroupe.

Accessoirement, le salarié démontre que son employeur officiel et apparent n'est pas son véritable employeur, puisque celui-ci ne lui fournit pas de travail et ne bénéficie pas de son activité. Cette démonstration complémentaire vaut pour les opérations de fausse sous-traitance, les mises à disposition licites ou illicites et la mobilité internationale intragroupe.

Ces preuves s'administrent par tous moyens, et notamment par des écrits s'ils existent (plannings, notes de services...).

Parfois, ces preuves résultent implicitement du montage mis en place par les entreprises pour créer ce faux statut.

Par exemple : un groupe international dont le siège est à l'étranger, crée en France un établissement qui n'a aucun salarié. Cet établissement développe en France une activité qui nécessite l'emploi de 10 personnes. Ces 10 personnes lui sont prêtées par la maison mère du groupe, en indiquant qu'il s'agit de salariés détachés dans le cadre d'une mobilité intragroupe.

La requalification de ces salariés détachés en salariés de l'établissement français ne pose pas de difficulté puisque ces salariés reçoivent leur travail et leurs consignes de l'établissement français ; le travail qu'ils réalisent est au bénéfice de l'établissement français ; leur présence est indispensable au fonctionnement de l'établissement français.

Nota

Le fait pour une entreprise utilisatrice de faire travailler un salarié intérimaire d'une entreprise de travail temporaire en dehors des règles qui régissent le travail temporaire interdit à l'entreprise utilisatrice de se prévaloir de ces règles ; le salarié intérimaire mis à sa disposition de façon illicite et sous sa subordination devient son salarié de fait²⁰⁷.

Cette analyse est très peu utilisée par le salarié intérimaire pour faire valoir sa qualité de salarié de fait de l'entreprise utilisatrice.

Cette analyse trouve notamment à s'appliquer lorsque le salarié intérimaire est détaché de façon illégale en France par une entreprise de travail temporaire dans le cadre d'une opération de mise à disposition qui ne respecte les dispositions du code du travail sur le travail temporaire. L'utilisateur français devient son employeur de fait, avec toutes les conséquences de droit qui en résultent.

Très peu de recours à des entreprises de travail temporaire établies à l'étranger se font dans le respect des articles L.1251-1 et suivants du code du travail.

²⁰⁷ Not. Cass. soc. n° 12-11793 du 24 avril 2013 HELIO CORBEIL.

.A.3.4. La dissimulation de l'emploi du salarié en violation des présomptions de salariat

Le salarié est privé indûment du bénéfice de la présomption de salariat relative à l'artiste, au mannequin ou au bûcheron ou travailleur forestier parce qu'il est employé, soit en qualité de prétendu bénévole, soit en qualité de prétendu travailleur indépendant.

.A.3.4.1. La privation indue du statut d'artiste du spectacle vivant ou enregistré

⇒ L'artiste est employé indûment comme bénévole.

Pour être obtenir le bénéfice des articles L.7121-1 et suivants du code du travail, le salarié n'est pas tenu de démontrer l'existence d'une subordination juridique à l'égard du producteur de spectacle, puisque ce n'est pas une condition de l'application de la présomption de salariat.

Il doit attester qu'il a perçu une rémunération, mais cette rémunération peut être caractérisée uniquement par des avantages en nature : nourriture, hébergement, bons d'achat, remise d'objet ou de produit, offre d'avantages.

Si aucune rémunération n'est versée, la présomption de salariat est écartée, mais l'artiste est considéré comme un salarié, s'il prouve, selon le droit commun, l'existence d'une subordination juridique classique avec le producteur.

Nota

L'article 32 de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine crée un statut d'artiste amateur, qui n'est pas soumis à la présomption de salariat de l'article L.7121-3 du code du travail, dès lors qu'il pratique à titre non professionnel et qu'il n'en tire aucune rémunération²⁰⁸.

L'article 32 se substitue de fait au décret n° 53-1253 du 19 décembre 1953 relatif à l'organisation des spectacles amateurs et leurs rapports avec les entreprises de spectacles professionnelles.

La personne employée sous un statut d'artiste amateur qui souhaite bénéficier la présomption de salariat risque désormais de se voir opposer l'article 32 de la loi du 7 juillet 2016.

L'article 32 appelle cependant les remarques suivantes :

.- l'article L.7121-3 du code du travail mentionne déjà l'existence d'une rémunération pour faire application de la présomption de salariat ; l'apport de l'article 32 est (en principe) neutre.

.- hors présomption de salariat, la rémunération n'est pas un critère du salariat, mais la conséquence de celui-ci,

.- hors présomption de salariat, le critère du salariat reste la subordination juridique de droit commun ; et si la personne est subordonnée, elle exerce à titre professionnel.

²⁰⁸ L'article 32 répond à une demande très ancienne des organisateurs de festivals qui souhaitaient que certains artistes qu'ils produisent ne soient pas considérés comme des salariés, avec respect des minima de rémunération conventionnels et paiement des cotisations et contributions sociales.

Il n'est pas certain que l'article 32 apporte une contribution décisive pour permettre au juge du contrat de travail de distinguer entre amateur/bénévole et salarié dans le monde des spectacles vivants et enregistrés, puisque l'analyse juridique ne devient pas binaire (amateur ou présomption de salariat), mais reste ternaire (amateur, présomption de salariat ou salarié de droit commun avec subordination juridique avérée).

⇒ L'artiste est indûment employé comme travailleur indépendant.

S'il est établi en France, l'artiste démontre qu'il n'a ni la maîtrise artistique, ni la maîtrise économique, ni la maîtrise technique du ou des spectacles dans le(s)quel(s) il se produit ; il n'était pas tenu de s'inscrire au RCS.

S'il est établi dans un autre Etat de l'Union européenne ou dans un Etat de l'EEE, l'artiste atteste qu'il n'exerce pas ce métier à titre habituel en qualité de travailleur indépendant dans cet autre Etat et/ou qu'il n'a effectué aucune déclaration fiscale et sociale en France en qualité de prestataire de services.

.A.3.4.2. La privation induite du statut de mannequin

⇒ Le mannequin est employé indûment comme bénévole.

Pour être obtenir le bénéfice des articles L.7123-1 et suivants du code du travail, le salarié n'est pas tenu de démontrer l'existence d'une subordination juridique à l'égard de l'entité qui l'utilise, puisque ce n'est pas une condition de l'application de la présomption de salariat.

Il doit attester qu'il a perçu une rémunération, mais cette rémunération peut être caractérisée uniquement par des avantages en nature : nourriture, hébergement, bons d'achat, remise d'objet ou de produit, offre d'avantages.

Si aucune rémunération n'est versée, la présomption de salariat est écartée, mais le mannequin est considéré comme un salarié, s'il prouve, selon le droit commun, l'existence d'une subordination juridique classique avec l'entreprise qui l'utilise pour sa prestation.

⇒ Le mannequin est indûment employé comme travailleur indépendant.

S'il est établi en France, le mannequin fait état de la présomption de salariat qui est irréfutable.

S'il est établi dans un autre Etat de l'Union européenne ou dans un Etat de l'EEE, le mannequin atteste qu'il n'exerce pas ce métier à titre habituel en qualité de travailleur indépendant dans cet autre Etat et/ou qu'il n'a effectué aucune déclaration fiscale et sociale en France en qualité de prestataire de services.

A.3.4.3. La privation induite du statut de bûcheron ou travailleur forestier

⇒ Le bûcheron est employé indûment comme bénévole.

Pour être obtenir le bénéfice de l'article L.722-23 du code rural, le salarié n'est pas tenu de démontrer l'existence d'une subordination juridique à l'égard de l'entité qui l'utilise, puisque ce n'est pas une condition de l'application de la présomption de salariat. Il prouve par

ailleurs que son travail ne relève pas de l'entraide, au sens de l'article L.325-1 du code rural²⁰⁹.

Il doit attester qu'il a perçu une rémunération, mais cette rémunération peut être caractérisée uniquement par des avantages en nature : nourriture, hébergement, remise d'objet ou de produit.

Si aucune rémunération n'est versée, la présomption de salariat est écartée, mais le bûcheron est considéré comme un salarié, s'il prouve, selon le droit commun, l'existence d'une subordination juridique avec le bénéficiaire de son travail.

⇒ Le bûcheron est indûment employé comme travailleur indépendant.

S'il est établi en France ou à l'étranger, le bûcheron fait état de la présomption de salariat et du fait qu'il n'a pas bénéficié d'une décision administrative levant sa présomption de salariat et/ou qu'il n'a effectué aucune déclaration fiscale et sociale en France en qualité de prestataire de services.

.B. La reconnaissance des droits sociaux au titre de la protection sociale

Le salarié dissimulé subit essentiellement deux préjudices en lien avec sa protection sociale :

.- l'absence de déclaration ou de prise en charge de son accident du travail ou de sa maladie professionnelle,

.- l'absence de versement de cotisations sociales.

Le respect et la reconstitution de ses droits relèvent à titre principal de la compétence de la caisse de sécurité sociale compétente et du tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) ; mais la sollicitation des services de l'inspection du travail n'est pas dénuée d'intérêt.

.B.1. La déclaration et la reconnaissance de son accident du travail

.B.1.1. Le salarié dissimulé victime d'un accident du travail non déclaré par son employeur n'est pas démuné. Il dispose d'un délai de 2 ans pour le déclarer lui-même, ou ses représentants ou ayants-droit, à la caisse de sécurité sociale compétente dont il relève (CPAM, MSA, CGSS, ENIM...). En déclarant cet accident, il est pris en charge au titre de cette législation, si nécessaire après enquête de la caisse.

Au-delà de sa prise en charge au titre des accidents du travail, il peut faire valoir devant la caisse, puis devant le TASS, l'existence d'une faute inexcusable de l'employeur dans la survenance de l'accident.

.B.1.2. Il a également tout intérêt à en informer l'inspecteur du travail du lieu de l'accident du travail pour les raisons suivantes :

.-en application de l'article L.1226-13 du code du travail, son licenciement est nul ; il s'agit d'une disposition d'ordre public.

²⁰⁹ Voir infra p.213 7^{ème} Partie Jurisprudence. Voir également « La frontière entre l'activité professionnelle et le bénévolat ». Droit Ouvrier Avril 2013, du même auteur.

.- en application de l'article L.471-1 du code de la sécurité sociale, l'inspecteur du travail a la faculté de verbaliser l'employeur qui n'a pas déclaré un accident du travail. Lorsqu'il est un salarié détaché, l'inspecteur du travail peut transmettre un rapport au Direccte ou au Dieccte pour infliger une sanction administrative à son employeur, dans le cadre de l'article L.1262-4-4 du code du travail²¹⁰.

.- l'inspecteur du travail est compétent pour traiter les affaires de travail dissimulé,

.- sur la base de l'information communiquée par le salarié, l'inspecteur du travail diligente (en principe) une enquête qui permettra la régularisation de l'ensemble de sa situation administrative (délivrance de bulletin de paie, régularisation de sa rémunération, versement des cotisations sociales etc), au-delà de la seule omission de déclarer l'accident du travail,

.- l'intervention de l'inspecteur du travail aura pour effet de mettre un terme à la situation à l'origine de l'accident du travail,

.- l'enquête de l'inspecteur du travail peut mettre en évidence des éléments de nature à démontrer l'existence d'une faute inexcusable de l'employeur,

.- l'intervention de l'inspecteur du travail est de nature à le faire embaucher, ou si le salarié est employé sous un faux statut, l'enquête de l'inspecteur du travail pourra aider le salarié à obtenir la requalification de son statut et ainsi, par suite, sa prise en charge au titre des accidents du travail.

.B.1.3. Le salarié victime d'un accident du travail peut se constituer partie civile, sans demander l'allocation de dommages et intérêts, dans le cadre du procès pénal relatif aux manquements commis par son employeur, à l'origine de son accident.

Dans un arrêt de principe²¹¹, la chambre criminelle de la Cour de cassation précise en effet que, même dans le cas où la réparation du dommage échapperait à la compétence de la juridiction pénale, la personne qui, conformément à l'article 2 du code de procédure pénale, prétend avoir été lésée par un délit, est recevable à se constituer partie civile aux fins de faire établir l'existence de l'infraction et possède, par l'effet de sa constitution, tous les droits reconnus à la partie civile.

Par ailleurs, et en application de l'article L.452-5 du code de la sécurité sociale, si l'accident est dû à la faute intentionnelle de l'employeur ou de l'un de ses préposés, le salarié dissimulé ou ses ayants-droit conserve contre l'auteur de l'accident le droit de demander la réparation du préjudice causé, conformément aux règles du droit commun, dans la mesure où ce préjudice n'est pas réparé par la législation de sécurité sociale relative aux accidents du travail.

²¹⁰ Article issu de la loi Travail.

²¹¹ Cass. crim. n° 01-85219 du 30 avril 2002 MLGT : un salarié victime d'un accident du travail.

.B.2. La déclaration et la reconnaissance de sa maladie professionnelle

La déclaration d'une maladie professionnelle à la caisse de sécurité sociale compétente (CPAM, MSA, CGSS, ENIM...) est effectuée par le salarié qui se considère victime d'une telle affection²¹².

L'employeur du salarié dissimulé n'a pas d'obligation déclarative particulière et n'est pas défaillant, contrairement à une absence de déclaration d'accident du travail.

Le salarié a également tout intérêt à en informer l'inspecteur du travail du lieu de survenance de son affection et pour les mêmes raisons que celles relatives à un défaut de déclaration d'un accident du travail.

L'enquête de l'inspecteur du travail peut l'aider à conforter ses droits, tant au regard de la législation du travail qu'au regard de sa protection sociale.

Par exemple, si le salarié dissimulé est un travailleur saisonnier dans l'agriculture qui a été exposé à des produits phytosanitaires nocifs, sans protection particulière.

Le salarié victime d'une maladie professionnelle peut par ailleurs se constituer partie civile, sans demander l'allocation de dommages et intérêts, dans le cadre du procès pénal relatif aux manquements commis par son employeur et à l'origine de sa maladie professionnelle.

Dans un arrêt de principe²¹³, la chambre criminelle de la Cour de cassation précise en effet que, même dans le cas où la réparation du dommage échapperait à la compétence de la juridiction pénale, la personne qui, conformément à l'article 2 du code de procédure pénale, prétend avoir été lésée par un délit, est recevable à se constituer partie civile aux fins de faire établir l'existence de l'infraction et possède, par l'effet de sa constitution, tous les droits reconnus à la partie civile.

Par ailleurs, et en application de l'article L.452-5 du code de la sécurité sociale, si la maladie professionnelle est due à la faute intentionnelle de l'employeur ou de l'un de ses préposés, le salarié dissimulé ou ses ayants-droit conserve contre l'auteur de la maladie professionnelle le droit de demander la réparation du préjudice causé, conformément aux règles du droit commun, dans la mesure où ce préjudice n'est pas réparé par la législation de sécurité sociale relative aux maladies professionnelles.

.B.3. Le versement des cotisations sociales

.B.3.1. Lorsque le salarié dissimulé obtient satisfaction devant le conseil de prud'hommes, la remise de bulletins de paie qu'il n'a jamais obtenus, ou la remise de bulletins de paie complétés et rectifiés, entraîne en principe la régularisation du versement des cotisations sociales qui avaient été éludées par l'employeur, à la fois au régime de base et à la retraite complémentaire.

Pour s'en assurer, le salarié peut demander un relevé de situation individuelle interrégimes²¹⁴ auprès de la caisse nationale d'assurance vieillesse (CNAV) ou de la CARSAT,

²¹² Pour plus d'information, voir le site de l'assurance maladie ameli.fr

²¹³ Cass. crim. n° 01-85219 du 30 avril 2002 MLGT : un salarié victime d'un accident du travail.

²¹⁴ Le RSI mentionne la totalité des périodes de travail, tous régimes confondus, ayant donné à versement de cotisations sociales par les différents employeurs du salarié.

ou auprès de la caisse dont il relève en principe, même si son compte est crédité avec un certain décalage après la remise de ses bulletins de paie.

Si l'employeur n'a pas versé les cotisations sociales précomptées, le salarié saisit le TASS pour obtenir le versement de ce précompte indûment retenu ; la rétention de précompte constitue en outre une contravention de 5ème classe prévue par le code de la sécurité sociale.

.B.3.2. En fonction des modalités de la fraude, le salarié dissimulé qui travaille en France sous le statut indu de détaché peut assigner devant le TASS son employeur officiel ou requalifié, lorsqu'il est rattaché ou maintenu à tort à un autre régime de protection sociale français, via un certificat de détachement inapproprié. L'objet de cette assignation est d'obtenir la condamnation de son employeur à verser ses cotisations sociales au régime de base et à la caisse de retraite complémentaire.

Compte tenu de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)²¹⁵ et de la question préjudicielle posée le 6 novembre 2015 par la Cour de cassation²¹⁶ à la CJUE, la procédure engagée par le salarié risque de se heurter à de nombreuses difficultés et pour un résultat incertain.

Sauf revirement de cette jurisprudence de la CJUE, le salarié doit préalablement obtenir le retrait du certificat de détachement par l'institution de sécurité sociale de l'Etat qui l'a délivré ; cette procédure n'est pas soumise à un délai de réponse. Si l'institution de sécurité sociale refuse de le retirer, le TASS ne pourra pas condamner son employeur à payer les cotisations sociales en France.

Plusieurs motifs sont susceptibles d'être invoqués par le salarié pour obtenir le retrait de son certificat de détachement :

- il n'a pas travaillé dans l'Etat de l'institution qui a délivré le certificat de détachement,
- il ne travaille pas pour le compte de l'entreprise dont il est salarié dans l'Etat de l'institution qui a délivré le certificat de détachement,
- il travaille à titre principal, voire exclusif en France,
- il travaille en France en réalité sous la subordination juridique d'une autre entreprise établie en France au service de laquelle il a été accidenté.

La décision préalable de retrait du certificat de détachement par l'institution de sécurité sociale qui l'a délivré est très pénalisante pour le salarié victime d'un faux détachement car la décision de retrait n'obéit pas nécessairement aux mêmes critères juridiques que ceux utilisés par le juge français.

Quid, en effet, si l'institution de sécurité sociale refuse de retirer un certificat de détachement alors que la qualité de faux travailleur indépendant est avérée en France ? Le juge français peut-il considérer que la jurisprudence de la CJUE n'est pas opposable puisqu'il s'agit d'une relation de travail subordonnée et non pas d'un travailleur indépendant ?

²¹⁵ Not. CJUE C2/05 du 26 janvier 2006 HERBOSH KIERS.

²¹⁶ Cass. Ass. Plen. n° 13-25467 du 6 novembre 2015 A- ROSA.

.III.2. La mise en œuvre des droits du salarié étranger employé sans titre de travail

Nota

Dès lors que la très grande majorité des salariés employés sans titre de travail sont également des salariés dissimulés, le salarié étranger employé dans titre est fondé à faire valoir ses droits en faisant état exclusivement de sa qualité de salarié dissimulé.

Ce n'est que dans l'hypothèse où il ne fait pas état de cette qualité de salarié dissimulé (par ignorance ou par stratégie) que les développements qui suivent sont pertinents, par défaut.

Avant d'engager une action judiciaire, quelle qu'elle soit, le salarié étranger employé sans titre de travail a la faculté de s'adresser à l'inspection du travail du lieu de son emploi. La saisine de l'inspection du travail peut lui permettre d'obtenir plus rapidement la régularisation de sa situation, puisque l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail constitue également un délit passible du tribunal correctionnel dont la perspective, à cause de la visite de l'agent de l'inspection du travail, peut conduire l'employeur à remettre sans délai le salarié dans ses droits, voire à demander ou à appuyer sa régularisation administrative.

Si cette démarche est vaine ou n'est pas effectuée, le salarié étranger employé sans titre de travail dispose de la voie judiciaire.

Par ailleurs, l'article R.8252-1 du code du travail prévoit que le salarié étranger employé sans titre de travail dont l'employeur est contrôlé par un agent habilité se fait remettre par celui-ci un document l'informant de ses droits mentionnés à l'article R.8252-2; ce document est rédigé en sept langues pour lui être accessible et profitable²¹⁷.

.A. La reconnaissance des droits sociaux au titre de la législation du travail

.A.1. Quelle(s) juridiction(s) saisir ?

Le salarié étranger employé sans titre de travail a le choix entre la voie civile (le conseil de prud'hommes) et la voie pénale. La voie civile et la voie pénale ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Elles peuvent se cumuler et s'articuler.

Le conseil de prud'hommes est la juridiction de droit commun pour examiner les litiges individuels nés de l'exécution du contrat de travail, y compris lorsque le salarié est un étranger sans titre de travail et/ou de séjour; il a compétence pour examiner l'ensemble des demandes du salarié étranger en lien avec la législation du travail.

Il est compétent à ce titre pour juger d'une demande de requalification contractuelle d'un salarié étranger sans titre de travail employé sous un prétendu statut de bénévole, de stagiaire ou de travailleur indépendant.

Le donneur d'ordre qui recourt à un faux travailleur indépendant détaché de nationalité russe ne saurait invoquer utilement à la fois sa qualité apparente de travailleur indépendant

²¹⁷ Arrêté du 30 novembre 2011 du ministère chargé de l'immigration ; voir infra p. 251.

et de travailleur détaché pour récuser la compétence du conseil de prud'hommes. Le fait pour le salarié étranger d'être employé sans titre de travail sous un faux statut ne lui interdit pas de saisir le juge prud'homal.

En application de l'article L.3245-1 du code du travail, le salarié étranger employé sans titre de travail dispose d'un délai de trois ans pour réclamer le paiement des salaires qui lui sont dus²¹⁸. Cette prescription de trois ans ne s'applique pas aux autres demandes liées à l'irrégularité administrative de son emploi ou à la dissimulation de celui-ci sous un faux statut ; par exemple la demande de paiement de l'indemnité forfaitaire de trois mois (prescription de cinq ans en application de l'article L.2224 du code civil) ou la demande en requalification de sa situation contractuelle (prescription de droit commun de trente ans).

La voie pénale semble a priori moins appropriée que la saisine du conseil de prud'hommes pour faire valoir les droits sociaux du salarié étranger employé sans titre de travail. Elle présente cependant quelques avantages, dont l'accès au dossier pénal qui en résultera et qui peut nourrir ultérieurement une action prud'homale ou une action devant le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) ; elle permet également au salarié de fournir au juge pénal des informations et des documents attestant de la fraude à l'emploi, voire d'établir le délit d'abus de vulnérabilité ou de travail forcé.

La mobilisation de la voie pénale s'effectue soit :

- .- par un dépôt de plainte du salarié étranger employé sans titre de travail auprès du procureur de la République. Le salarié peut indiquer dans son dépôt de plainte qu'il souhaite se constituer partie civile si des poursuites sont engagées.
- .- par un dépôt de plainte du salarié entre les mains du juge d'instruction, avec constitution de partie civile, en application des articles 2 et 3 du code procédure pénale,
- .- par une constitution de partie civile dans le procès correctionnel, en application des articles 2 et 3 du code procédure pénale,
- .- par une citation directe devant le tribunal correctionnel.

La mobilisation de la voie pénale la plus usitée est celle de la constitution de la partie civile lors du procès correctionnel; elle peut être individuelle ou collective, si plusieurs salariés étrangers employés sans titre de travail sont victimes du même employeur.

Dans un arrêt de principe²¹⁹, la chambre criminelle de la Cour de cassation précise que le délit d'emploi d'étranger non muni d'une autorisation de travail salarié cause nécessairement un préjudice direct et personnel au travailleur étranger irrégulièrement employé.

A fortiori, si, de surcroît, ce salarié étranger est également un salarié dissimulé²²⁰.

²¹⁸ Sous réserve d'avoir dénoncé dans les 6 mois le reçu pour solde de tout compte éventuellement signé (article L.1234-20 du code du travail).

²¹⁹ Cass. crim. n° 11-85224 du 11 avril 2012 CHEIKH ABDELHAMID.

²²⁰ Cass. crim. n° 00-81526 du 6 février 2001 MOSHEN.

Nota

*La constitution de partie civile du salarié employé sans titre de travail devant la juridiction répressive **est strictement limitée** à l'obtention des dommages et intérêts qui résultent du préjudice que lui cause la violation de la loi par son employeur²²¹. Il ne peut pas obtenir par cette voie des rappels de salaire ou d'indemnité ou le paiement de l'indemnité forfaitaire équivalent à trois mois de salaire pour l'illégalité de son emploi.*

Toutes les sommes dues en raison de l'exécution de son contrat de travail relèvent de la compétence exclusive du conseil de prud'hommes (Cass. crim. n° 11-81694 du 30 octobre 2012 Auchan).

Rôle des organisations syndicales représentatives

L'article L.8223-4 du code du travail, issu de la loi Savary²²², et l'article L.8255-1 du code du travail, issu de la loi du 17 octobre 1981²²³, reconnaissent le droit aux organisations syndicales représentatives de saisir d'initiative le conseil de prud'hommes pour défendre les droits du salarié étranger employé sans titre de travail, à condition que celui-ci, dûment informé, ne s'y soit pas opposé.

L'article D.8223-4 du code du travail précise les modalités de l'initiative des organisations syndicales représentatives.

L'initiative mentionnée aux articles L.8223-4 et L.8255-1 du code du travail se cumule avec le rôle de conseil et de représentation du salarié par les organisations syndicales devant le conseil de prud'hommes ; elle s'ajoute à la capacité des organisations syndicales de porter plainte au pénal et de se constituer elles mêmes partie civile au procès pénal.

Nota

La rédaction trop ciblée et restrictive des articles L.8223-4 et L.8255-1 du code du travail ne permet pas aux organisations syndicales de saisir dans les mêmes conditions le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) pour faire valoir les droits du salarié étranger employé sans titre de travail, notamment pour traiter les conséquences d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

²²¹ Même arrêt.

²²² Article 9 de la loi.

²²³ Loi n° 81-941 du 17 octobre 1981 modifiant diverses dispositions du code du travail relatives à l'emploi d'étrangers en situation irrégulière.

.A.2. Quelles personnes mettre en cause devant le conseil de prud'hommes?

Le salarié étranger employé sans titre de travail met en cause son employeur officiel ou celui qui peut être requalifié en employeur par le juge, parce qu'il se trouve dans un lien de subordination juridique à son égard.

Il peut mettre également en cause le donneur d'ordre de son employeur ou le maître d'ouvrage, dans des conditions particulières précisées par le code du travail.

.A.2.1. La mise en cause de l'employeur

Il s'agit soit de l'employeur officiel, soit de celui qui exerce réellement la subordination juridique sur le salarié.

.A.2.1.1. La mise en cause de l'employeur officiel du salarié

Il s'agit de la procédure la plus fréquemment utilisée par le salarié étranger employé sans titre de travail. Le salarié étranger peut cependant éprouver de réelles difficultés à établir la preuve qu'il a bien travaillé pour le compte de cet employeur, quand celui-ci nie l'avoir employé. Le salarié a donc tout intérêt à conserver le maximum d'indices et de traces de son emploi, y compris par des témoignages de collègues de travail ou de clients ; il peut également se prendre ou se faire prendre en photo sur son lieu de travail. En tout état de cause, étant embauché sans contrat de travail écrit, il sera réputé avoir travaillé à durée indéterminée et à temps plein²²⁴.

.A.2.1.2. La mise en cause de celui qui exerce la subordination juridique réelle

Selon la nature de la fraude à l'emploi dont il est l'objet, le salarié étranger employé sans titre de travail a la faculté de mettre en cause toute personne qui exerce à son égard la subordination juridique et qui n'a pas officiellement la qualité d'employeur à son égard (et qui va sans doute la contester en cas de contentieux). Mettre en cause son véritable employeur requalifié présente des avantages pour le salarié : bénéficier d'une meilleure valorisation de ses droits sociaux ; avoir un interlocuteur plus solvable ; faire face à la disparition de son employeur officiel et apparent.

Cette démarche de requalification vise les personnes suivantes :

.- lorsqu'il est mis à disposition, de façon licite ou illicite, il met en cause l'entité qui l'accueille, l'utilise et lui confie le travail à réaliser²²⁵. Cette mise en cause concerne notamment la fausse sous-traitance, la violation de la législation sur le travail temporaire et la mobilité internationale intragroupe.

.- en qualité de faux bénévole, il met en cause la personne physique (fausse entraide agricole) ou l'entité (entreprise ou association) qui lui donne le travail à réaliser et qui en bénéficie,

.- en qualité de faux stagiaire, il met en cause l'entité qui l'accueille, l'utilise et lui confie le travail à réaliser. La convention de stage n'est pas opposable.

²²⁴ Cass. soc. n° 99-44316 du 12 mars 2002.

²²⁵ Cass. soc. n° 14-14811 du 23 mars 2016 CER/SNCF.

- en qualité de faux travailleur indépendant, il met en cause son donneur d'ordre, c'est-à-dire l'entité qui lui confie le travail à réaliser et qui en bénéficie,

- lorsque la présomption de salariat de l'artiste, du mannequin ou du bûcheron ou travailleur forestier n'est pas respectée, il met en cause le producteur du spectacle vivant ou enregistré, l'utilisateur de sa prestation de mannequin ou celui qui lui a confié des travaux de forestage.

- en qualité de faux salarié détaché sur le territoire français, il met en cause l'entreprise utilisatrice française qui le fait travailler dans le cas d'une fausse sous-traitance, d'une fraude au travail temporaire ou d'une autre mise à disposition illicite.

Nota

Le recours à la notion de co-emploi est-elle opérationnelle pour un salarié étranger sans titre de travail qui pourrait considérer être employé par la seconde entreprise qui n'est pas son employeur officiel ?

La notion de co-emploi résulte initialement de l'arrêt de requalification de la chambre sociale de la Cour de cassation du 9 novembre 1978²²⁶.

Elle ne nécessite pas la démonstration d'un lien de subordination juridique avec l'entreprise co-employeur.

Ainsi, outre les cas où le salarié se trouve en état de subordination juridique à l'égard de deux employeurs, la chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît le co-emploi lorsqu'est caractérisée la confusion d'intérêts, d'activité et de direction entre l'employeur, partie au contrat de travail, et une autre entité juridiquement distincte qualifiée de co-employeur.

Le co-employeur, lorsqu'il est ainsi reconnu par le juge, doit assumer toutes les obligations lui incombant en sa qualité d'employeur.

La chambre sociale de la Cour de cassation fait une application assez restrictive de ces trois critères²²⁷, ce qui fait du co-emploi une voie judiciaire étroite pour le salarié.

A ce jour, il n'existe pas de jurisprudence relative à une situation de co-emploi dans une affaire d'emploi de salarié étranger sans titre de travail. Pour autant, une telle jurisprudence présenterait un intérêt certain pour le salarié étranger lorsque son employeur officiel est insolvable ou a disparu.

.A.2.2. La mise en cause du donneur d'ordre

Créée par la loi du 11 mars 1997²²⁸, la mise en cause du donneur d'ordre cocontractant de son employeur, prévue par les articles L.8254-2 et L.8254-2-2 du code du travail, par le

²²⁶ Cass. soc. n° 77- 13723 du 9 novembre 1978 BOCQUET.

²²⁷ Not. Cass ; soc. n° 10-19776 du 24 juin 2014 GRES OCCITAN.

²²⁸ Loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal.

salarié étranger employé sans titre de travail est un dispositif juridique resté lettre morte, malgré sa pertinence et son intérêt.

.A.2.2.1 Ce dispositif juridique, appelé solidarité financière²²⁹, permet, sous conditions, au salarié étranger employé sans titre de travail de demander au donneur d'ordre de son employeur de lui payer, aux lieu et place de cet employeur, les rémunérations et indemnités ainsi que les cotisations sociales dues à raison de son emploi irrégulier. Les sommes dues par le donneur d'ordre sont proratisées à la valeur des travaux réalisés par l'employeur pour le compte de ce client.

Pour assigner le donneur d'ordre devant le conseil de prudhomme, il faut soit que le donneur d'ordre ait été condamné pour recours à son employeur qui le faisait travailler sans titre de travail, soit que ce donneur d'ordre n'ait pas procédé à des vérifications préalables auprès de son employeur.

.- la condamnation pénale du donneur d'ordre pour recours à son employeur qui le fait travailler sans titre de travail permet au salarié qui en est victime de l'assigner de plein droit au conseil de prud'hommes, en application de l'article L.8254-2-2 du code du travail.

.- en l'absence de condamnation pénale du donneur d'ordre, trois conditions sont à réunir afin que le salarié fasse jouer l'article L.8254-2 du code du travail. Il faut que :

- ⇒ le salarié connaisse l'identité et l'adresse du ou des donneur(s) d'ordre de son employeur,
- ⇒ le contrat commercial ou le marché entre son employeur et son donneur d'ordre soit égal ou supérieur à 5 000 euros hors taxes,
- ⇒ le donneur d'ordre n'ait pas procédé à une vérification initiale ou périodique auprès de son employeur²³⁰.

.A.2.2.2. Les conditions posées par l'article L.8254-2 du code du travail ne sont pas opérationnelles pour le salarié étranger employé sans titre de travail et rendent peu effective la mise en cause du donneur d'ordre de l'employeur par ce salarié. C'est pour cette raison que l'article L.8254-2 du code du travail n'a jamais prospéré auprès des salariés étrangers employés sans titre de travail²³¹.

En premier lieu, aucune publicité, aucune valorisation de cette disposition du code du travail n'a été faite en direction des salariés étrangers employés sans titre de travail²³², des organisations syndicales et des associations spécialisées dédiées à la défense de leurs intérêts.

En second lieu, attendre l'épilogue d'une procédure pénale contre le donneur d'ordre est peu compatible avec la valorisation rapide des droits du salarié étranger employé sans titre de travail, à supposer que le salarié ait connaissance de cette procédure pénale et de son aboutissement.

²²⁹ Par similitude avec celle existant en matière de travail dissimulé.

²³⁰ Voir infra p.261 et sq. en annexe les modalités de cette vérification.

²³¹ Pas de jurisprudence connue à ce jour, alors que le texte date de 1997.

²³² La notice d'information remise au salarié étranger sans titre de travail (voir annexe infra p.251) en fait état de façon très lapidaire.

Enfin, le salarié étranger employé sans titre de travail n'a accès à aucune des informations qui lui sont nécessaires pour mettre en cause le donneur d'ordre de son employeur; les agents de contrôle sont tenus au secret professionnel et ne peuvent lui transmettre ni information, ni document. Il ne connaît nécessairement pas l'identité et l'adresse du ou des donneur(s) d'ordre de son employeur.

.A.2.3. La mise en cause du maître d'ouvrage

La mise en cause du maître d'ouvrage, prévue par les articles L.8254-2-1 et L.8254-2-2 du code du travail, par le salarié étranger employé sans titre de travail est un dispositif juridique resté également lettre morte, malgré sa pertinence et son intérêt.

Le maître d'ouvrage est celui qui se trouve au sommet de la chaîne de sous-traitance; il prend l'initiative du processus économique et pour le compte duquel l'ouvrage est réalisé²³³. Le maître d'ouvrage est destinataire final du travail réalisé et en assure la plupart du temps son financement.

.A.2.3.1 Il s'agit d'un second mécanisme de solidarité financière qui permet, sous conditions, au salarié étranger employé sans titre de travail de demander au maître d'ouvrage de lui payer, aux lieu et place de son employeur, les rémunérations et indemnités ainsi que les cotisations sociales dues, à raison de son emploi irrégulier. Les sommes dues par le maître d'ouvrage sont proratisées à la valeur des travaux réalisés par l'employeur pour le compte de celui-ci.

Le salarié étranger employé sans titre de travail ne peut pas cependant assigner directement le maître d'ouvrage devant le conseil de prudhommes. Le maître d'ouvrage doit, soit avoir été condamné pénalement pour recours par personne interposée à son employeur qui le faisait travailler sans titre de travail, soit ne pas avoir obtenu, après signalement, la régularisation de la situation d'emploi du salarié étranger sans titre de travail.

.- la condamnation pénale du maître d'ouvrage pour recours, par personne interposée, à l'employeur du salarié étranger sans titre de travail permet à celui-ci de l'assigner de plein droit au conseil de prud'hommes, en application de l'article L.8254-2-2 du code du travail.

.- en l'absence de condamnation pénale, cinq conditions doivent être réunies afin que le salarié étranger fasse jouer l'article L.8254-2 du code du travail à l'égard du maître d'ouvrage. Il faut que :

- ⇒ le salarié connaisse l'identité et l'adresse du maître d'ouvrage,
- ⇒ l'activité économique à laquelle contribue le salarié ait fait l'objet d'un contrôle par un agent habilité en matière de lutte contre l'emploi de salarié étranger sans titre de travail,
- ⇒ l'agent habilité ait décidé de faire application de l'article L.8254-2-1, d'informer le maître d'ouvrage que l'employeur du salarié étranger le fait travailler sans titre de travail et de lui demander de faire cesser cette situation,

²³³ Voir également l'article 2 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

- ⇒ le maître d’ouvrage n’ait pas entrepris les diligences nécessaires pour faire cesser cette situation qui perdure²³⁴,
- ⇒ le salarié étranger soit informé de tout ce qui précède pour en faire état devant le conseil de prud’hommes.

.A.2.3.2. Les conditions posées par les articles L.8254-2-1 et L.8254-2-2 du code du travail rendent illusoire la mise en cause du maître d’ouvrage par le salarié étranger employé sans titre de travail. Ces dispositions du code du travail n’ont jamais prospéré auprès des salariés étrangers employés sans titre de travail²³⁵.

En premier lieu, aucune publicité, aucune valorisation de cette disposition du code du travail n’a été faite en direction des salariés, des organisations syndicales et des associations spécialisées dédiées à la défense de leurs intérêts.

En second lieu, attendre l’épilogue d’une procédure pénale contre le maître d’ouvrage est peu compatible avec la valorisation rapide des droits du salarié étranger employé sans titre de travail, à supposer que le salarié ait connaissance de cette procédure pénale et de son aboutissement.

En troisième lieu, le salarié étranger est totalement dépendant d’un contrôle et des démarches effectuées par un agent de contrôle habilité en application de l’article L.8254-2-1 du code du travail pour mettre en cause le maître d’ouvrage ; il est bloqué dans son action judiciaire par l’absence d’un contrôle de son employeur par les services de l’Etat ou les services de recouvrement ou l’absence d’information du maître d’ouvrage²³⁶. Il ne peut pas agir de sa propre initiative.

Enfin, le salarié étranger n’a accès à aucune des informations qui lui sont nécessaires pour mettre en cause le maître d’ouvrage; les agents de contrôle sont tenus au secret professionnel et ne peuvent lui transmettre ni information, ni document. Il ne connaît nécessairement pas l’identité et l’adresse du maître d’ouvrage.

Nota

Le recours du salarié étranger employé sans titre de travail contre le donneur d’ordre ou le maître d’ouvrage n’est pas possible, par nature, lorsqu’il travaille pour un particulier, sur un emploi domestique ou familial. Le salarié n’a comme seul recours son employeur.

.A.2.4. Le mécanisme particulier de l’article L.8252-4 du code du travail

Le mécanisme spécifique à certains salariés étrangers employés sans titre de travail, prévu par l’article L.8252-4 du code du travail, est issu de la transposition de la directive

²³⁴ Le maître d’ouvrage est également tenu par la solidarité financière s’il n’obtient pas la régularisation de la situation à la suite d’un signalement d’un syndicat, d’une organisation professionnelle ou d’une institution représentative du personnel (même article du code du travail).

²³⁵ Pas de jurisprudence connue à ce jour, alors que le texte date de 2011.

²³⁶ Voir infra p.275 et sq. en annexe les propositions pour rendre effectifs les droits du salarié dissimulé et employé sans titre de travail.

2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 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.

.A.2.4.1. Ce mécanisme est destiné à garantir, de façon particulière, et via l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII), le paiement des salaires, accessoires et indemnités dus au salarié étranger employé sans titre de travail lorsque les conditions suivantes sont réunies²³⁷ :

.1 un contrôle d'un agent habilité qui constate par procès verbal que son employeur l'emploie sans titre de travail,

.2 à la suite de ce contrôle, son employeur doit lui verser les sommes qui lui sont dues dans un délai de 30 jours,

.3 lorsqu'à la suite de ce contrôle, le salarié est placé en rétention administrative ou est assigné à résidence ou qu'il n'est plus sur le territoire français, son employeur verse dans ce délai de 30 jours les sommes qui lui sont dues entre les mains de l'OFII ; l'OFII reverse ses sommes au salarié étranger.

.4 si l'employeur ne s'acquitte pas des obligations mentionnées au paragraphe 3, l'OFII recouvre auprès de l'employeur ou de son donneur d'ordre les sommes dues pour le compte du salarié étranger.

A tout moment, mais sous réserve que son employeur ait fait l'objet d'un contrôle et d'une verbalisation, le salarié étranger employé sans titre de travail peut informer l'OFII que son employeur ne lui a pas versé sa rémunération, pour une action de l'OFII auprès de cet employeur.

En application de l'article R.8252-9 du code du travail, l'OFII est fondé à s'adresser au donneurs d'ordre de l'employeur du salarié étranger employé sans titre de travail pour lui demander de payer les sommes dues par cet employeur.

.A.2.4.2 La mise en œuvre des dispositions de l'article L.8252-4 du code du travail²³⁸ au bénéfice du salarié étranger employé sans titre de travail est un échec ; en effet seuls cinq salariés en quatre ans ont obtenu le paiement de leur rémunération via l'OFII, alors que le nombre de ces salariés est estimé entre 250 000 et 400 000 en France.

Cet échec²³⁹ s'explique par les conditions très restrictives posées par la France, dans le cadre de la transposition de la directive du 18 juin 2009, pour faire bénéficier le salarié étranger de l'intervention de l'OFII²⁴⁰.

²³⁷ Voir également les articles R.8252-4 et suivants du code du travail.

²³⁸ Entré en vigueur au mois de novembre 2011.

²³⁹ Aucun chiffre officiel n'a d'ailleurs été publié sur les résultats de ce mécanisme depuis son entrée en vigueur.

Ces conditions restrictives interdisent au salarié étranger de saisir d'initiative l'OFII. Le salarié est dépendant d'un contrôle préalable de son employeur effectué par un agent habilité et de la saisine de l'OFII par celui-ci. En l'absence de contrôle, le mécanisme de l'article L.8252-4 du code du travail ne s'applique pas.

.A.3. Quelle(s) preuve(s) apporter au juge?

Selon les modalités de la fraude, le salarié étranger employé sans titre de travail fournit au juge des éléments de fait différents pour faire reconnaître ses droits.

Il existe cependant très peu de jurisprudence sur ce sujet, contrairement à ce qui existe pour le salarié dissimulé.

La saisine du juge du contrat par le salarié étranger employé sans titre de travail est nécessaire, notamment parce que le mécanisme de substitution mentionné à l'article L.8252-4 du code du travail ne fonctionne pas.

Nota

A titre d'illustration, il n'existe pas de jurisprudence sur le droit pour le salarié étranger employé sans titre de travail d'obtenir l'indemnité forfaitaire équivalente à trois mois de salaire.

Le salarié doit-il prouver que son employeur l'a embauché volontairement en sachant qu'il n'avait pas de titre de travail ou le versement de cette indemnité est-il automatique dès que l'emploi sans titre de travail est avéré ?

Cette discussion peut revêtir un caractère théorique dès lors que l'employeur est tenu de vérifier la nationalité de celui qu'il embauche, de lui demander son titre de travail s'il est étranger et de vérifier l'authenticité de ce titre auprès de la préfecture ou du service de la main d'œuvre étrangère de la Direccte.

Compte tenu de la très grande proximité, voire confusion, entre ces deux fraudes, le salarié étranger employé sans titre de travail peut reprendre à son compte les analyses dégagées par la chambre sociale de la Cour de cassation pour apprécier les droits du salarié dissimulé.

.A.3.1. Le salarié étranger employé sans titre de travail *stricto sensu*

Deux preuves sont à fournir au juge :

- la preuve, par tous moyens²⁴¹, de son emploi pour le compte de l'employeur, quelle que soit sa durée,
- la preuve qu'il ne possédait pas de titre de travail.

²⁴⁰ Voir l'article « Emploi illégal des salariés étrangers : ambiguïtés et insuffisances de la loi du 16 juin 2011 » Droit Ouvrier Mai 2012 p.340 ; voir également en annexe infra p.275 les propositions pour améliorer la loi.

²⁴¹ Notamment des photos prises par ses soins sur son lieu de travail.

La preuve la plus difficile à apporter est celle de son emploi, compte tenu des conséquences pénales qu'encourt son employeur en l'ayant fait travailler dans ces conditions ; la preuve de son emploi emporte l'application du code du travail et de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Il a donc tout intérêt à conserver toutes preuves possibles de son emploi, notamment par des photos.

La preuve de son emploi peut être également attestée de façon irréfutable si l'entreprise dans laquelle il travaillait a fait l'objet d'un contrôle.

La quantification des heures de travail n'est pas nécessaires puisqu'il est réputé être embauché, à défaut d'écrit, à temps plein. La preuve du paiement des heures supplémentaires effectuées se fait devant le juge dans le cadre de l'article L.3171-4 du code du travail.

.A.3.2. Le salarié étranger employé (sans titre de travail) sous un faux statut

La reconnaissance par le juge de l'emploi du salarié étranger sous un faux statut et sans titre de travail entraîne les mêmes conséquences sociales que celles qui concernent l'emploi direct d'un salarié étranger employé sans titre de travail.

Mais le salarié étranger doit préalablement démontrer l'existence de ce faux statut, tout comme le fait un autre salarié dissimulé sous un faux statut.

L'emploi d'un salarié étranger sous un faux statut présente pour l'employeur le double avantage de s'affranchir de la législation sociale et des règles de police administrative qui régissent l'emploi d'un ressortissant étranger en France.

L'évasion des règles de police administratives s'effectue d'ailleurs dans la perspective d'éviter la législation sociale.

La preuve de l'existence d'un faux statut d'activité ou d'emploi consiste pour le salarié étranger à démontrer que celui qui lui fournit du travail et qui bénéficie de son activité est son employeur parce qu'il est placé sous ses ordres et son autorité. Cette démonstration vaut pour les faux statuts suivants :

- le faux bénévolat ou la fausse entraide,

- le faux stage,

- le faux travail indépendant,

- le faux détachement d'un salarié étranger par une entreprise de travail temporaire établie à l'étranger qui ne respecte pas la législation sur le travail temporaire.

La preuve s'administre par tous moyens, et notamment par des écrits s'ils existent (plannings, notes de services...).

Parfois, la preuve résulte implicitement du montage mis en place par l'entreprise pour créer ce faux statut.

.A.3.3. La dissimulation de l'emploi du salarié étranger sans titre de travail en violation des présomptions de salariat

Le salarié étranger privé indument du bénéfice de la présomption de salariat relative à l'artiste, au mannequin ou au bûcheron ou travailleur forestier est employé, soit en qualité de prétendu bénévole, soit en qualité de prétendu travailleur indépendant.

.A.3.3.1. La privation induite du statut d'artiste du spectacle vivant ou enregistré

⇒ L'artiste étranger est employé indûment comme bénévole.

Pour obtenir le bénéfice des articles L.7121-1 et suivants du code du travail, le salarié étranger sans titre de travail n'est pas tenu de démontrer l'existence d'une subordination juridique à l'égard du producteur de spectacle, puisque ce n'est pas une condition de l'application de la présomption de salariat.

Il doit attester qu'il a perçu une rémunération, mais cette rémunération peut être caractérisée uniquement par des avantages en nature : nourriture, hébergement, bons d'achat, remise d'objet ou de produit, offre d'avantages. Ces avantages en nature sont perçus de façon quasi systématique lorsque l'artiste étranger vient de son pays pour se produire en France.

Si aucune rémunération n'est versée, la présomption de salariat est écartée, mais l'artiste étranger est considéré comme un salarié, s'il prouve, selon le droit commun, l'existence d'une subordination juridique classique avec le producteur.

Nota

L'article 32 de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine créé un statut d'artiste amateur, qui n'est pas soumis à la présomption de salariat de l'article L.7121-3 du code du travail, dès lors qu'il pratique à titre non professionnel et qu'il n'en tire aucune rémunération²⁴².

L'article 32 se substitue de fait au décret n° 53-1253 du 19 décembre 1953 relatif à l'organisation des spectacles amateurs et leurs rapports avec les entreprises de spectacles professionnelles.

La personne étrangère sans titre de travail employée sous un statut d'artiste amateur qui souhaite bénéficier la présomption de salariat risque désormais de se voir opposer l'article 32 de la loi du 7 juillet 2016.

L'article 32 appelle cependant les remarques suivantes :

.- l'article L.7121-3 du code du travail mentionne déjà l'existence d'une rémunération pour faire application de la présomption de salariat ; l'apport de l'article 32 est (en principe) neutre.

²⁴² L'article 32 répond à une demande très ancienne des organisateurs de festivals qui souhaitaient que certains artistes qu'ils produisent ne soient pas considérés comme des salariés, avec respect des minima de rémunération conventionnels et paiement des cotisations et contributions sociales.

.- hors présomption de salariat, la rémunération n'est pas un critère du salariat, mais la conséquence de celui-ci,

.- hors présomption de salariat, le critère du salariat reste la subordination juridique de droit commun ; et si la personne est subordonnée, elle exerce à titre professionnel.

Il n'est pas certain que l'article 32 apporte une contribution décisive pour permettre au juge du contrat de travail de distinguer entre amateur/bénévole et salarié dans le monde des spectacles vivants et enregistrés, puisque l'analyse juridique ne devient pas binaire (amateur ou présomption de salariat), mais reste ternaire (amateur, présomption de salariat ou salarié de droit commun avec subordination juridique avérée).

Par ailleurs, il est à craindre que l'article 32 ne soit utilisé pour priver l'artiste étranger qui se produit dans la catégorie des « Musiques du monde » du statut du salariat.

⇒ L'artiste étranger est indûment employé comme travailleur indépendant.

S'il est établi en France, l'artiste étranger démontre qu'il n'a ni la maîtrise artistique, ni la maîtrise économique, ni la maîtrise technique du ou des spectacles dans le(s)quel(s) il se produit ; il n'est pas tenu de s'inscrire au RCS.

S'il est établi dans un autre Etat de l'Union européenne ou dans un Etat de l'EEE, l'artiste étranger atteste qu'il n'exerce pas ce métier à titre habituel en qualité de travailleur indépendant dans cet autre Etat et qu'il ne remplit pas les conditions posées par l'article L.7121-5 du code du travail ; il précise qu'il n'a effectué aucune déclaration fiscale et sociale en France en qualité de prestataire de services.

.A.3.3.2. La privation induite du statut de mannequin

⇒ Le mannequin étranger est employé indûment comme bénévole.

Pour être obtenir le bénéfice des articles L.7123-1 et suivants du code du travail, le salarié étranger n'est pas tenu de démontrer l'existence d'une subordination juridique à l'égard de l'entité qui l'utilise, puisque ce n'est pas une condition de l'application de la présomption de salariat.

Il doit attester qu'il a perçu une rémunération, mais cette rémunération peut être caractérisée uniquement par des avantages en nature : nourriture, hébergement, bons d'achat, remise d'objet ou de produit, offre d'avantages. Ces avantages en nature sont perçus de façon quasi systématique lorsque le mannequin étranger vient de son pays pour se produire en France.

Si aucune rémunération n'est versée, la présomption de salariat est écartée, mais le mannequin étranger est considéré comme un salarié, s'il prouve, selon le droit commun, l'existence d'une subordination juridique classique avec l'entreprise utilisatrice de sa prestation.

⇒ Le mannequin étranger est indûment employé comme travailleur indépendant.

S'il est établi en France, le mannequin étranger fait état de la présomption de salariat qui est irréfragable.

S'il est établi dans un autre Etat de l'Union européenne ou dans un Etat de l'EEE, le mannequin étranger atteste qu'il n'exerce pas ce métier à titre habituel en qualité de travailleur indépendant dans cet autre Etat et qu'il ne remplit pas les conditions posées par l'article L.7123-4-1 du code du travail ; il précise qu'il n'a effectué aucune déclaration fiscale et sociale en France en qualité de prestataire de services.

A.3.3.3. La privation indue du statut de bûcheron ou travailleur forestier

⇒ Le bûcheron étranger est employé indûment comme bénévole.

Pour être obtenir le bénéfice de l'article L.722-23 du code rural, le salarié étranger n'est pas tenu de démontrer l'existence d'une subordination juridique à l'égard de l'entité qui l'utilise, puisque ce n'est pas une condition de l'application de la présomption de salariat. Il prouve par ailleurs que son travail ne relève pas de l'entraide, au sens de l'article L.325-1 du code rural²⁴³.

Il doit attester qu'il a perçu une rémunération, mais cette rémunération peut être caractérisée uniquement par des avantages en nature : nourriture, hébergement, remise d'objet ou de produit. Ces avantages en nature sont perçus de façon quasi systématique lorsque le bûcheron étranger vient de son pays pour exercer cette activité en France.

Si aucune rémunération n'est versée, la présomption de salariat est écartée, mais le bûcheron de nationalité étrangère est considéré comme un salarié, s'il prouve, selon le droit commun, l'existence d'une subordination classique juridique avec le bénéficiaire de son travail.

⇒ Le bûcheron étranger est indûment employé comme travailleur indépendant.

S'il est établi en France ou à l'étranger, le bûcheron étranger fait état de la présomption de salariat et du fait qu'il n'a pas bénéficié d'une décision administrative levant sa présomption de salariat. Le fait pour son donneur d'ordre de ne pas produire une décision administrative de la MSA attestant de la levée de la présomption de salariat implique que celui-ci est de plein droit son employeur.

.B. La reconnaissance des droits sociaux au titre de la protection sociale

Le salarié étranger employé sans titre de travail bénéficie d'une protection sociale limitée²⁴⁴, mais essentielle, lorsqu'il est victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

Le respect et la reconstitution de ses droits en la matière relèvent à titre principal de la compétence de la caisse de sécurité sociale compétente et du tribunal des affaires de

²⁴³ Voir infra p.213 7^{ème} Partie Jurisprudence. Voir également « La frontière entre l'activité professionnelle et le bénévolat ». Droit Ouvrier Avril 2013, du même auteur.

²⁴⁴ Moins étendue que celle d'un salarié dissimulé.

sécurité sociale ; mais la sollicitation des services de l'inspection du travail n'est pas dénuée d'intérêt.

.B.1. La déclaration et la reconnaissance de son accident du travail

.B.1.1. Le salarié étranger employé sans titre de travail et victime d'un accident du travail non déclaré par son employeur n'est pas démuné. Il dispose, ou ses représentants ou ayants-droit, d'un délai de deux ans pour le déclarer à la caisse de sécurité sociale compétente dont il relève (CPAM, MSA, CGSS, ENIM...). En déclarant cet accident, il est pris en charge au titre de cette législation, si nécessaire après enquête de la caisse.

Au-delà de sa prise en charge au titre des accidents du travail, il peut faire valoir devant la caisse, puis devant le TASS, l'existence d'une faute inexcusable de l'employeur dans la survenance de l'accident.

.B.1.2. Il a également tout intérêt à en informer l'inspecteur du travail du lieu de survenance de l'accident du travail pour les raisons suivantes :

- en application de l'article L.1226-13 du code du travail, son licenciement est nul ; il s'agit d'une disposition d'ordre public.

- en application de l'article L.471-1 du code de la sécurité sociale, l'inspecteur du travail a la faculté de verbaliser l'employeur qui n'a pas déclaré un accident du travail. Lorsqu'il est un salarié détaché, l'inspecteur du travail peut transmettre un rapport au Direccte ou au Dieccte pour infliger une sanction administrative à son employeur, dans le cadre de l'article L.1262-4-4 du code du travail²⁴⁵.

- l'inspecteur du travail est compétent pour traiter les affaires d'emploi de salarié étranger sans titre de travail.

- sur la base de l'information communiquée par le salarié, l'inspecteur du travail diligente (en principe) une enquête qui permettra la régularisation de l'ensemble de sa situation administrative (délivrance de bulletin de paie, régularisation de sa rémunération, obtention du certificat de travail etc), au-delà de la seule omission de déclarer l'accident du travail.

- l'intervention de l'inspecteur du travail peut conduire l'employeur à demander la régularisation de sa situation administrative auprès de la préfecture, notamment en application de l'article L.314-11 3° du CESEDA (*voir supra p. 66*).

- l'intervention de l'inspecteur du travail aura pour effet de mettre un terme à la situation à l'origine de l'accident du travail,

- l'enquête de l'inspecteur du travail peut mettre en évidence des éléments de nature à démontrer l'existence d'une faute inexcusable de l'employeur,

- si le salarié est employé sous un faux statut, l'enquête de l'inspecteur du travail pourra aider le salarié étranger à obtenir la requalification de son statut et, par suite, sa prise en charge au titre des accidents du travail.

²⁴⁵ Disposition issue de la loi Travail.

.B.1.3. Le salarié étranger sans titre de travail victime d'un accident du travail peut se constituer partie civile, sans demander l'allocation de dommages et intérêts, dans le cadre du procès pénal relatif aux manquements commis par son employeur et à l'origine de son accident.

Dans un arrêt de principe²⁴⁶, la chambre criminelle de la Cour de cassation précise que, même dans le cas où la réparation du dommage échapperait à la compétence de la juridiction pénale, la personne qui, conformément à l'article 2 du code procédure pénale, prétend avoir été lésée par un délit, est recevable à se constituer partie civile aux fins de faire établir l'existence de l'infraction et possède, par l'effet de sa constitution, tous les droits reconnus à la partie civile.

Par ailleurs, et en application de l'article L.452-5 du code de la sécurité sociale, si l'accident est dû à la faute intentionnelle de l'employeur ou de l'un de ses préposés, le salarié étranger employé sans titre de travail ou ses ayants-droit conserve contre l'auteur de l'accident le droit de demander la réparation du préjudice causé, conformément aux règles du droit commun, dans la mesure où ce préjudice n'est pas réparé par la législation de sécurité sociale relative aux accidents du travail.

.B.2. La déclaration et la reconnaissance de sa maladie professionnelle

La déclaration d'une maladie professionnelle à la caisse de sécurité sociale compétente (CPAM, MSA, CGSS, ENIM...) est effectuée par le salarié étranger employé sans titre de travail qui se considère victime d'une telle affection²⁴⁷.

L'employeur du salarié étranger n'a pas d'obligation déclarative particulière et n'est pas défaillant, contrairement à une absence de déclaration d'accident du travail.

Le salarié étranger a également tout intérêt à en informer l'inspecteur du travail du lieu de survenance de son affection et pour les mêmes raisons que celles relatives à un défaut de déclaration d'un accident du travail.

L'enquête de l'inspecteur du travail peut l'aider à conforter ses droits, tant au regard de la législation du travail qu'au regard de sa protection sociale.

Par exemple, si le salarié dissimulé est un travailleur étranger saisonnier dans l'agriculture qui a été exposé à des produits phytosanitaires nocifs, sans protection particulière.

Le salarié étranger sans titre de travail victime d'une maladie professionnelle a la faculté par ailleurs se constituer partie civile, sans demander l'allocation de dommages et intérêts, dans le cadre du procès pénal relatif aux manquements commis par son employeur et à l'origine de sa maladie professionnelle.

Dans un arrêt de principe²⁴⁸, la chambre criminelle de la Cour de cassation précise que, même dans le cas où la réparation du dommage échapperait à la compétence de la juridiction pénale, la personne qui, conformément à l'article 2 du code procédure pénale, prétend avoir été lésée par un délit, est recevable à se constituer partie civile aux fins de

²⁴⁶ Cass. crim. n° 01-85219 du 30 avril 2002 MLGT : un salarié victime d'un accident du travail.

²⁴⁷ Pour plus d'information, voir le site de l'assurance maladie ameli.fr

²⁴⁸ Cass. crim. n° 01-85219 du 30 avril 2002 MLGT : un salarié victime d'un accident du travail.

faire établir l'existence de l'infraction et possède, par l'effet de sa constitution, tous les droits reconnus à la partie civile.

Par ailleurs, et en application de l'article L.452-5 du code de la sécurité sociale, si la maladie professionnelle est due à la faute intentionnelle de l'employeur ou de l'un de ses préposés, le salarié étranger sans titre de travail ou ses ayants droit conserve contre l'auteur de la maladie professionnelle le droit de demander la réparation du préjudice causé, conformément aux règles du droit commun, dans la mesure où ce préjudice n'est pas réparé par la législation de sécurité sociale relative aux maladies professionnelles.

.III.3. La mise en œuvre des droits du salarié victime du dumping social

La mise en œuvre des droits du salarié victime du dumping social, tels qu'ils résultent de la loi Savary et de la loi Macron, ne sont pas à la libre disposition de ce salarié, ce qui limite considérablement l'intérêt et la portée de ces dispositions récemment introduites dans le code du travail.

.A. Le salarié est détaché en France et perçoit un salaire inférieur, en tout ou partie, au Smic ou aux minima conventionnels (étendus ?²⁴⁹); il bénéficie des dispositions de l'article L.1262-4-3 du code du travail.

Une lecture *a contrario* de l'article R.1263-15 du code du travail²⁵⁰ laisse à penser que le mécanisme prévu par l'article L.3245-2 du code du travail²⁵¹ ne lui est pas applicable, même si les termes de cette disposition législative ne l'en excluaient pas.

L'article L.1262-4-3 du code du travail lui permet de mettre en cause le donneur d'ordre de son employeur ou le maître d'ouvrage dans les conditions suivantes²⁵².

Il faut que :

- ⇒ un agent de contrôle habilité en matière de travail dissimulé effectue un contrôle et constate que son employeur le rémunère en dessous du Smic ou de ces minima,
- ⇒ l'agent de contrôle en informe le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage,
- ⇒ soit le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage n'ait pas enjoint aussitôt à son employeur de régulariser le paiement de son salaire dans un délai de sept jours,
- ⇒ soit le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage n'ait pas dénoncé le contrat de prestation de services avec son employeur qui n'a pas régularisé le paiement de son salaire dans le délai de sept jours qui lui était imparti.

Ce mécanisme ne concerne pas le donneur d'ordre, ni le maître d'ouvrage lorsqu'il est un particulier qui contracte pour son usage personnel, celui de son conjoint, de son partenaire auquel il est lié par un pacte civil de solidarité, de son concubin ou de ses ascendants ou descendants.

²⁴⁹ Interrogation, car il existe une différence rédactionnelle entre ces deux articles du code du travail qui visent tous les salaires conventionnels, étendus ou non, et l'article R.1261-2 qui exclut les dispositions conventionnelles non étendues du champ de la législation du travail applicable aux entreprises étrangères.

²⁵⁰ Issu du décret n° 2016-27 du 19 janvier 2016.

²⁵¹ Issu de la loi Savary.

²⁵² Voir infra annexes p.267 et sq.

L'intérêt pratique de cette disposition pour la faire valoir devant le conseil de prud'hommes est très limité pour le salarié détaché victime du dumping social.

Cette disposition anti dumping social dépend uniquement des diligences d'un agent de contrôle. Par ailleurs, si le salarié détaché est informé de la mise en œuvre de cette procédure par l'agent de contrôle, en application de l'article R.1263-18 du code du travail, il n'obtient pas copie des documents relatifs à cette procédure, qui sont couverts par le secret professionnel.

En outre, aucun délai n'est imposé au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage pour dénoncer le contrat de prestation de services, ce qui retarde, voire neutralise, l'action du salarié détaché.

Enfin, ce mécanisme ne s'applique pas à l'entreprise étrangère qui détache en France un salarié hors contrat de prestation de services, c'est-à-dire à l'entreprise qui intervient pour son propre compte et à l'entreprise qui utilise la mobilité internationale intragroupe.

Nota

A cette disposition, s'ajoute l'article L.1263-3 du code du travail qui permet au Direccte ou au Dieccte, sur un rapport d'un agent de l'inspection du travail, de suspendre temporairement l'activité d'une entreprise étrangère qui ne verse pas le Smic ou le salaire minimum conventionnel à un salarié qu'elle détache en France, malgré la demande de régularisation de l'inspection du travail.

Il s'agit d'une procédure administrative qui n'a pas de lien ou d'incidence juridique avec la valorisation des droits du salarié détaché.

En effet, si son employeur n'obtempère pas ou quitte le territoire français, le recours du salarié détaché reste l'assignation de son employeur devant le conseil de prud'hommes. Assignation qu'il peut ou qu'il pouvait mettre en œuvre sans l'intervention du Direccte ou du Dieccte dans le cadre de l'article L.1263-3.

.B. Le salarié est en emploi direct en France, et perçoit un salaire, en tout ou partie, inférieur au Smic ou aux minima conventionnels (étendus ?²⁵³) ; il bénéficie des dispositions de l'article L.3245-2 du code du travail.

Cette disposition lui permet de mettre en œuvre le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage lorsque les conditions suivantes sont réunies. Il faut que :

- ⇒ un agent de contrôle habilité en matière de travail dissimulé effectue un contrôle et constate que son employeur le rémunère en dessous du Smic ou de ces minima,
- ⇒ l'agent de contrôle en informe le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage,
- ⇒ soit le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage n'ait pas enjoint aussitôt à son employeur de régulariser le paiement de son salaire dans un délai de sept jours,

²⁵³ Interrogation, car il existe une différence rédactionnelle entre ces deux articles du code du travail qui visent tous les salaires conventionnels, étendus ou non, et l'article R.1261-2 qui exclut les dispositions conventionnelles non étendues du champ de la législation du travail applicable aux entreprises étrangères.

⇒ soit le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage n'ait pas informé l'agent de contrôle dans ce délai de 7 jours de l'absence de régularisation du paiement de salaire.

Ce mécanisme ne concerne pas le donneur d'ordre, ni le maître d'ouvrage lorsqu'il est un particulier qui contracte pour son usage personnel, celui de son conjoint, de son partenaire auquel il est lié par un pacte civil de solidarité, de son concubin ou de ses ascendants ou descendants.

Contrairement à ce que prévoit l'article L.1262-4-3 du code du travail pour le salarié détaché, le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage n'est pas tenu ni de régulariser le paiement des salaires, ni de dénoncer le contrat commercial avec son employeur.

L'intérêt pratique de cette disposition pour la faire valoir devant le conseil de prud'hommes est limité pour le salarié victime du dumping social.

Cette disposition anti dumping social dépend uniquement des diligences d'un agent de contrôle habilité.

Par ailleurs, si le salarié est informé de la mise en œuvre de cette procédure par l'agent de contrôle habilité en application de l'article R.3245-3 du code du travail, il ne peut pas obtenir de la part de celui-ci copie des documents relatifs à cette procédure, qui sont couverts par le secret professionnel. Il se trouve dans l'incapacité de prouver au juge que les conditions de l'article L.3245-2 du code du travail et de son décret d'application sont réunies.

.C. Le salarié est hébergé dans des conditions indignes

Le salarié hébergé dans des conditions indignes n'a pas la main sur la mise en œuvre de l'article L.4231-1 du code du travail dont l'objectif est de mettre rapidement un terme à son logement indécent et de le faire bénéficier d'un hébergement conforme aux normes en vigueur ou présentant un minimum de confort ou de décence²⁵⁴.

En effet, l'application de l'article L.4231-1 du code du travail, qui peut conduire à la prise en charge d'un logement décent par le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage, se fait uniquement à l'initiative d'un agent de contrôle habilité qui décide de recourir à cette procédure.

Le salarié mal hébergé ne doit pas cependant se priver du recours possible à cette procédure, en alertant un agent de contrôle sur ses conditions d'hébergement qu'il juge indignes (sous réserve qu'il s'agisse d'un hébergement collectif).

En effet, la mise en cause du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage par l'agent de contrôle n'est pas en soi anodine et doit conduire ces derniers à pendre toutes les dispositions pour assurer au salarié un logement de meilleure qualité.

²⁵⁴ Sur la définition de l'hébergement indigne, voir Cass. crim. n° 14-80041 du 22 juin 2016 ABL.

Nota

*La procédure de déclaration d'un **accident du travail survenu à un salarié détaché en France**, telle qu'elle existait depuis le décret du 11 juillet 1994²⁵⁵, a été modifiée par l'article 105 de la loi Travail.*

La loi Travail a également dépenalisé le défaut de déclaration d'un accident du travail survenu à un salarié détaché, en créant une sanction administrative.

Cette double modification substantielle va porter préjudice au salarié détaché victime, ou ses ayants droit :

.-la déclaration de l'accident du travail à la sécurité sociale est supprimée pour le salarié qui n'est pas titulaire d'un certificat de détachement, alors qu'il est assujetti de plein droit à la sécurité sociale française. La déclaration est désormais adressée exclusivement à l'inspection du travail, dans tous les cas. Comment la sécurité sociale française pourra-t-elle prendre en charge le salarié détaché assujetti, si elle n'est plus destinataire de la déclaration de son accident du travail ?

Pourquoi avoir supprimé cette déclaration de droit commun à la sécurité sociale qui vaut pour tous les autres salariés assujettis au régime français ? Ne plus déclarer à la sécurité sociale l'accident du travail d'un salarié assujetti n'est pas compréhensible, de surcroît s'il s'agit d'un accident grave ou mortel.

.-la dépenalisation du défaut de déclaration d'accident du travail prive le salarié détaché, ou ses ayants droit, du droit de porter plainte auprès du procureur de la République ; celui-ci ne peut plus diligenter une enquête et engager des poursuites. Les services de gendarmerie et de police ne sont plus compétents. Cette différence de traitement juridique du défaut de déclaration d'accident du travail pour une catégorie de salariés assujettis ne se justifie par aucun élément objectif.

.- l'absence de procès pénal pour défaut de déclaration d'accident du travail empêche le salarié détaché, ou ses ayants droit, d'avoir accès au dossier et à la procédure ; il ne peut plus se constituer partie civile et éclairer le juge sur les circonstances de son accident .Il n'y aura plus de débat contradictoire qui, au-delà de la seule absence de déclaration d'accident du travail, permettrait de caractériser d'autres manquements à la loi.

.- la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur devient difficile pour le salarié détaché, ou ses ayants droit, car souvent cette reconnaissance s'appuie sur le procès pénal et les éléments produits à cette occasion.

.- le salarié détaché, ou ses ayants droit, n'aura pas accès au dossier d'enquête administrative, qui ne sera pas rendu public et qui sera couvert par le secret professionnel de l'inspection du travail, du Direccte et du Dieccte. Il ne pourra pas en faire état devant le TASS dans le cadre d'une procédure en reconnaissance de faute inexcusable.

Sauf à comprendre, par une lecture un peu forcée de l'article L.1262-4-4 du code du travail, que cette déclaration à l'inspection du travail ne dispense pas l'employeur de faire lui même

²⁵⁵ Décret n° 94-573 du 11 juillet 1994 pris pour l'application de l'article 36 de la loi quinquennale relative à l'emploi, au travail et à la formation professionnelle.

également cette déclaration à la sécurité sociale, en application de l'article L.441-2 du code de la sécurité sociale et de l'article L.751-26 du code rural, dès lors que le salarié détaché a été immatriculé au CNFE de l'Urssaf de Strasbourg, à l'Urssaf des Alpes Maritimes, à l'Urssaf du Gard ou la caisse de MSA d'Alsace²⁵⁶.

Par précaution, et notamment lorsqu'il a des doutes sur sa qualité de détaché, ce salarié, ou ses ayants droit, a intérêt à déclarer lui-même son accident du travail à la CPAM, à la MSA, à la CGSS ou à l'ENIM. Cette démarche est protectrice de ses droits et ne peut lui causer aucun préjudice.

Accessoirement, on note que l'article L.1262-4-4 ne prévoit pas de sanction administrative contre l'entreprise étrangère qui ne procède pas à la déclaration d'accident du travail (lorsque le salarié victime est détaché dans le cadre d'une prestation pour compte propre); seule une sanction est prévue contre le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage.

²⁵⁶ C'est-à-dire lorsque le salarié détaché n'est pas titulaire d'un certificat de détachement.

2ème partie

LES DROITS DES ORGANISMES DE PROTECTION SOCIALE

.I. Quels sont les organismes de protection sociale victimes ?

Traditionnellement, on considère que les organismes de protection sociale comprennent d'une part les organismes qui relèvent de la sécurité sociale et d'autre part les organismes qui relèvent de l'assurance chômage.

Parmi les organismes de protection sociale, ceux qui sont victimes du travail illégal et du dumping social sont ceux qui sont chargés de recouvrer les cotisations et les contributions sociales qui leur sont dues, dès lors qu'une activité professionnelle salariée ou indépendante est exercée sur le territoire français

En effet, le travail dissimulé, l'emploi de salarié étranger sans titre de travail, le marchandage et le prêt illicite de main d'œuvre se traduisent par le non versement de tout ou partie des cotisations et des contributions sociales aux organismes de protection sociale.

Par ailleurs, les organismes de protection sociale sont en droit de refuser le bénéfice d'exonération ou d'abattement de cotisations sociales ou d'en obtenir le remboursement auprès de ceux qui sont impliqués dans une affaire de travail dissimulé.

Enfin, les organismes de protection sociale prestataires sont habilités à récupérer auprès d'un employeur qui pratique du travail dissimulé ou qui fait travailler un salarié étranger sans titre de travail le coût des dépenses sociales occasionnées par un accident du travail ou par une maladie professionnelle.

Au titre de la sécurité sociale, sont notamment victimes de ces fraudes les organismes de recouvrement suivants:

- .- les Urssaf,
- .- les caisses de mutualité sociale agricole (MSA),
- .- les caisses générales de sécurité sociales (CGSS) pour les départements d'outre mer,
- .- l'Etablissement national des invalides de la Marine (ENIM) pour les marins,
- .- le régime social des indépendants (RSI) pour les artisans, les commerçants et les professions libérales,
- .- la caisse des professions libérales (CIPAV) pour les cotisations retraites, invalidité et décès
- .- les caisses de retraite complémentaires des salariés²⁵⁷.

Le Centre des liaisons européennes et internationales de sécurité sociale (CLEISS) est un organisme de protection sociale, mais qui n'assure pas de mission de recouvrement des cotisations et contributions sociales ou de versement de prestations.

Au titre du versement de prestations en nature ou en espèces lors d'accident du travail ou de maladie professionnelle, les organismes prestataires, notamment les CPAM, les caisses de MSA, les CGSS et l'ENIM.

²⁵⁷ Il en existe une trentaine en France.

Au titre de l'assurance chômage, et depuis la réforme de 2011²⁵⁸, l'Urssaf est le principal organisme de recouvrement des cotisations et contributions obligatoires.

Pôle Emploi reste cependant compétent en matière de recouvrement pour certains salariés, en application de l'article L.5427-1 du code du travail : salariés agricoles, intermittents du spectacle, VRP, expatriés, frontaliers, marins...

Nota

L'Urssaf recouvre également les cotisations et contributions dues au GUSO par les employeurs occasionnels d'artistes et de techniciens des spectacles vivants et enregistrés

Le manque à gagner financier généré par le travail illégal et le dumping social fait de ces organismes des victimes directes de ces fraudes.

Pour recouvrer les cotisations sociales qui leur sont dues les organismes de protection sociale disposent des prérogatives et des procédures de droit commun qui leur sont reconnus par les textes particuliers qui leurs sont applicables.

En sus de ce dispositif de recouvrement de droit commun; le législateur a mis en place et développé depuis la loi du 31 décembre 1991²⁵⁹ des prérogatives et des procédures spécifiques à la lutte contre le travail illégal et le dumping social, inscrites pour l'essentiel dans le code du travail, le code de la sécurité sociale et le code rural.

Depuis cette époque, de nombreux arrêts de la Cour de cassation précisent et complètent ce dispositif normatif.

Les organismes de protection sociale sont d'autant plus légitimes à faire valoir leurs droits lésés que le défaut de déclarations sociales, initiales ou périodiques, constitue l'un des éléments matériels de l'infraction de travail dissimulé et qu'ils disposent d'agents habilités à rechercher et à constater cette infraction.

Nota

Si, en raison leur activité, les Urssaf et, dans une moindre mesure, les caisses de MSA, initient de procédures et apparaissent dans des procédures judiciaires qui font référence, il est utile de rappeler que c'est l'ensemble des organismes de protection sociale ayant une mission de recouvrement des cotisations et des contributions sociales qui disposent, en tant que victimes, des outils juridiques pour récupérer les sommes éludées. A condition de les mobiliser et de les utiliser.

²⁵⁸ Articles 4 et 5 de la loi n° 2008-126 du 13 février 2008 relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi et article 24 de la loi n° 2009-1646 du 24 décembre 2009 de financement de la sécurité sociale ; voir également la circulaire Unédic n° 2011-14 du 9 mars 2011.

²⁵⁹ Loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991 renforçant la lutte contre le travail clandestin et la lutte contre l'organisation de l'entrée et du séjour irréguliers d'étrangers en France.

.II. Qui mettre en cause ?

Pour récupérer les cotisations et contributions sociales éludées dans une affaire de travail illégal ou de dumping social, les organismes de protection sociale ont la possibilité de mettre en cause plusieurs personnes, débitrices des sommes qui leur sont dues.

.II.1. La mise en cause du travailleur indépendant

Le travailleur indépendant, établi en France ou à l'étranger, qui pratique du travail dissimulé par dissimulation d'activité économique ne verse pas, tout ou partie, des cotisations et contributions sociales aux organismes de protection sociale dont il relève, c'est-à-dire principalement le RSI, la CIPAV, la MSA et l'ENIM. Ces organismes sont victimes de ce comportement, au même titre que celui d'un employeur qui pratique du travail dissimulé.

.A. La mise en cause du travailleur indépendant établi en France

Le travailleur indépendant établi en France exerce du travail dissimulé par dissimulation d'activité économique lorsque :

- il n'a pas requis son immatriculation au RCS ou au RM, dès lors que celle-ci est obligatoire,
- il ne procède pas aux déclarations initiales ou périodiques fiscales ou sociales,
- il continue d'exercer son activité après radiation du RCS ou du RM,
- il exerce son activité sous une forme indue associative.

Les organismes de protection sociale disposent des présomptions de but lucratif de l'article L.8221-4 du code du travail pour demander au juge de requalifier le statut de l'activité associative en activité concurrentielle et marchande exercée en entreprise individuelle²⁶⁰.

.B. La mise en cause du travailleur indépendant non établi en France

Le travailleur indépendant établi hors de France, appelé également prestataire de services, qui intervient sur le territoire français dans le cadre d'une véritable prestation de services internationale, pratique du travail dissimulé par dissimulation d'activité²⁶¹ lorsqu'il ne procède pas aux déclarations sociales ou fiscales auxquelles il est tenu.

En matière de protection sociale, le prestataire de services non établi en France doit :

- s'immatriculer, via le CFE compétent, et procéder à ses déclarations sociales auprès du RSI, à la CIPAV, à la MSA ou l'ENIM, selon la nature de son activité économique,
- soit disposer d'un certificat nominatif de détachement.

A défaut, il exerce du travail dissimulé. Une assurance privée ne suffit pas pour être conforme à la loi.

²⁶⁰ Cass. crim. n° 14-8224 du 17 novembre 2015 ASSOCIATION EVA.

²⁶¹ Hors cas de fraude à l'établissement.

Un prestataire de services n'est pas toujours en mesure, pour des raisons juridiques, de présenter un certificat de détachement et, dans cette hypothèse, son immatriculation auprès des organismes de protection sociale français est obligatoire, sans autre alternative.

En effet, un prestataire de services non établi en France n'est en capacité de présenter un certificat de détachement que :

- s'il est établi dans un Etat de l'UE ou de l'EEE,

- s'il est établi dans un des Etats qui a signé une convention bilatérale de sécurité sociale, **mais à condition** que cette convention couvre également les travailleurs indépendants en mobilité ; or seules 16 des 37 conventions bilatérales s'appliquent aux travailleurs indépendants²⁶².

A contrario, les prestataires établis dans ces Etats, mais qui ne produisent pas de certificat de détachement, et les prestataires établis dans les autres Etats sont tenus de s'immatriculer en France au régime des travailleurs indépendants et d'y verser les cotisations et contributions sociales.

A défaut, les organismes de protection sociale sont fondés à mettre en recouvrement les sommes qui leurs sont dues par ce prestataire étranger qui est assujéti de plein droit à la sécurité sociale française, en application de l'article L.111-2-2 du code de la sécurité sociale.

.II.2. La mise en cause de l'employeur

A titre principal et habituel, le débiteur des cotisations et des contributions sociales dues aux organismes de protection sociale est l'employeur du salarié dissimulé, dont l'emploi n'a pas conduit au versement spontané de tout ou partie de ces cotisations et contributions.

.A. La mise en cause de l'employeur officiel

L'employeur officiel, c'est-à-dire celui qui ne conteste pas sa qualité et l'existence de l'emploi dissimulé de son salarié, est établi en France ou à l'étranger.

.A.1. La mise en cause de l'employeur officiel établi en France qui doit des cotisations et des contributions sociales ne pose pas de difficulté juridique particulière.

Il convient cependant de préciser que les organismes de protection sociale sont habilités à contester, comme le salarié, les dispositifs juridiques relatifs au temps de travail prévus par la législation du travail, lorsque ces dispositifs ne sont pas conformes à la législation du travail et évite de payer la totalité des heures de travail accompli par le salarié.

Les organismes de protection sociale ont ainsi la possibilité de contester les quatre dispositifs suivants qui, indûment appliqués, dissimulent des heures de travail et évitent le paiement de cotisations et contributions sociale :

- la forfaitisation ou quantification a priori des heures de travail prévue par le code du travail et un accord collectif de travail, comme dans le secteur de la distribution de prospectus. La chambre sociale de la Cour de cassation précise que ce dispositif ne dispense pas l'employeur de payer les heures accomplies au-delà de cette forfaitisation.

²⁶² Voir le détail des conventions bilatérales sur le site du CLEISS.

.- la forfaitisation ou quantification a priori des heures de travail par décision unilatérale de l'employeur, comme pour le nettoyage des chambres d'hôtels. La chambre sociale de la Cour de cassation précise que ce dispositif ne dispense pas l'employeur de payer les heures accomplies au-delà de cette forfaitisation.

.- les trois conventions de forfait prévues par le code du travail et, le cas échéant, un accord collectif de travail : la convention de forfait en heures sur une semaine ou un mois (article L.3121-38 du code du travail), la convention de forfait annuel en heures et la convention de forfait annuel en jours (article L.3121-39 du code du travail). Les deux dernières conventions de forfait nécessitent une déclinaison par un accord collectif de travail.

La chambre sociale de la Cour de cassation précise que la convention de forfait en heures sur une semaine ou un mois ne dispense pas de payer les heures accomplies au-delà du forfait. Les deux autres conventions sont susceptibles d'être déclarées nulles par le juge si l'accord collectif ou la convention individuelle signée avec le salarié ne contient pas suffisamment de garanties pour le salarié (*voir supra p.21 et infra jurisprudence p.213*).

.- la qualité de cadre dirigeant, mentionnée à l'article L.3111-2 du code du travail, n'est pas opposable dès lors que le salarié n'exerce pas les fonctions décrites par la loi, ce qui entraîne le paiement de toutes les heures accomplies non mentionnées sur le bulletin de paie.

Les organismes de protection sociale contestent assez rarement l'utilisation mal appropriée de ces dispositifs qui conduit objectivement à de la dissimulation d'heures de travail et à la minoration des cotisations et contributions sociales.

.A.2. La mise en cause de l'employeur officiel non établi en France

La mise en cause pour travail dissimulé d'un employeur non établi en France est possible²⁶³ pour défaut de remise de bulletin de paie ou du document équivalent, ainsi que pour dissimulation d'heures de travail, compte tenu de la modification de la rédaction du 2° de l'article L.8221-5 du code du travail issue de la loi Travail, et/ou pour défaut de déclaration sociale en France, induisant un défaut de paiement de cotisations sociales en France, à la sécurité sociale et à l'assurance chômage.

S'agissant des déclarations sociales en France, l'article L.111-2-2 du code de la sécurité sociale dispose que, « sous réserve des traités et accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés et des règlements européens, sont affiliées à un régime obligatoire de sécurité sociale dans le cadre du présent code, quel que soit leur lieu de résidence, toutes les personnes :

1° qui exercent sur le territoire français :

a) Une activité pour le compte d'un ou de plusieurs employeurs, ayant ou non un établissement en France ;

b) Une activité professionnelle non salariée ;

²⁶³ En dehors des cas de fraude à l'établissement et/ou au détachement (voir infra p.122 et sq ; p.143 et sq.). Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères » Septembre 2015, du même auteur.

2° qui exercent une activité professionnelle à l'étranger et sont soumises à la législation française de sécurité sociale en application des règlements européens ou des conventions internationales ».

La réserve relative aux traités et accords internationaux et aux règlements européens s'applique :

.- aux employeurs établis dans l'un de 37 Etats qui ont signé avec la France une convention bilatérale de sécurité sociale²⁶⁴,

. - aux employeurs établis dans l'Union européenne (UE) et dans l'Espace économique européen (EEE) qui relèvent des Règlements de sécurité sociale n° 1408/71 du 14 juin 1971, n° 883/2004 du 29 avril 2004 et n° 987/2009 du 16 septembre 2009.

Il résulte de cette disposition du code de la sécurité sociale, c'est-à-dire de la combinaison de la législation française de sécurité sociale, des conventions bilatérales et des Règlements européens, que les organismes de protection sociale ont comme interlocuteurs six catégories d'employeur non établis en France :

.1 - l'employeur n'est pas établi dans un des 37 Etats qui ont signé une convention bilatérale de sécurité sociale et ne relève pas d'une de ces conventions. Il doit procéder à son immatriculation, puis aux déclarations sociales en France via l'imprimé E0 et à la déclaration unique d'embauche auprès du guichet unique qui lui est dédié en France : CNFE Urssaf de Strasbourg, MSA d'Alsace, Urssaf des Alpes Maritimes pour les entreprises monégasques et Urssaf du Gard pour les entreprises du secteur de la tauromachie.

A défaut, les organismes de protection sociale sont légitimes à lui réclamer les cotisations sociales (sécurité sociale et assurance chômage) ; en outre cet employeur pratique du travail dissimulé.

.2 - l'employeur est établi dans un des 37 Etats qui ont signé une convention bilatérale de sécurité sociale et il justifie détacher son salarié dans le cadre de la convention bilatérale (certificat de détachement présenté).

Les organismes de protection sociale ne sont pas légitimes à lui réclamer les cotisations de sécurité sociale puisque le salarié est maintenu au régime de sécurité sociale du lieu habituel d'emploi.

Mais les cotisations sociales au titre de l'assurance chômage restent dues à Pôle Emploi, car les conventions bilatérales ne couvrent pas l'assurance chômage. Si les déclarations ne sont pas effectuées à Pôle Emploi pour payer les cotisations au titre de l'assurance chômage, l'infraction de travail dissimulé par défaut de déclaration sociale est constituée.

.3 - l'employeur est établi dans un des 37 Etats qui ont signé une convention bilatérale de sécurité sociale et il relève d'une de ces conventions ; mais il ne justifie pas détacher son salarié dans le cadre de cette convention (pas de certificat de détachement présenté) et il ne s'est pas immatriculé au guichet unique qui lui est dédié.

²⁶⁴ Voir la liste de ces Etats sur le site du CLEISS.

Les organismes de protection sociale sont légitimes à lui réclamer les cotisations sociales (sécurité sociale et assurance chômage) ; en outre cet employeur pratique du travail dissimulé.

.4 - l'employeur est établi dans un des Etats de l'UE ou de l'EEE et il justifie détacher son salarié dans le cadre des Règlements communautaires (certificat de détachement présenté).

Les organismes de protection sociale ne sont pas légitimes à lui réclamer les cotisations sociales (sécurité sociale et assurance chômage) puisque le salarié est maintenu au régime de sécurité sociale du lieu habituel d'emploi.

.5 - l'employeur est établi dans un des Etats de l'UE ou de l'EEE, mais il ne justifie pas détacher son salarié dans le cadre des Règlements communautaires (certificat de détachement non présenté).

Les organismes de protection sociale sont légitimes à lui réclamer les cotisations sociales (sécurité sociale et assurance chômage) ; en outre cet employeur pratique du travail dissimulé.

.6 – l'employeur est établi hors de France et il embauche en France un salarié pour le faire travailler en France. Il doit procéder à son immatriculation, puis aux déclarations sociales en France via l'imprimé E0 et à la déclaration unique d'embauche auprès du guichet unique qui lui est dédié en France : CNFE Urssaf de Strasbourg, MSA d'Alsace, Urssaf des Alpes Maritimes pour les entreprises monégasques et Urssaf du Gard pour les entreprises du secteur de la tauromachie.

A défaut, les organismes de protection sociale sont légitimes à lui réclamer les cotisations sociales (sécurité sociale et assurance chômage) ; en outre cet employeur pratique du travail dissimulé.

.B. La mise en cause de celui qui exerce la subordination juridique

Au-delà des apparences des conditions d'exercice d'une activité, les organismes de protection sociale sont en droit d'obtenir le paiement des cotisations et des contributions sociales auprès du véritable employeur, par la voie de la requalification d'une situation de travail, sur le constat d'une subordination juridique et plus largement, pour les organismes de sécurité sociale, sur le fondement de l'article L.311-2 du code de la sécurité sociale et de l'article L.720-22 du code rural pour les salariés agricoles et assimilés.

L'article L.311- 2, qui se combine avec l'article L.111-2-2 de ce même code, dispose que « sont affiliées obligatoirement aux assurances sociales du régime général, quel que soit leur âge et même si elles sont titulaires d'une pension, toutes les personnes quelle que soit leur nationalité, de l'un ou de l'autre sexe, salariées ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs et quels que soient le montant et la nature de leur rémunération, la forme, la nature ou la validité de leur contrat ».

En la matière, l'arrêt Société Générale de la Cour de cassation du 13 novembre 1996²⁶⁵ est la décision de référence pour déterminer l'assujettissement d'une personne en qualité de salarié. Cet arrêt, rendu au double visa de l'article L.121-1 du code du travail et L.242-1 du

²⁶⁵ Cass. soc. n° 94-13187 du 13 novembre 1996 SOCIETE GENERALE.

code de la sécurité sociale, unifie les critères du salariat au sens du code du travail et du code de la sécurité sociale, et fait de la subordination juridique la condition unique de la reconnaissance de la qualité de salarié.

Le critère de la subordination juridique s'est substitué à celui, jugé trop extensif, du service organisé.

De ce fait, les organismes de protection sociale se trouvent *grosso modo* dans la même situation de requalification qu'un salarié dont l'emploi est dissimulé par son employeur sous une fausse apparence.

.B.1. La mise en cause de celui qui emploie un salarié mis à sa disposition

Le salarié mis à disposition d'une autre entreprise en devient son salarié, dès lors que cette mise à disposition s'accompagne d'un transfert de la subordination juridique²⁶⁶. Or, dans la quasi totalité des mises à disposition, l'entreprise qui accueille et utilise le salarié mis à sa disposition va lui fournir le travail, l'encadrer, le diriger, lui donner des instructions et organiser son activité professionnelle, ce qui caractérise le transfert de la subordination juridique. C'est d'ailleurs l'objet de la mise à disposition que de permettre à l'entreprise d'accueil de l'employer comme l'un de ses propres salariés.

Dès lors que l'entreprise d'accueil, qui utilise un salarié mis à disposition, exerce à son égard la subordination juridique, elle devient son employeur de fait. Elle est alors tenue d'accomplir la DPAE, de remettre un bulletin de salaire, de verser les cotisations et contributions sociales aux organismes de protection sociale, (ainsi que les cotisations à la caisse de congés payés).

En ne respectant pas ces formalités, l'entreprise d'accueil pratique de la dissimulation d'emploi salarié. Les organismes de protection sociale sont fondés à mettre en cause et à s'adresser à l'entreprise qui utilise ainsi le salarié pour obtenir la reconnaissance de cette relation de travail subordonnée et le versement des cotisations et contributions sociales en relation avec cet emploi dissimulé.

La mise en cause de l'entreprise utilisatrice du salarié mis à disposition est possible, soit dans le cadre d'une mise à disposition illicite, soit dans le cadre d'une mise à disposition licite.

.B.1.1. La mise à disposition illicite du salarié

Le salarié fait l'objet d'une mise à disposition illicite, lorsque cette mise à disposition s'inscrit dans le cadre d'une opération qui s'analyse en du marchandage (article L.8231-1 du code du travail) ou d'une opération qui s'analyse en du prêt illicite de main d'œuvre (article L.8241-1 du code du travail). Elle est également illicite dès lors qu'elle ne respecte pas les conditions posées par l'alinéa 6 de l'article L.8241-1 et l'article L.8241-2 du code du travail, issus de la loi Cherpion²⁶⁷.

²⁶⁶ Not. Cass. Ass. Plén. n° 92-40641 du 20 décembre 1996 ALLIANCE FRANCAISE ; cass. soc. n° 12-21581 du 17 avril 2013 GRAMO.

²⁶⁷ Article 40 de la loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels.

Le marchandage et le prêt illicite de main d'œuvre résultent essentiellement de trois fraudes : la fausse sous-traitance, l'exercice illégal d'une activité licite de mise à disposition de salarié²⁶⁸ et la fourniture illégale d'un salarié par un trafic de main d'œuvre²⁶⁹.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu de nombreux arrêts condamnant l'entreprise d'accueil ou utilisatrice pour dissimulation d'emploi salarié²⁷⁰, preuve que cette entreprise est l'employeur réel du salarié mis à disposition et donc débitrice des cotisations et contributions sociales.

La chambre sociale de la Cour de cassation procède à la même analyse, en considérant que l'entreprise utilisatrice est l'employeur du salarié à qui celui-ci est légitime à s'adresser pour obtenir la reconnaissance de sa relation de travail et, par suite, le bénéfice de ses droits, et notamment l'indemnité forfaitaire équivalent à six mois de salaire pour travail dissimulé²⁷¹.

Enfin, la chambre criminelle a validé la constitution de partie civile d'une Urssaf, avec obtention de dommages et intérêts, dans une affaire de marchandage et de prêt illicite de main d'œuvre²⁷².

Les organismes de protection sociale disposent donc d'une solide jurisprudence de la Cour de cassation pour obtenir des dommages et intérêts et/ou le paiement des cotisations et contributions sociales auprès de l'entreprise utilisatrice qui exerce la subordination juridique à l'égard de tout salarié.

La mise en cause par les organismes de protection sociale de l'entreprise utilisatrice présente un intérêt considérable, lorsque l'entreprise qui le met à disposition n'a pas de consistance économique **ou lorsque la mise à disposition de pseudo salariés détachés s'effectue dans le cadre transnational pour éviter une embauche par l'entreprise utilisatrice française.**

Nota

Les potentialités juridiques offertes par la jurisprudence française de requalification en matière de fausse prestation de services internationale pour s'adresser à l'utilisateur français, véritable employeur, permettent de contourner les décisions Fitzwilliams C-202/97 du 10 février 2000 et Herbosch Kiere C-2/05 du 2 janvier 2006 de la CJUE, qui interdisent au juge français d'apprécier la validité des certificats de détachement.

En effet, les organismes de protection sociale s'adressent, dans cette hypothèse, à un autre employeur, qui est établi en France, qui n'est pas celui dont l'identité est mentionnée sur les certificats de détachement et qui est donc tiers et étranger à la procédure de recouvrement engagée par les organismes de protection sociale.

²⁶⁸ Entreprise de travail temporaire, agence de mannequins, association de services aux personnes etc.

²⁶⁹ Voir le « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance » Octobre 2015, du même auteur.

²⁷⁰ Not. Cass. crim. n° 05-80833 du 31 janvier 2006 ABC.

²⁷¹ Not. Cass. soc. n° 09-69175 du 18 mai 2011 JOHN DEERE.

²⁷² Cass. crim. n° 13-84776 du 10 septembre 2014 MARC X. ; voir également Cass.civ.2 n° 11-28245 du 20 juin 2013 CL JURA.

En la matière, ces potentialités juridiques ne sont pas négligeables pour les organismes de protection sociale, compte tenu de l'ampleur des fausses prestations de services internationales sur le territoire français.

B.1.2. La mise à disposition licite du salarié

Le fait que le salarié soit mis à disposition d'une autre entreprise dans le cadre d'une mise à disposition a priori licite n'interdit pas de considérer pour autant que son emploi est dissimulé par l'entreprise d'accueil, qui est son employeur réel et débiteur des cotisations et contributions sociales ; ce sont deux sujets juridiquement différents et étanches.

Si on exclut les mises à disposition de salarié autorisées et règlementées par le code du travail²⁷³, la mise à disposition amiable et conventionnelle d'un salarié est licite, dès lors qu'elle s'effectue sans but lucratif²⁷⁴.

Pour autant, l'absence de but lucratif ne valide pas *de facto* la mise à disposition amiable du salarié et ne neutralise pas le transfert de la subordination juridique. En effet, toute mise à disposition de salarié entre deux entreprises, qu'elle soit licite ou non, emporte des conséquences juridiques objectives sur le transfert du contrat de travail²⁷⁵.

La Cour de cassation précise que la mise à disposition du salarié constitue une novation de son contrat de travail parce qu'il change d'employeur²⁷⁶ et que son accord est nécessaire²⁷⁷. La mise à disposition s'analyse donc en un transfert accepté (ou subi) par le salarié de son contrat de travail. L'alinéa 6 de l'article L.8241-1 et l'article L.8241-2 du code du travail, issus de la loi Cherpion, tiennent compte cette jurisprudence et précisent les conditions et modalités de la mise à disposition licite du salarié pour éviter que cette opération ne constitue le délit de prêt illicite de personnel. *A contrario*, aucune mise à disposition amiable de salarié n'est possible en dehors du cadre juridique fixé par la loi Cherpion.

Cependant, ces dispositions restent (volontairement ?) muettes sur les effets de cette mise à disposition en ce qui concerne le transfert de la subordination juridique, dont la réalité n'est pas discutable dans le cadre de ces dispositions du code du travail. L'alinéa 11 de l'article L.8241-2 du code du travail dispose que « pendant la période de prêt de main d'œuvre, le contrat de travail qui lie le salarié à l'entreprise prêteuse n'est ni rompu ni suspendu », alors que le contrat est nécessairement suspendu puisqu'il n'est plus exécuté de part et d'autre.

²⁷³ ETT, agence de mannequins, groupement d'employeurs, association intermédiaire, pôle de compétitivité etc.

²⁷⁴ Sur la définition du but lucratif, voir le « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance » Octobre 2015 p.35 et suivants, du même auteur.

²⁷⁵ Cass. soc. n° 14-14811 du 23 mars 2016 CER/SNCF.

²⁷⁶ Cass. soc. n° 08-42485 du 13 mai 2009 ROHM AND HAAS.

²⁷⁷ Même arrêt.

Le sujet du transfert du contrat de travail et de la subordination juridique n'est pas anodin puisque la loi Cherpion autorise la mise à disposition d'un salarié dès le lendemain de son embauche et pour plusieurs années, voire à durée indéterminée²⁷⁸.

Compte tenu du transfert du contrat de travail et de la subordination juridique vers l'entreprise d'accueil, celle-ci devient son employeur. Elle est tenue de procéder à la DPAE, de lui remettre un bulletin de salaire et de verser les cotisations et contributions sociales aux organismes de protection sociale. L'entreprise d'accueil ne peut pas éluder sa qualité d'employeur, au seul motif que les dispositions de l'alinéa 6 de l'article L.8241-1 et l'article L.8241-2 du code du travail sont formellement respectées. Les organismes de protection sociale dispose de toute la jurisprudence de la Cour de cassation²⁷⁹ pour qualifier l'entreprise d'accueil d'employeur.

Nota

Contrairement à l'objectif du législateur la loi Cherpion n'a pas sécurisé la mise à disposition d'un salarié entre deux entreprises.

Non seulement la loi Cherpion n'a pas d'impact de nature civile sur les effets du transfert de la subordination juridique vers l'entreprise d'accueil, mais, de surcroît, elle n'a aucune conséquence sur l'existence de l'infraction de marchandage mentionnée à l'article L.8231-1 du code du travail, puisque la loi Cherpion ne vise et ne « blanchit », sous condition, que la seule infraction de prêt illicite de main d'œuvre mentionnée à l'article L.8241-1 du code du travail.

Un salarié mis à disposition dans le respect de la loi Cherpion peut donc cependant faire l'objet d'une opération de marchandage.

Les organismes de recouvrement sont légitimes, également à ce titre, à en tirer toutes les conséquences devant le juge du recouvrement.

.B.2. La mise en cause de celui qui emploie un prétendu bénévole²⁸⁰

Le bénévolat, pratiqué par des centaines de milliers de personnes en France, est bien entendu parfaitement licite. Ces activités de bénévolat, qui ne ressortent pas de la sphère professionnelle salariée, s'accomplissent sous différentes formes et appellations, maintenant dopées par l'économie dite collaborative : l'entraide, l'entraide familiale, le coup de main, l'activité en amateur, l'activité syndicale, l'activité caritative, l'activité liée à l'insertion professionnelle et/ou sociale, l'activité dans la sphère culturelle et religieuse, les

²⁷⁸ La loi Cherpion ne fixe aucune limite à la durée de la mise à disposition ; un salarié « Cherpion » peut même ne jamais travailler dans l'entreprise qui l'a embauché.

²⁷⁹ Voir infra p.213 7ème partie Jurisprudence.

²⁸⁰ Voir également « La frontière entre l'activité professionnelle et le bénévolat » Doit Ouvrier Avril 2013 p.229, du même auteur.

systèmes d'échanges locaux, les échanges internationaux d'étudiants ou de jeunes, le wwoofing dans l'agriculture²⁸¹ etc.

Cependant, les organismes de protection sociale ont toute qualité pour considérer que les conditions d'emploi d'un bénévole, y compris s'il a signé un contrat de bénévolat, sont celles d'un salarié impliquant le paiement des cotisations et contributions sociales.

.B.2.1. Le critère de l'exercice de l'activité dans le cadre d'une subordination juridique est l'élément déterminant pour requalifier un bénévole en salarié et demander à la structure qui l'emploie le paiement des cotisations et contributions sociales.

Les organismes de protection sociale peuvent se référer à plusieurs arrêts rendus par la Cour de cassation pour appuyer leur demande, en particulier à trois arrêts²⁸² :

- l'arrêt de principe *Société Générale* du 13 novembre 1996²⁸³, qui précise que la subordination juridique est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ;

- l'arrêt *CACS* du 31 mai 2001²⁸⁴ qui dénie la qualité de salarié à des personnes n'avaient aucun horaire de travail, géraient eux-mêmes leur activité, choisissaient les activités et orientations à mettre en œuvre, ne recevaient aucune instruction pour le travail et participaient aux activités selon leur bon vouloir et selon les modalités qu'ils déterminaient eux-mêmes ;

- l'arrêt *Croix Rouge Française* du 29 janvier 2002²⁸⁵ qui indique que la seule signature d'un contrat dit de bénévolat entre une association et une personne n'ayant pas la qualité de sociétaire n'exclut pas l'existence d'un contrat de travail, dès l'instant que les conditions en sont remplies, alors que cette personne effectuait un travail d'accompagnement des voyageurs sous les ordres et selon les directives de l'association, qui avait le pouvoir d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements éventuels et qu'elle percevait une somme forfaitaire dépassant le montant des frais réellement exposés.

Si la subordination juridique reste le critère central de la requalification, la jurisprudence relative au faux bénévolat apporte des indications complémentaires :

- l'activité au sein d'un service organisé n'est plus déterminante à soi seule, mais vient conforter sensiblement l'existence de la subordination (outre l'arrêt *Société Générale*, voir arrêt *Vivre à son domicile*²⁸⁶) ;

- l'existence du versement d'une rémunération n'est pas nécessaire pour établir le salariat ; la rémunération est la conséquence du salariat, pas une cause de celui-ci. Mais *a contrario*, la rémunération est entendue au sens très large, y compris par des avantages en nature au

²⁸¹ Voir « Wwoofing et droit du travail : le bonheur est-il dans le pré ? » Lucas Bento de Carvalho Droit Social Janvier 2016 ; « Faut-il légiférer en matière de wwoofing ? » Romain Marié JCP La Semaine Juridique Edition Sociale Janvier 2016 n° 2.

²⁸² Pour davantage d'arrêts, voir infra p.215 7^{ème} Partie Jurisprudence.

²⁸³ Cass. soc. n° 94-13187 du 13 novembre 1996 SOCIETE GENERALE.

²⁸⁴ Cass. soc. n° 99-21111 du 31 mai 2001 CACS.

²⁸⁵ Cass. soc. n° 99-42697 du 29 janvier 2002 CROIX ROUGE FRANCAISE.

²⁸⁶ Cass. soc. n° 05-43195 du 28 novembre 2006 VIVRE A SON DOMICILE.

sens de l'article L.3121-3 du code du travail et des articles L.242-1 et L.311-2 du code de la sécurité sociale. Lorsque la rémunération est établie, elle conforte également la subordination juridique (arrêt *société C3T*²⁸⁷).

.- le bénévolat est rarement admis, notamment dans le secteur concurrentiel et marchand, lorsque le prétendu bénévole occupe un emploi ou un poste qui est nécessaire au fonctionnement de la structure (arrêt *Floch*²⁸⁸) ;

.- le bénévolat est rarement admis, notamment dans le secteur concurrentiel et marchand, lorsque la présence du prétendu bénévole présente une utilité économique pour la structure qui le fait travailler (arrêt *Mister France*²⁸⁹).

Pour autant, le bénévolat peut être exceptionnellement reconnu dans le secteur concurrentiel et marchand²⁹⁰.

.B.2.2. La mise en cause de celui qui emploie une personne sur un métier visé par une présomption de salariat permet aux organismes de protection sociale de contester le caractère bénévole de l'emploi occupé, sans avoir à démontrer l'existence d'une subordination juridique avec la structure qui la fait travailler.

Les présomptions de salariat s'appliquent notamment à l'artiste du spectacle vivant ou enregistré (articles L.7121-3 et suivants du code du travail), au mannequin (articles L.7123-3 et suivants du code du travail) et au bûcheron ou travailleur forestier (article L.722-23 du code rural), qui sont des professions très exposées au travail dissimulé et au non paiement des cotisations et contributions sociales.

L'utilisation de ces présomptions de salariat est donc efficace, dès lors que les organismes de protection sociale considèrent que le recours au bénévolat n'est qu'un moyen d'éviter de verser les cotisations et contributions sociales.

Les dispositions du code du travail et du code rural relatives à ces présomptions de salariat mentionnent la condition de l'existence d'une rémunération pour en faire application²⁹¹. La condition de la rémunération ne représente pas un obstacle pour les organismes de protection sociale, même si la personne ne perçoit aucune somme en espèces, dans la mesure où cette rémunération est entendue de façon extensive, au sens de l'article L.3121-3 du code du travail et des articles L.242-1 et L.311-2 du code de la sécurité sociale (l'article L.722 20 du code rural ne mentionne pas l'existence d'une rémunération pour assujettir de plein droit).

L'article L.3121-3 du code du travail dispose en effet que constitue une rémunération le salaire ou traitement ordinaire de base au minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier. L'article L.242-1 du code de la sécurité sociale donne une définition très large de la rémunération et l'article L.311-2 de ce même code assujettit de plein droit au régime général, quels que soient le montant et la nature de la

²⁸⁷ Cass. soc. n° 07-43992 du 11 mars 2009 SOCIETE C3T.

²⁸⁸ Cass. crim. n° 95-82686 du 23 juillet 1996 FLOCH.

²⁸⁹ Cass. soc. n° 12-13968 du 25 juin 2013 MISTER FRANCE 2003.

²⁹⁰ Cass. soc. n° 10-20912 du 16 février 2012.

²⁹¹ Ce qui n'est pas le cas pour le bûcheron.

rémunération.

Dès lors que le prétendu bénévole reçoit un ou plusieurs avantages en nature (hébergement, transport, nourriture, vêtements, bons de réduction, bons d'achats, billets d'entrée gratuit, mise à disposition d'un moyen de transport...), à l'occasion de sa prestation d'artiste, de mannequin ou de bûcheron, il s'agit d'une rémunération au sens de la législation du travail.

S'il s'avère que le prétendu bénévole ne perçoit aucun avantage en nature (ce qui est très rare), les organismes de protection sociale devront alors démontrer, selon le droit commun, l'existence d'une subordination juridique classique pour faire reconnaître le salariat et, obtenir, par suite, le paiement des cotisations et contributions sociales. Cette démonstration n'est pas très difficile à effectuer, tant les prestations d'un artiste, d'un mannequin ou d'un bûcheron sont, par nature, programmées, planifiées, organisées, encadrées, surveillées et contrôlées par le bénéficiaire de la prestation. Il est exceptionnel qu'un artiste, un mannequin ou un bûcheron puisse effectuer en toute liberté et indépendance sa prestation.

Nota

L'article 32 de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine créé un statut d'artiste amateur, qui n'est pas soumis à la présomption de salariat de l'article L.7121-3 du code du travail, dès lors qu'il pratique à titre non professionnel et qu'il n'en tire aucune rémunération²⁹².

L'article 32 se substitue de fait au décret n° 53-1253 du 19 décembre 1953 relatif à l'organisation des spectacles amateurs et leurs rapports avec les entreprises de spectacles professionnelles.

L'article 32 appelle les remarques suivantes :

.- l'article L.7121-3 du code du travail mentionne déjà de l'existence d'une rémunération pour faire application de la présomption de salariat ; l'apport de l'article 32 est (en principe) neutre.

.- hors présomption de salariat, la rémunération n'est pas un critère du salariat, mais la conséquence de celui-ci,

.- hors présomption de salariat, le critère du salariat reste la subordination juridique de droit commun ; et si la personne est subordonnée, elle exerce à titre professionnel.

Il n'est pas certain que l'article 32 apporte une contribution décisive pour permettre au juge du recouvrement de distinguer entre amateur/bénévole et salarié dans le monde des spectacles vivants et enregistrés et pour être dispensé de payer les cotisations et contributions sociales lors de l'emploi de ces personnes ainsi dénommées, puisque l'analyse juridique ne devient pas binaire (amateur ou présomption de salariat), mais reste ternaire (amateur, présomption de salariat ou salarié de droit commun avec subordination juridique avérée).

²⁹² L'article 32 répond à une demande très ancienne des organisateurs de festivals qui souhaitent que certains artistes qu'ils produisent ne soient pas considérés comme des salariés, avec respect des minima de rémunération conventionnels et paiement des cotisations et contributions sociales.

.B.3. La mise en cause de celui qui emploie un prétendu stagiaire

La législation distingue six catégories de stagiaire :

- .1- l'élève ou l'écolier, relevant du 2° de l'article L.4153-1 du code du travail, qui pendant sa scolarité et au titre de scolarité est accueilli dans une structure pour une période de découverte, d'initiation et d'information,
- .2- l'élève ou l'écolier, relevant du 3° de l'article L.4153-1 du code du travail qui suit un enseignement alterné ou un enseignement professionnel durant les deux dernières années de sa scolarité obligatoire, qui accomplit un stage d'initiation, d'application ou une période de formation en milieu professionnel,
- .3- la personne, salarié ou demandeur d'emploi, qui, dans le cadre de la formation professionnelle continue mentionnée dans le code du travail, est admise à suivre un stage comportant une période d'accueil dans une structure,
- .4- l'étranger, relevant des articles L.313-7-1, R.313-10-1 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), en général majeur et déjà salarié dans son pays, qui vient temporairement en France effectuer un stage pratique dans une structure d'accueil,
- .5- la personne, qui n'appartient pas à l'une de ces 4 catégories, relevant de l'article L.124-1 du code de l'éducation, qui est accueillie en entreprise dans le cadre d'un enseignement, dans la perspective d'obtenir un diplôme, une certification ou de favoriser son insertion professionnelle,
- .6- le jeune au pair ou stagiaire aide familial de nationalité étrangère, qui est accueilli au sein d'une famille, dans le cadre de l'accord du Conseil européen du 24 novembre 1969²⁹³.

Le risque de dissimulation d'emploi salarié et de non paiement de cotisations et de contributions sociales concerne essentiellement les stages en entreprise visés aux paragraphes 4 et 5 et le stage d'aide familial visé au paragraphe 6.

Depuis la loi du 31 mars 2006²⁹⁴, le stagiaire en entreprise relève d'un statut spécifique inscrit dans le code de l'éducation. Ce statut, plusieurs fois modifié et ajusté depuis 2006, est destiné à éviter les abus des entreprises d'accueil tentées par l'emploi de salarié à bas coût sous cette appellation induue.

Les conditions de fond et de forme posées par le code de l'éducation n'ont pas fait cesser pour autant le recours à de prétendus stagiaires et à la dissimulation d'emploi salarié sous cette qualité.

La dissimulation d'emploi salarié dans le cadre de l'accueil d'un jeune au pair stagiaire aide familial mentionné au paragraphe 6 se traduit par le fait qu'une famille d'accueil, peu

²⁹³ Voir également circulaire DPM n° 20 du 23 janvier 1990 paragraphe 3.5.

²⁹⁴ Article 9 de la Loi n°2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances.

scrupuleuse, le fait travailler comme un employé de maison, pour des tâches domestiques et/ou familiales²⁹⁵.

.B.3.1. Le stage en entreprise mentionné aux paragraphes 4 et 5 et l'accueil dans une famille d'un stagiaire aide familial mentionné au paragraphe 6 font l'objet d'un encadrement destiné à garantir leur bonne et loyale exécution et à éviter les dérives. Des cotisations sociales sont dues, mais sur des bases sensiblement minorées.

La qualité de stagiaire de nationalité étrangère relevant des articles L.313-7-1, R.313-10-1 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) est préalablement vérifiée par le service de main d'œuvre étrangère de l'unité départementale de la Direccte, puis par le consulat de France à l'étranger lors de la délivrance du visa, et enfin par la préfecture lorsqu'elle délivre une carte de séjour temporaire lorsque le stage en France dure plus de trois mois.

La qualité de stagiaire relevant de l'article L.124-1 du code de l'éducation doit répondre à des conditions de fond et de forme dont le respect engage l'établissement ou l'organisme de formation et l'entreprise d'accueil. Au titre de ces conditions, la signature d'une convention de stage, des objectifs pédagogiques, une durée limitée du stage et un nombre limité de stagiaires accueillis dans l'entreprise.

La qualité de stagiaire aide familial relevant de l'accord du Conseil européen du 24 novembre 1969 est préalablement vérifiée par le service de main d'œuvre étrangère de l'unité départementale de la Direccte, puis par le consulat de France à l'étranger lors de la délivrance du visa, et enfin par la préfecture lorsqu'elle délivre une carte de séjour temporaire lorsque le séjour dans la famille d'accueil dure plus de trois mois.

.B.3.2. L'existence d'un encadrement juridique assez formel de l'accueil d'un stagiaire dans une entreprise ou d'une famille, parfois assorti d'un contrôle a priori de l'administration, n'a pas fait disparaître les abus et les fraudes à la loi. Un salarié peut être encore employé sous un statut apparent de stagiaire, ce qui évite notamment le paiement des cotisations et contributions sociales.

La qualité de stagiaire ne se présument pas, une entreprise ou une famille d'accueil d'un stagiaire aide familial qui ne respecte pas les règles formelles qui régissent l'accueil d'un stagiaire ne peut pas présenter la personne accueillie comme un stagiaire ; l'absence de convention de stage ou d'accord de placement au pair en est l'une des illustrations la plus significative.

Mais *a contrario*, le respect des règles formelles par l'entreprise ou la famille d'accueil n'équivaut pas à la reconnaissance irréfragable de la qualité de stagiaire. Il s'agit au plus d'une apparence de légalité valant présomption simple de cette qualité. La requalification en salarié et le paiement des cotisations et contributions sociales demeurent possible.

Certains éléments ne sont pas cependant opérants à eux seuls, pour procéder à cette requalification :

²⁹⁵ Le stagiaire aide familial reçoit de la famille d'accueil une somme modique, appelée pécule, d'un montant mensuel variant de 264 à 316,80 euros ; la famille verse par ailleurs des cotisations sociales très allégées. Employer indûment sous ce statut un salarié présente un avantage pécuniaire non négligeable.

- l'exercice d'une activité dans l'entreprise ou au sein de la famille d'accueil, puisque, par nature, le stagiaire ne se contente pas d'écouter ou de regarder ; il se livre à des activités de production intellectuelle ou matérielle, participe à des réunions, accompagne les salariés de l'entreprise,

- le fait que le stagiaire soit soumis aux règles de vie collective de l'entreprise ou de la famille : respect d'horaires, de consignes ou du règlement intérieur. A ce titre, il est quasi subordonné,

- le versement d'une contrepartie financière, puisque le versement d'une gratification est possible, voire obligatoire à partir du 3^{ème} mois de stage²⁹⁶.

Le prétendu stagiaire sera requalifié en salarié lorsque²⁹⁷ :

- le contenu de sa convention de stage n'est pas respecté,

- il n'est pas réellement suivi par un tuteur ou un maître de stage,

- il ne reçoit pas de formation au sein de l'entreprise d'accueil,

- son activité dans l'entreprise est sans lien avec son cursus pédagogique et la nature de sa formation,

- il occupe un poste de travail nécessaire au fonctionnement de l'entreprise,

- il est placé dans des conditions normales d'emploi,

- il est intégré aux équipes de travail,

- sa présence présente un intérêt économique pour l'entreprise,

- le nombre simultané de stagiaires dans l'entreprise exclut tout suivi pédagogique sérieux,

- un ou plusieurs stagiaires sont accueillis en permanence dans l'entreprise, sans discontinuer.

Comme souvent en matière de requalification, le juge se prononcera sur la base d'un faisceau d'indices dont les plus déterminants sont précités.

²⁹⁶ Seule une gratification particulièrement élevée serait susceptible d'interpeller.

²⁹⁷ Parmi les arrêts rendus par la Cour de cassation et mentionnés infra p.213 7^{ème} partie Jurisprudence : Cass. crim. n° 09-87689 du 28 septembre 2010 SCEA/LE CEDRE ; cass.soc. n° 11-27536 du 13 mars 2013 NEW AXIS AIRWAYS ; cass. soc. n° 13-16349 du 7 juillet 2015 PI DELTA.

Nota

Quelle est l'incidence civile du non respect des seuils et des quotas d'accueil des stagiaires en entreprise mentionnés aux articles R.124-10 et suivants du code de l'éducation ?²⁹⁸ Le non respect de ces normes est-il suffisant à lui seul pour obtenir la requalification du stagiaire en salarié ?

Ces questions méritent d'être posées dès lors que ces normes répondent à un double objectif : garantir une qualité pédagogique au stage et éviter le stage « bidon ».

Il n'est donc pas irréaliste de penser que le juge pourra considérer qu'une entreprise qui n'a pas respecté sur ce point les règles d'ordre public encadrant l'accueil de stagiaires s'est placée d'elle-même en dehors de ce cadre juridique, ce qui permet aux organismes de protection sociale d'obtenir la requalification.

.B.3.3. Cas particulier de l'étudiant Junior-Entreprise

.1) Aux six catégories de stagiaires mentionnées *supra* **.B.3. p.128**, il faut ajouter l'étudiant qui est missionné dans une entreprise par une Junior-Entreprise²⁹⁹ pour y effectuer des études à caractère pédagogique et dont le « statut » atypique relève d'un simple arrêté ministériel de la direction de la sécurité sociale du 20 juin 1988³⁰⁰.

Ce statut atypique, sans doute le résultat d'une bienveillance administrative de l'époque dû un lobbying intense, est juridiquement fragile et original ; ce statut place l'étudiant entre le salarié et le stagiaire relevant de l'article L.124-1 du code de l'éducation.

En effet, l'étudiant placé par une Junior-Entreprise peut relever du salariat car il réalise une étude utile pour l'entreprise qui l'accueille, il reçoit une contrepartie financière de la part de la Junior-Entreprise qui verse des cotisations sociales (forfaitaires et réduites) ; il peut également relever du stagiaire car son immersion et son activité dans l'entreprise d'accueil se situent dans le cadre de son cursus pédagogique accompli dans une université ou une grande école³⁰¹.

Pour autant, cet étudiant n'est ni salarié, ni stagiaire de l'article L.124-1 du code de l'éducation car l'arrêté ministériel DSS du 20 juin 1988 n'a pas été abrogé.

Le caractère atypique et original de ce statut est renforcé par le mode de fonctionnement d'une Junior-Entreprise qui s'apparente *grosso modo* à celui d'une entreprise de travail temporaire. Elle fournit (elle place) un étudiant à une entreprise qui, immergé pendant plusieurs semaines ou plusieurs mois, va réaliser une étude utile à cette entreprise (par exemple, une étude sur l'amélioration de la gestion des stocks). Cette étude est d'autant plus utile à l'entreprise que cette étude va être payée par l'entreprise à la Junior-Entreprise et que celle-ci va rémunérer l'étudiant pour cette étude ; cette rémunération donne lieu à

²⁹⁸ Ces normes sont fixées par le décret n° 2015-1359 du 26 octobre 2015.

²⁹⁹ La Junior-Entreprise est une association d'étudiants rattachée à une université ou à une grande école (voir le site de la confédération nationale des Junior-Entreprises).

³⁰⁰ Arrêté du 20 juin 1988 ; lettre DSS du 1^{er} août 1988 ; lettre circulaire ACOSS 88/55 du 19 août 1988. Voir aussi la notice d'information Urssaf du mois de janvier 2006.

³⁰¹ La création d'un statut de stagiaire mentionné à l'article L.124-1 du code de l'éducation autorise à s'interroger sur la validité juridique de ce statut Junior-Entreprise qui relève d'un simple arrêté, publié pour des raisons de circonstance aujourd'hui discutables.

cotisations sociales dans les conditions prévues par l'arrêté ministériel DSS du 20 juin 1988 précité.

Compte tenu de l'encadrement des stages en entreprise intervenu depuis 2007 et des critères du contrat de travail, il devient juridiquement difficile de soutenir que l'étudiant Junior-Entreprise n'est ni l'un (stagiaire) ni l'autre (salarié). D'autant que l'arrêté ministériel DSS du 20 juin 1988 est un texte de circonstance, destiné à échapper aux conséquences de l'arrêt de la Cour de cassation du 15 juin 1988³⁰², qui a assujéti ces étudiants au régime général de la sécurité sociale, c'est-à-dire les a considérés comme des quasi salariés. Cette décision de la Cour de cassation, un peu oubliée aujourd'hui, peut retrouver toute sa pertinence.

.2) En tout état de cause, un étudiant placé par une Junior-Entreprise pour effectuer un travail sans lien avec la nature de ses études, tel qu'un inventaire ou de la manutention, ne relève pas de l'arrêté ministériel DSS du 20 juin 1988 ; il est salarié en CDD de fait. En effet, l'arrêté ministériel DSS du 20 juin 1988 précise que l'immersion en entreprise se fait dans le cadre du cursus pédagogique.

Par ailleurs, cette requalification en salarié souffre encore moins d'hésitation lorsque l'association d'étudiants n'est pas reconnue comme Junior-entreprise par la Confédération nationale des Juniors-Entreprises (CNFE). Il s'agit alors d'une association dite « job services » qui exerce illégalement une activité d'entreprise de travail temporaire, ce qui a été sanctionné par le juge au titre du marchandage et du prêt illicite de personnel³⁰³.

Ces associations d'étudiants « job services » se font passer pour des Juniors-Entreprises, afin de facturer à moindre coût aux entreprises les heures de travail des étudiants par l'application des taux de cotisations sociales réduits de l'arrêté ministériel DSS du 20 juin 1988. Les emplois occupés par les étudiants des associations « job services » sont sans lien avec la nature de leur études puisqu'ils font de la mise en rayon, de la distribution de prospectus, des inventaires...

.B.4. La mise en cause de celui qui emploie un prétendu travailleur indépendant³⁰⁴

La requalification d'un pseudo travailleur indépendant en salarié permet aux organismes de protection sociale de réclamer au donneur d'ordre devenu employeur le paiement des cotisations et contributions sociales relatives à cet emploi dissimulé..

Le salarié prétendu travailleur indépendant est soit établi et résident en France, soit abusivement détaché en France sous ce statut, depuis un autre Etat.

S'il est vrai que la majorité des faux travailleurs indépendants sont établis en France, notamment sous le régime de l'auto entrepreneur, l'élargissement de l'Union européenne, avec la reconnaissance de la libre prestation de services, a optimisé cette fraude à l'emploi

³⁰² Cass. soc. n° 86-10732 du 15 juin 1988 URSSAF de SAINT ETIENNE

³⁰³ Cass. crim. n° 03-86681 du 16 mars 2004 SACIP.

³⁰⁴ Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance » Octobre 2015, du même auteur.

transnational³⁰⁵.

La jurisprudence de la Cour de cassation, qui fixe la ligne de partage entre le vrai et le faux travailleur indépendant, s'est construite dans les affaires mettant en relation un pseudo donneur d'ordre et un prétendu travailleur indépendant établi en France. Pour autant, cette jurisprudence est transposable sans réserve, lorsque le prétendu travailleur indépendant est établi hors de France ; ce sont les mêmes critères de requalification qui permettent aux organismes de protection sociale de s'affranchir des apparences et d'obtenir du juge la requalification de sa situation contractuelle et le paiement des cotisations et contributions sociales.

Les organismes de protection sociale disposent par ailleurs du bénéfice des présomptions de salariat posées par la législation du travail pour rétablir le vrai statut de la personne en activité.

Nota

Le faux travailleur indépendant n'est pas nécessairement et uniquement une personne physique qui exerce son activité sous la forme d'une entreprise individuelle. Des fraudes sophistiquées dissimulent également le salarié sous le statut apparent de gérant ou d'associé d'une société spécifiquement créée par le véritable employeur pour échapper à la législation sociale. L'exemple type est celui des commerces de détail non alimentaire (vente de chaussures, parmi d'autres) qui organisent un montage commercial complexe et frauduleux de leurs points de vente pour ouvrir le dimanche, avec des gérants de paille ou des associés de façade, totalement subordonnés.

.B.4.1. Le recours apparent à un travailleur indépendant se traduit d'une part, par le respect des formalités déclaratives liées à ce statut, et d'autre part, par l'édition ou la signature de documents commerciaux. Ainsi :

- le prétendu travailleur indépendant est immatriculé au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, en qualité de personne physique ou de personne morale.

Lorsque l'exercice du métier est règlementé, il est également inscrit aux registres spécifiques : registre des agents commerciaux, registre des transporteurs ; il dispose de l'agrément pour les professions de la sécurité privée.

- le prétendu travailleur indépendant est connu en tant que tels des organismes de recouvrement sociaux et des services fiscaux auprès desquels il procède à ses déclarations périodiques,

- il émet des devis et des factures ; il tient une comptabilité.

³⁰⁵ Voir notamment le 1er arrêt de requalification de faux artisans détachés. Cass. soc. n° 95-18115 du 27 mars 1997 DEBEZY/LADRISOL.

- il dispose, éventuellement, d'un contrat commercial (contrat de sous-traitance, contrat de franchise, contrat d'intégration dans l'agriculture ; contrat d'apporteur d'affaires, contrat d'agent commercial, contrat de mandat, de concession ou de représentation...), de bons de commandes, d'ordres de service,

- Il est gérant mandataire ou associé d'une société,

- il peut lui-même être employeur de salarié.

.B.4.2. Dans une perspective de requalification à l'égard de son donneur d'ordre, deux situations sont à distinguer.

.a) La qualité même apparente de travailleur indépendant n'est pas opposable dès lors que le travailleur n'est pas en mesure de justifier du respect de ces formalités déclaratives, par la production de l'immatriculation aux registres consulaires, aux registres professionnels ou des déclarations fiscales et sociales.

Le statut de travailleur indépendant ne se présume pas ; il se prouve et se démontre, y compris lorsqu'est invoqué par le donneur d'ordre la qualité d'auto entrepreneur de celui qui travaille pour lui.

La preuve de la qualité apparente de travailleur indépendant se pose avec une acuité et une importance particulière pour la personne établie hors de France et qui est présentée par son donneur d'ordre comme un « prestataire », c'est-à-dire un travailleur indépendant dans l'Etat de sa provenance, venu travailler temporairement en France.

Pour être apparemment considéré comme un prestataire de services établi à l'étranger, son donneur d'ordre doit prouver le respect par son prestataire d'au moins 5 conditions :

- être juridiquement constitué dans l'Etat de résidence, c'est-à-dire être immatriculé ou enregistré,

- y exercer son activité économique de façon habituelle,

- y exercer son activité de façon significative,

- avoir satisfait à ses obligations fiscales déclaratives en France, c'est-à-dire, soit avoir obtenu un numéro de TVA communautaire en France s'il est prestataire de services établi dans l'Union européenne, soit avoir procédé à la désignation de son représentant fiscal en France auprès d'un service local de la DGFIP,

- avoir satisfait à ses obligations sociales déclaratives en France, c'est-à-dire, soit s'être immatriculé auprès du RSI, de la CIPAV, de la MSA ou de l'ENIM, soit être en possession d'un certificat de détachement délivré par son institution de sécurité sociale dans l'Etat de résidence.

Nota

Lorsque le prestataire est établi dans un Etat tiers (hors UE, Espace économique européen et Suisse), il n'est pas toujours en capacité de présenter ce certificat de détachement :

.- soit parce qu'il réside dans un Etat qui n'a pas signé de convention bilatérale de sécurité sociale avec la France,

.- soit parce qu'il réside dans un Etat qui a signé une convention bilatérale de sécurité sociale avec la France, mais qui ne vise que les salariés détachés, à l'exclusion des travailleurs indépendants³⁰⁶.

Dans ces 2 cas, le prestataire de services étranger doit s'immatriculer au RSI, à la CIPAV, à la MSA ou à l'ENIM via le CFE compétent et payer en France les cotisations sociales.

Les organismes de protection sociale obtiendront assez aisément la requalification devant le juge du pseudo travailleur indépendant en salarié, dès lors qu'aucune apparence formelle déclarative ou autre atteste de cette qualité. Sauf à ce que son donneur d'ordre démontre qu'il travaillait de façon autonome et indépendante, ce qui n'est pas nécessairement à l'avantage de ce donneur d'ordre puisqu'il reconnaît de ce fait qu'il recourt à une personne qui exerce du travail dissimulé.

.b) La seconde situation est celle habituellement rencontrée par les organismes de protection sociale ; l'activité professionnelle est exercée sous l'apparence formelle d'un travailleur indépendant. Selon les circonstances, le statut de travailleur indépendant a été pris, de façon plus ou moins volontaire, mais objectivement, l'activité professionnelle s'exerce dans le cadre d'une relation juridiquement subordonnée.

L'apparence du statut de travailleur indépendant pour un salarié prend des formes variées, voire sophistiquées, selon les secteurs d'activité, depuis l'auto-entrepreneur, le franchisé, le prestataire de services détaché, le contrat d'intégration dans l'agriculture, la société en participation et le gérant mandataire d'une SARL intégrée à un groupe hôtelier ou de commerce au détail non alimentaire.

La complexité du montage commercial imposé par le donneur d'ordre, s'il a pour objet notamment de dissuader les démarches de requalification, n'est jamais un obstacle juridique, ni pour les organismes de protection sociale, ni pour le juge.

Seuls les faits font le droit³⁰⁷.

.B.4.3. La requalification de la situation apparente de travailleur indépendant s'effectue en démontrant que celui-ci n'exerce pas son activité professionnelle de façon libre et autonome pour le compte de son donneur d'ordre, **mais qu'il travaille dans les mêmes conditions qu'un salarié**. Son activité professionnelle n'est pas indépendante ; elle est subordonnée.

³⁰⁶ La liste de ces Etats est disponible sur le site du CLEISS.

³⁰⁷ Tiennot Grumbach, avocat.

La requalification de pseudo travailleur indépendant en salarié ne se fait pas au regard des conditions d'exercice de la totalité de son activité professionnelle, mais dans le cadre de chacune des relations qu'il entretient avec ses différents donneurs d'ordre, lorsqu'il travaille pour plusieurs donneurs d'ordre. L'action judiciaire en requalification des organismes de protection sociale visera le ou les donneurs d'ordre impliqués³⁰⁸.

La subordination juridique du salarié au donneur d'ordre se caractérise par les éléments (non exhaustifs) suivants :

- le donneur d'ordre a contraint le salarié à prendre le statut de travailleur indépendant pour lui confier du travail ; le salarié n'était pas auparavant un travailleur indépendant. Prendre le statut de travailleur indépendant n'est pas le libre choix du salarié.
- les conditions de travail imposées par son donneur d'ordre (horaires notamment) lui interdisent d'avoir sa propre clientèle,
- son donneur d'ordre organise et encadre l'activité, détermine le mode opératoire, détermine les tâches à accomplir, lui donne les ordres, directives et instructions,
- son donneur d'ordre fixe et contrôle ses horaires de travail, ses jours de repos ou de congés,
- le salarié prétendu travailleur indépendant pointe ses heures de début et de fin de travail,
- le salarié prétendu travailleur indépendant est formé par son donneur d'ordre au début de leur relation contractuelle,
- le salarié prétendu travailleur indépendant est soumis à une période d'essai ou une période probatoire,
- le salarié prétendu travailleur indépendant est soumis à des pénalités de même nature que des sanctions disciplinaires,
- il est un ancien salarié du donneur d'ordre ; il continue de travailler dans les mêmes conditions.
- le salarié prétendu travailleur indépendant n'a pas la libre disposition de son outil de travail ; l'outil de travail est fourni par le donneur d'ordre uniquement quand le donneur d'ordre le fait travailler pour son compte³⁰⁹.
- son donneur d'ordre lui impose d'utiliser un matériel ou un équipement d'un modèle ou d'une nature bien déterminé,
- le donneur d'ordre valide a priori l'embauche de salarié par le prétendu travailleur indépendant, lorsque celui-ci est lui-même employeur,
- le donneur d'ordre valide a priori les jours et les horaires d'ouverture à la clientèle, lorsque le prétendu travailleur indépendant gère une activité commerciale,

³⁰⁸ Voir infra. p.213 7^{ème} partie Jurisprudence.

³⁰⁹ Cas d'un pilote d'hélicoptère ou d'un moniteur de saut en parachute.

- .- son donneur d'ordre dispose du matériel et des équipements, mais pas du personnel salarié³¹⁰,
- .- le salarié prétendu travailleur indépendant travaille exclusivement pour le donneur d'ordre ; il ne dispose pas d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal.
- .- le salarié prétendu travailleur indépendant apparaît dans l'organigramme de son donneur d'ordre au même titre que les salariés de celui-ci ; il est destinataire des notes de service que le donneur d'ordre adresse à son propre personnel et il doit participer aux réunions de service du donneur d'ordre,
- .- le salarié prétendu travailleur indépendant rend compte au quotidien de son activité à son donneur d'ordre et lui en réfère chaque fois que nécessaire, (au besoin par des fiches imposées par le donneur d'ordre),
- .- son donneur d'ordre lui fixe le prix de ses prestations et les délais de paiement, et non l'inverse ;
- .- en présence de plusieurs prétendus travailleurs indépendant travaillant pour le même donneur d'ordre, les contrats commerciaux sont rédigés en termes identiques (contrat type) et imposés; le prix et les délais de paiement sont identiques et imposés.
- .- son donneur d'ordre lui établit ses factures,
- .- le salarié prétendu travailleur indépendant effectue les mêmes tâches que les salariés de son donneur d'ordre,
- .- son donneur d'ordre se réserve le droit de le révoquer à tout moment,
- .- le salarié prétendu travailleur indépendant ne dispose pas d'un savoir faire différent du personnel de son donneur d'ordre,
- .- les travaux et les tâches qui lui sont confiés ne sont pas précisément définis, notamment en l'absence de contrat commercial écrit,
- .- des écrits contenant des mentions explicites (devis, contrats³¹¹, factures, bons de commande, bons de travaux, ordres de services) font état d'un contrôle très poussé du donneur d'ordre sur l'activité du salarié prétendu travailleur indépendant,
- .- le salarié prétendu travailleur indépendant a été recruté par voie d'annonces, voire via Pôle Emploi,
- .- le client ignore que le travail est effectué par un travailleur indépendant sous-traitant.
- .- le salarié prétendu travailleur indépendant se présente ou est présenté comme un salarié du donneur d'ordre.

³¹⁰ Une entreprise de transport routier qui dispose de 10 camions mais d'aucun conducteur salarié.

³¹¹ Par exemple, un document intitulé « Contrat de délégation de personnel ».

Ces différents éléments ne sont pas bien entendu cumulatifs. En fonction des conditions d'emploi du salarié, seuls certains de ces éléments seront présents et suffiront à caractériser la relation de travail subordonnée devant le juge.

Nota

Depuis la loi Madelin du 11 février 1994³¹², le code du travail a été modifié à plusieurs reprises pour tenter d'encadrer³¹³, voire de limiter, les requalifications prononcées par le juge et ainsi donner plus de sécurité juridique aux entreprises. A cet effet, a été introduite la notion de subordination juridique permanente. Les dernières modifications du code du travail, qui s'inspirent de la philosophie de la loi Madelin, sont codifiées aux articles L.8221-6 et L.8221-6-1 du code du travail qui posent une présomption de non salariat³¹⁴.

Ces modifications successives du code du travail tendant à créer une présomption de non salariat, qui se sont traduites par des formulations rédactionnelles plus ou moins différentes, n'ont jamais modifié la position de la Cour de cassation sur l'appréciation de la subordination juridique, que la relation de travail soit de courte durée ou non, que le prétendu travailleur indépendant soit établi en France ou à l'étranger ou que le prétendu travailleur indépendant exerce en entreprise individuelle ou en société.

.B.4.4. Les présomptions de salariat posées par la législation du travail facilitent la démarche de requalification des organismes de protection sociale, lorsque la personne en activité occupe un emploi d'artiste du spectacle vivant ou enregistré (article L.7121-3 du code du travail), de mannequin (article L.7123-3 du code du travail) ou de bûcheron, encore appelé travailleur forestier (article L.722-23 du code rural)³¹⁵.

La présomption de salariat dispense en effet le salarié de démontrer l'existence d'une subordination juridique. C'est d'ailleurs sa raison d'être.

Il suffit que la personne remplisse les conditions objectives mentionnées dans les textes instituant ces présomptions, notamment celles relatives à la définition et à l'identification de son métier³¹⁶. Contrairement au prétendu bénévole, la question du versement d'une rémunération ne se pose pas, puisque ces personnes, dans ce cas de figure, sont nécessairement payées.

³¹² Articles 35, 49 et 50 de la loi^o 94-126 du 11 février 1994 sur l'initiative et l'entreprise individuelle.

³¹³ Trois interventions législatives depuis la loi Madelin.

³¹⁴ Reprise à l'article L.311-11 du code de la sécurité sociale

³¹⁵ Sont également concernés le journaliste et le VRP. Par ailleurs, l'ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015 relative au portage salarial confère le statut de salarié au travailleur porté ; a contrario, il n'est pas travailleur indépendant.

³¹⁶ Par exemple, un disc jockey est-il un artiste ou un salarié de droit commun ; un sportif qui fait une publicité est-il toujours un sportif, un mannequin ...ou un artiste ? etc...

Un artiste de spectacle vivant ou enregistré, un mannequin ou un bûcheron ne peut donc être payé sur facture.

Chacune de ces trois présomptions de salariat peut cependant être levée et écartée, dans des conditions spécifiques prévues par la législation qui leur est applicable, ce qui permet alors de considérer ces personnes comme des travailleurs indépendants.

.1) La levée de la présomption de salariat de l'artiste du spectacle vivant ou enregistré

La présomption de salariat posée par l'article L.7121-3 du code du travail peut être levée pour deux catégories d'artiste, sous réserve qu'il ne soit pas mineur³¹⁷ :

.- l'artiste établi en France peut être considéré comme un travailleur indépendant lorsqu'il exerce son activité dans des conditions impliquant son inscription au registre du commerce. Cette rédaction sibylline du code du travail a donné lieu à très peu de jurisprudence, compte du fait que la quasi-totalité des prestations artistiques, y compris pour les artistes de très grande notoriété, s'effectuent de façon naturelle et habituelle sous le régime social attractif du salariat³¹⁸.

En application de cette jurisprudence très circonscrite, l'artiste devient un travailleur indépendant dès lors qu'il justifie d'une indépendance scénique, technique et économique³¹⁹. Le producteur, qui refuse le bénéfice de la présomption de salariat à un artiste pour le considérer comme un travailleur indépendant, devra le justifier aux organismes de protection sociale, et à condition que l'artiste soit inscrit au RCS et émette des factures. Le bien fondé de la neutralisation de la présomption de salariat s'apprécie pour chaque contrat de production, c'est-à-dire pour chaque spectacle ou chaque enregistrement.

.- l'artiste établi dans un Etat de l'Union européenne (UE) ou de l'Espace économique européen (EEE), en application de l'article L.7121-5 du code du travail. Pour respecter le principe de la libre prestation de services, la France a dû introduire dans le code du travail, à la demande de la Commission européenne, une seconde exception à la présomption de salariat de l'artiste. A cet effet, l'article L.7121-5 du code du travail permet au producteur, ou à l'organisateur de la prestation artistique en France, d'écarter la présomption de salariat à l'égard d'un artiste qui justifie être établi en tant que travailleur indépendant pour exercer ce métier à titre habituel dans un de ces Etats.

La Cour de cassation fait une application stricte de cette exception à la présomption de salariat. Elle précise qu'il appartient au producteur du spectacle, et non pas à l'artiste (ou, aux agents de contrôle habilités et aux organismes de recouvrement), d'apporter la preuve qu'il exerce son activité de façon habituelle en qualité de travailleur indépendant dans l'Etat de l'UE ou de l'EEE où il est établi.

Par ailleurs, il faut que le producteur prouve que cet artiste a accompli en France toutes les formalités déclaratives mentionnées ***supra au paragraphe .B.4.2. p.134.***

³¹⁷ On conçoit mal qu'un mineur puisse être travailleur indépendant.

³¹⁸ Notamment parce qu'il entraînerait une rupture dans son régime d'indemnisation du chômage et de sa protection sociale de salarié et parce que la triple indépendance est assez rare.

³¹⁹ Cass. soc. n° 79-40201 du 8 juillet 1980 GROUPE ALPES.

Dans les 3 affaires dans lesquelles s'est prononcée à ce jour la Cour de cassation, elle a refusé à chaque fois de faire application de cette dérogation à la présomption pour des artistes étrangers³²⁰. Elle a considéré que les artistes restaient couverts par la présomption de salariat et que les producteurs établis en France étaient leurs employeurs, donc redevables des cotisations et contributions sociales.

A contrario, cette exception possible à la présomption de salariat n'est pas applicable à l'artiste résidant en Suisse ou dans un pays tiers.

Nota

A supposer réunies les conditions posées par l'article L.7121-5 du code du travail, la requalification de l'artiste prestataire en salarié resterait cependant possible par la démonstration de droit commun de l'existence d'un lien de subordination juridique permanente, notamment si l'artiste se produit en France intégré dans une troupe ou un ensemble, comme l'un de ses membres, sans disposer d'une quelconque autonomie scénique ou artistique.

La présomption de salariat n'est juridiquement applicable qu'entre un artiste et un entrepreneur de spectacle qui est en principe son employeur parce qu'il est le producteur du spectacle ; cette présomption de salariat n'interdit pas aux organismes de protection sociale de considérer que l'artiste, employé indûment sous un statut de travailleur indépendant, est salarié d'une autre personne, par exemple d'un chef d'orchestre de grande notoriété.

Il appartient alors aux organismes de protection sociale de prouver l'existence d'un lien de subordination juridique classique avec cette autre personne³²¹.

.2) La levée de la présomption de salariat du mannequin

.- Contrairement à l'artiste des spectacles vivants ou enregistrés qui est établi en France, le code du travail ne prévoit pas d'écarter la présomption de salariat à l'égard du **mannequin établi en France**, au motif qu'il réalise une prestation impliquant son inscription au registre du commerce. La présomption de salariat du mannequin est irréfragable à ce titre. Un mannequin ne peut être employé sous un statut de travailleur indépendant par un donneur d'ordre.

La requalification en salarié d'un emploi de mannequin exerçant à titre indépendant ne suscite donc pas de difficulté particulière.

.- A l'identique de l'artiste, et pour respecter le principe de la libre prestation de services communautaire, la France a introduit dans le code du travail une exception à la présomption de salariat, rédigée en termes strictement identiques. A cet effet, l'article L.7123-4-1 du code du travail permet d'écarter la présomption de salariat à l'égard d'**un mannequin qui justifie être établi en tant que travailleur indépendant pour exercer ce métier à titre habituel dans**

³²⁰ Voir infra p.213 7^{ème} partie Jurisprudence.

³²¹ Cass. soc. n° 06-42773 du 19 décembre 2007 CLAYDERMAN.

un Etat de l'UE ou de l'EEE. Mais cette exception ne vaut qu'à l'égard de l'utilisateur direct du mannequin, mais pas à l'égard de l'agence de mannequins qui, par nature, ne place que des mannequins salariés ; elle ne vaut plus à l'égard du mannequin mineur.

Il n'existe pas de jurisprudence relative à la portée de l'exception à la présomption de salariat posée par l'article L.7123-4-1 du code du travail. Cependant, la similitude de la rédaction des termes de l'article L.7123-4-1 avec l'article L.7121-5 qui vise l'artiste permet de penser que la Cour de cassation fera également une application stricte de cette exception à la présomption de salariat du mannequin, ainsi qu'elle le fait pour l'exception à la présomption de salariat de l'artiste. S'agissant de l'artiste, la Cour de cassation précise en effet qu'il appartient au producteur du spectacle, et non pas à l'artiste (et aux agents de contrôle habilités ou aux organismes de recouvrement), d'apporter la preuve qu'il exerce son activité de façon habituelle en qualité de travailleur indépendant dans le pays où il est établi.

Dans chacune des 3 affaires dans lesquelles s'est prononcée à ce jour la Cour de cassation, elle a refusé de faire application de cette dérogation à la présomption pour des artistes étrangers³²² Elle a considéré que les artistes restaient couverts par la présomption de salariat et que les producteurs établis en France étaient leurs employeurs.

Si on transpose cette jurisprudence au mannequinat, il appartient à l'utilisateur direct du mannequin d'apporter la preuve que celui-ci exerce ce métier à titre habituel en qualité de travailleur indépendant dans l'Etat de l'UE ou de l'EEE où il est établi. Par ailleurs, il faut que l'utilisateur prouve que ce mannequin a accompli en France toutes les formalités déclaratives mentionnées ***supra au paragraphe .B.4.2. p.134.***

A contrario, cette exception possible à la présomption de salariat n'est pas applicable au mannequin résidant en Suisse ou dans un Etat tiers. La présomption lui est opposable, ainsi qu'à l'utilisateur, sans réserve.

Nota

A supposer réunies les conditions posées par l'article L.7123-4-1 du code du travail, la requalification du mannequin prestataire en salarié resterait cependant possible par la démonstration de droit commun de l'existence d'un lien de subordination juridique permanente.

.3) La levée de la présomption de salariat du bûcheron ou travailleur forestier

La présomption de salariat du bûcheron, prévue par l'article L.722-23 du code rural, obéit quant à elle à un troisième régime juridique, différent de ceux applicables à l'artiste et au mannequin.

La présomption de salariat, souvent réduite au métier de bûcheron, a une portée bien plus large. Elle vise en réalité tous les métiers relevant des travaux forestiers et qui sont

³²² Voir infra p.213 7^{ème} partie Jurisprudence.

mentionnés à l'article L.722-3 du code rural ; à ce titre, un élagueur, par exemple, relève de la présomption de salariat.

La présomption de salariat du bûcheron ou travailleur forestier prévue par le code rural a une force juridique plus forte que celle qui vise l'artiste et le mannequin.

.1- En effet, la présomption ne peut être levée que par une décision administrative ; par ailleurs, contrairement au code du travail, le code rural ne prévoit pas d'exception pour le bûcheron ou le travailleur forestier qui serait établi à titre habituel et indépendant dans un Etat de l'UE ou de l'EEE, lorsque celui-ci intervient sur le territoire français. La présomption de salariat qui vise le métier de bûcheron est donc quasi irréfragable, tant qu'elle n'a pas été levée.

Le bûcheron ou travailleur forestier n'est pas un travailleur indépendant, mais un salarié, et celui pour le compte duquel il travaille n'est pas son donneur d'ordre, mais son employeur.

Le respect de cette présomption de salariat, qui est d'ordre public, n'est pas anodin car de très nombreux bûcherons ou travailleurs forestiers originaires des nouveaux Etats membres de l'Union européenne travaillent sur le territoire français.

Tant que le bûcheron n'a pas demandé et obtenu la levée de la présomption de salariat, il reste salarié, sans que son employeur puisse s'affranchir de cette qualité.

2- La levée de la présomption de salariat, qui est demandée par le bûcheron ou travailleur forestier via sa caisse de MSA, a pour effet de transformer le statut de salarié du bûcheron ou travailleur forestier en statut de travailleur indépendant ; le bûcheron ou travailleur forestier est alors appelé un entrepreneur de travaux forestiers (ETF). Il est déclaré en tant que tel à la MSA.

La procédure de levée de la présomption de salariat, qui relève de la commission consultative régionale *ad hoc*, a pour objet de s'assurer que le bûcheron ou travailleur forestier dispose de la capacité, de l'expérience professionnelle et de l'autonomie pour exercer ce métier à titre indépendant³²³.

Historiquement³²⁴, la levée de la présomption de salariat a eu pour vocation de s'appliquer au bûcheron ou au travailleur forestier établi en France, quelle que soit sa nationalité. Ce n'est que de façon incidente que cette procédure peut théoriquement concerner le bûcheron ou le travailleur forestier établi hors de France, puisque celui-ci relève de plein droit de l'article L.722-23 du code rural et de son décret d'application.

En effet, le bûcheron ou travailleur forestier doit notamment justifier de la possession de diplômes français.

La levée de la présomption de salariat se prouve par la présentation d'une attestation annuelle délivrée par la MSA. Dès lors que le bûcheron ou le travailleur forestier ne produit pas l'attestation de levée de la présomption de salariat, il est salarié de celui qui lui fournit du travail. Il ne peut être considéré comme un travailleur indépendant.

³²³ Pour les conditions détaillées, voir l'article D.722.32 du code rural.

³²⁴ A l'époque de la création de la présomption de salariat dans le code rural, le détachement de bûcherons ou travailleurs forestiers en France n'existait pas.

Les cotisations et contributions sociales sont dues par son employeur, c'est-à-dire par celui qui lui a confié du travail et le fait travailler.

Nota

.1) *En application de la directive n°2006/123 du 12 décembre 2006, la France a dû modifier la procédure de levée de la présomption de salariat du bûcheron par un décret du 20 juin 2013. La commission régionale consultative a été supprimée et remplacée par un avis du DRAAF, transmis à la MSA qui instruit le dossier.*

La directive du 12 décembre 2006, pas plus que le décret du 20 juin 2013 (ni a fortiori l'instruction technique du ministère de l'agriculture du 10 octobre 2014), n'ont remis en cause ou atténué le principe de la présomption de salariat du bûcheron, qui relève de la seule compétence du législateur. Il n'existe pas en effet dans le code rural une disposition législative de même nature que l'article L.7121-5 pour l'artiste ou l'article L.7123-4-1 pour le mannequin.

.2) *A supposer que le bûcheron ait bénéficié de la levée de la présomption de salariat, sa requalification en salarié resterait cependant possible par la démonstration de droit commun de l'existence d'un lien de subordination juridique permanente.*

.B.5. La mise en cause de celui qui emploie un salarié prétendument détaché par une entreprise établie hors de France

Les fraudes au détachement du salarié sur le territoire français ont notamment pour objectif d'éviter de payer les cotisations et contributions sociales en France. En effet, la quasi-totalité des salariés qui travaillent en France sous le statut indu du détachement sont munis d'un certificat de détachement, que leur employeur officiel a sollicité la délivrance auprès de l'institution de sécurité sociale de l'Etat dans lequel il est domicilié.

Même si la jurisprudence de la CJUE rend opposable à l'Etat d'accueil et au juge national de cet Etat le certificat de détachement dont est muni le salarié, les perspectives offertes aux organismes de protection sociale pour demander la requalification du pseudo salarié détaché sont juridiquement possibles dans plusieurs situations.

Cette démarche de requalification doit exclusivement se fonder *a priori* sur les dispositions de la législation du travail et sur la jurisprudence qui en résulte, pour en tirer ensuite des conséquences en matière de recouvrement des cotisations et contributions sociales.

Le droit du travail entraîne l'application du droit de la sécurité sociale, et non l'inverse.

La saisine de la CJUE d'une question préjudicielle par la Cour de cassation le 6 novembre 2015 (**voir infra p. 213 Jurisprudence**) ne concerne aucune des cinq situations de travail salarié en France qui suit.

.B.5.1. Lorsque l'employeur fait travailler en France un salarié détaché dans le cadre d'une fraude à l'établissement

De nombreuses entreprises étrangères exercent leur activité économique en France sans créer d'établissement, alors que leur activité est stable et continue sur le territoire français ou parce qu'elles n'ont pas d'activité ou pas d'activité significative dans l'Etat où elles sont domiciliées.

Dès lors que cette fraude à l'établissement est avérée, le salarié affecté à cette activité n'a pas la qualité de détaché ; il est salarié de cet établissement de fait³²⁵. De façon, plus générale, la Cour de cassation considère que celui qui occupe un emploi nécessaire à l'activité économique de l'entreprise en est son salarié³²⁶, d'autant que le lien de subordination juridique n'est pas contestable entre l'établissement de fait sur le territoire français et le prétendu salarié détaché.

Dès lors, l'établissement de fait qui emploie ce salarié sous sa subordination juridique, outre son immatriculation au RCS ou au RM, doit procéder à la DPAE, lui remettre un bulletin de paie et faire les déclarations sociales en France.

C'est donc la constatation d'une situation de travail dissimulé au sens des articles L.8221-1 et suivants du code du travail et de l'absence d'un détachement au sens de l'article L.1262-3 du code du travail, c'est-à-dire le non respect de la législation du travail, qui sont le fondement de l'action en dommages et intérêts et/ou en recouvrement des organismes de protection sociale (tout comme en présence d'une situation de faux bénévolat au sein d'une pseudo association qui exerce en réalité une activité commerciale).

.B.5.2. Lorsque le salarié est employé en France dans le cadre d'une opération de fausse sous-traitance³²⁷

Le salarié détaché est victime d'une opération de fausse sous-traitance au profit d'une entreprise donneur d'ordre établi en France :

.- soit lorsqu'il est victime d'une opération de marchandage et/ou de prêt illicite de personnel. La Cour de cassation considère qu'il devient le salarié direct de l'entreprise donneur d'ordre ; il n'a donc pas la qualité de salarié détaché.

Dès lors que l'opération de marchandage et/ou de prêt illicite de personnel est reconnue par le juge, le salarié détaché perd cette qualité et devient le salarié du donneur d'ordre, c'est-à-dire le salarié de l'entreprise qui a prétendument sous-traité à son employeur officiel³²⁸.

L'opération de fausse sous-traitance fait disparaître l'employeur officiel établi à l'étranger ; seul compte l'employeur réel établi en France. Le certificat de détachement existe, mais il est sans objet car il mentionne l'identité d'un employeur erroné.

³²⁵ ³²⁵ Cass. crim. n° 11-88420 du 11 mars 2014 EASYJET; cass. crim n° 12-81421 du 11 mars 2014 VUELING

³²⁶ Cass. crim. n° 95-82686 du 23 juillet 1996 FLOCH.

³²⁷ Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance ». Octobre 2015, du même auteur.

³²⁸ Not. Cass. crim. n° 11-82952 du 22 février 2012 TIMLUX.

Les organismes de sécurité sociale n'ont pas en effet à connaître de la relation entre ce salarié et cette entreprise étrangère qui n'est pas son employeur en France, puisque cette relation subordonnée n'existe pas sur le territoire français avec cette entreprise étrangère.

.- soit lorsqu'il est employé sous un statut de faux travailleur indépendant. La Cour de cassation considère qu'il devient également le salarié de l'entreprise donneur d'ordre qui le fait travailler en France comme un prétendu travailleur indépendant³²⁹. Le certificat de détachement existe, mais il est sans objet car il vise un travailleur indépendant qui n'exerce pas en cette qualité sur le territoire français.

.B.5.3. Lorsque le salarié est employé en France dans le cadre d'une opération de mise à disposition licite ou illicite³³⁰

La mise à disposition, licite ou illicite, du salarié qui entraîne le transfert de la subordination juridique ; permet aux organismes de sécurité sociale de s'adresser à l'entreprise d'accueil en France pour le paiement des cotisations et contributions sociales. Comme en matière de fausse sous-traitance, le certificat de détachement existe, mais il est sans objet car il mentionne l'identité d'un employeur erroné.

Le salarié détaché est victime d'une opération de mise à disposition illicite, hors hypothèse de sous-traitance, au profit d'une entreprise établie en France dans les trois situations suivantes :

1.- lorsqu'il est détaché en France par une entreprise de travail temporaire qui ne respecte pas la législation sur le travail temporaire. Ne pas respecter la législation sur le travail temporaire constitue du marchandage et/ou du prêt illicite de main d'œuvre, imputables à la fois à l'ETT établie à l'étranger et à l'entreprise utilisatrice française. Le salarié détaché devient alors le salarié de l'entreprise utilisatrice française auprès de laquelle il peut faire valoir ses droits³³¹.

L'entreprise utilisatrice française ne peut plus invoquer la législation sur le travail temporaire puisqu'elle s'est placée en dehors du cadre juridique applicable à cette activité ; par ailleurs, elle exerce la subordination juridique sur cet intérimaire pseudo détaché.

2.- lorsqu'il est détaché en France par une entreprise qui n'a pas le statut d'entreprise de travail temporaire et qui le met à la disposition d'une entreprise utilisatrice française, dans le cadre d'une opération de trafic de main d'œuvre. Cette opération est susceptible de viser un salarié présenté comme tel, mais aussi un prétendu stagiaire ou un prétendu travailleur indépendant.

3.- lorsqu'il est détaché en France dans le cadre d'une mobilité internationale intragroupe, au sein d'un établissement de ce groupe. La mobilité internationale intragroupe d'un salarié est

³²⁹ Not. Cass. crim. n° 04-87840 du 13 septembre 2005 MPDC.

³³⁰ Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance ». Octobre 2015, du même auteur.

³³¹ Not. Cass. soc. n° 07-42616 du 11 mars 2009 BELFOR France ; cass. soc. n° 14-11805 du 18 février 2016 ND LOGISTICS ; cass. crim. n° 12-27855 du 11 mars 2015 RANDSTAD.

en soi licite, mais elle connaît un développement significatif, directement lié à son dévoiement³³².

La mobilité internationale intragroupe correspond à la mutation et à l'emploi temporaire en France d'un salarié d'un groupe international qui travaille habituellement à l'étranger. Cette mobilité se fait, soit sous le régime de l'embauche et de l'emploi direct par l'entreprise française d'accueil, soit sous le régime du détachement qui est utilisé de façon quasi systématique.

Le régime du détachement est admis lorsque le salarié en mobilité n'est pas mis à la disposition de l'entreprise d'accueil en France et ne travaille pas sous sa subordination juridique. Or, la très grande majorité des mobilités internationales intragroupes se fait dans le cadre d'une mise à disposition, avec transfert de la subordination juridique vers l'entreprise française, surtout lorsque cette mobilité se fait par l'envoi massif et concomitant de salariés pseudos détachés dans une coquille vide en France ou depuis une entreprise qui n'a pas d'activité réelle dans l'Etat de domiciliation, ce qui évite ainsi de recruter directement pour assurer son activité en France.

La requalification du salarié ne nécessite pas de démontrer l'existence d'un but lucratif entre les deux entreprises du groupe³³³, celle qui prête depuis l'étranger et celle qui accueille en France; la reconnaissance de la subordination juridique à l'égard de l'entreprise d'accueil en France suffit.

Les organismes de protection sociale peuvent se référer à cette jurisprudence pour obtenir la requalification de l'entreprise utilisatrice ou de l'entreprise d'accueil en employeur de ce salarié qu'elle dissimule au sens de l'article L.8221-5 du code du travail et qui est dès lors redevable des cotisations et contributions sociales.

Les cotisations et contributions sociales sont dues par le véritable employeur qui est en France, sans que celui-ci puisse invoquer l'existence d'un certificat de détachement délivré au nom d'une autre entreprise établie à l'étranger, qui n'est pas le véritable employeur du salarié en France.

Les organismes de sécurité sociale n'ont pas à connaître de la relation entre ce salarié et cette entreprise étrangère qui n'est pas son employeur en France, puisque cette relation subordonnée n'existe pas sur le territoire français avec cette entreprise.

.II.3. La mise en cause du donneur d'ordre

Les organismes de recouvrement ont la faculté de mettre cause le donneur d'ordre pour le paiement des sommes dues par son cocontractant ou une entreprise sous-traitante, soit dans le cadre d'une affaire de travail dissimulé, soit dans le cadre d'une affaire de dumping social.

³³² Voir « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » Septembre 2015, du même auteur ; voir également l'article « Le dévoiement de la mobilité internationale intragroupe : une forme recherchée de travail illégal et de dumping social sur le territoire français » Droit Ouvrier Mai 2015, du même auteur.

³³³ Même si ce but lucratif est avéré dans tous les cas, compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation sur cette notion.

.A. Dans une affaire de travail dissimulé

Depuis la loi du 31 décembre 1991³³⁴, les organismes de recouvrement ont la faculté de mettre en cause le donneur d'ordre cocontractant de l'entreprise qui pratique du travail dissimulé, en application de l'article L.8222-2 du code du travail. Ce dispositif a été complété par la loi du 23 décembre 2013³³⁵ qui concerne uniquement le donneur d'ordre lorsqu'il est une personne morale de droit public, en application de l'article L.8222-6 du code du travail.

Ces deux mécanismes, appelés la solidarité financière, sont à la disposition des organismes de recouvrement pour obtenir, sous conditions, du donneur d'ordre le paiement des cotisations, des pénalités et des majorations dues par son cocontractant qui pratique du travail dissimulé.

Les sommes dues par le donneur d'ordre sont proratisées à la valeur des travaux réalisés par le travailleur indépendant ou l'employeur pour le compte de ce client.

Ces mécanismes obéissent à des conditions différentes de mise en œuvre. Lorsque le donneur d'ordre est une personne morale de droit public, les organismes de recouvrement ont le choix entre les deux procédures.

.A.1. Le mécanisme prévu par l'article L.8222-2 du code du travail

Pour assigner le donneur d'ordre devant le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS), il faut, soit que le donneur d'ordre ait été condamné pour recours du travail dissimulé pratiqué par son entreprise sous-traitante, soit, qu'à la suite d'un contrôle, l'entreprise sous-traitante ait été verbalisée pour des faits de travail dissimulé et que son donneur d'ordre n'ait pas procédé à des vérifications préalables auprès de cette entreprise.

- la condamnation pénale du donneur d'ordre pour recours à une entreprise qui pratique du travail dissimulé permet aux organismes de protection sociale de l'assigner de plein droit devant le TASS, en application de l'article L.8222-2 du code du travail.

- en l'absence de condamnation pénale du donneur d'ordre, quatre conditions doivent être réunies pour permettre aux organismes de protection sociale de faire jouer l'article L.8222-2 du code du travail. Il faut que :

- ⇒ l'entreprise sous-traitante soit contrôlée par un des agents de contrôle habilités mentionnés à l'article L.8271-1-2 du code du travail,
- ⇒ l'agent de contrôle verbalise cette entreprise pour des faits de travail dissimulé,
- ⇒ le contrat commercial ou le marché entre l'entreprise sous-traitante et son donneur d'ordre soit égal ou supérieur à 5 000 euros hors taxes,
- ⇒ le donneur d'ordre n'ait pas procédé à des vérifications initiale et périodiques auprès de son entreprise sous-traitante³³⁶.

³³⁴ Loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991 renforçant la lutte contre le travail clandestin et la lutte contre l'organisation de l'entrée et du séjour irréguliers d'étrangers en France.

³³⁵ Article 83 de la loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la sécurité sociale pour 2014.

³³⁶ Voir infra p.243 en annexe le détail de ces vérifications.

.A.2. Le mécanisme prévu par l'article L.8222-6 du code du travail

Ce mécanisme est réservé au cas où le travailleur indépendant ou l'employeur qui pratique du travail dissimulé est une entreprise cocontractante d'un donneur d'ordre personne morale de droit public, et quel que soit le montant du marché³³⁷.

Pour permettre aux organismes de recouvrement d'assigner le donneur d'ordre personne morale de droit public devant le TASS, en application de cette disposition du code du travail, il faut que :

- ⇒ le travailleur indépendant ou l'employeur soit contrôlé par l'un des agents de contrôle habilités mentionnés à l'article L.8271-1-2 du code du travail,
- ⇒ à la suite de ce contrôle, le donneur d'ordre ait reçu un courrier de la part de l'agent de contrôle habilité l'informant que ce travailleur indépendant ou cet employeur pratique du travail dissimulé,
- ⇒ soit à réception du courrier lui signalant la situation de travail dissimulé, le donneur d'ordre n'ait pas écrit aussitôt au travailleur indépendant ou à l'employeur pour lui enjoindre de faire cesser sans délai la situation et n'ait pas informé l'agent de contrôle habilité des suites données par l'entreprise à son injonction,
- ⇒ soit le contrat se poursuit au-delà d'un délai de six mois suivant l'injonction du donneur d'ordre, et alors que la situation de travail dissimulé n'a pas cessé.

Il n'est pas nécessaire d'établir un procès verbal constatant l'infraction de travail dissimulé.

Le mécanisme de solidarité financière de l'article L.8222-6 du code du travail est à la main des organismes de recouvrement puisqu'ils disposent des agents de contrôle habilités, qui peuvent donc mettre ce mécanisme en œuvre à tout moment.

.A.3. La solidarité financière du donneur d'ordre s'applique à toutes les situations où une entreprise pratique du travail dissimulé, que ce soit par un travailleur indépendant exerçant seul sous la forme d'une entreprise individuelle, par une entreprise ou une association qui emploie des salariés ou par une entreprise établie en France ou à l'étranger qui preste et/ou qui détache des salariés sur le territoire français.

La mise en œuvre de la solidarité financière à l'égard du donneur d'ordre par les organismes de protection sociale ne soulève pas en principe de difficulté pour obtenir toutes les informations nécessaires à son application.

Les organismes de protection sociale disposent tous d'agents habilités pour rechercher et constater les infractions de travail dissimulé ; ces agents sont en capacité de rassembler pour le compte de leurs organismes les renseignements et documents nécessaires, voire de mettre en œuvre le mécanisme de l'article L.8222-6 du code du travail.

Ces organismes sont par ailleurs destinataires, en application de l'article L.8271-8-1 du code du travail, des procès verbaux de travail dissimulé établis par tous les agents de contrôle habilités. De façon plus générale, le secret professionnel est levé entre les organismes de

³³⁷ Le seuil de 5 000 euros n'existe pas.

protection sociale et les agents de contrôle habilités, en application des articles L.8271-4 et L.8271-5 du code du travail.

Enfin, le bon fonctionnement des CODAF assure aux organismes de protection d'avoir une connaissance exhaustive des affaires dans lesquelles la solidarité financière est mobilisable, notamment lorsqu'une condamnation pénale intervient plusieurs mois après les constats de l'agent habilité.

.B. Dans le cadre d'une affaire de dumping social

La mise en cause du donneur d'ordre dans une affaire de dumping social résulte des articles L.1262-4-3 et L.3245-2 du code du travail, lorsque l'employeur d'un salarié ne respecte pas le Smic ou les salaires minimum conventionnels (étendus ?³³⁸) ou lorsque l'employeur n'assure que le paiement partiel de ces rémunérations minimales³³⁹.

Ces deux dispositions du code du travail permettent aux organismes de recouvrement de récupérer auprès du donneur d'ordre le paiement des cotisations et des contributions sociales dues sur les rappels de salaire.

.B.1. L'article L.1262-4-3 du code du travail ne vise que le donneur d'ordre qui recourt, directement ou indirectement, à une entreprise étrangère qui détache des salariés sur le territoire français, sans respecter le Smic ou les salaires minimum conventionnels (étendus ?³⁴⁰).

Pour faire application de l'article L.1262-4-3 du code du travail, il faut que :

- .- le donneur d'ordre ait été informé par écrit³⁴¹ par un agent de contrôle habilité en matière de travail dissimulé que l'entreprise étrangère, cocontractante ou non, ne respecte pas le Smic ou les minima conventionnels,
- .- le donneur d'ordre n'ait pas enjoint aussitôt par écrit à cette entreprise étrangère de faire cesser sans délai cette situation,
- .- l'entreprise étrangère n'ait pas régularisé la situation dans un délai de sept jours, à compter de la réception de l'injonction,
- .- le donneur d'ordre n'ait pas résilié le contrat de prestations de services avec l'entreprise étrangère.

Cette procédure de recouvrement ne concerne pas le donneur d'ordre lorsqu'il est un particulier qui contracte pour son usage personnel, celui de son conjoint, de son partenaire

³³⁸ La loi ne donne pas cette précision. Interrogation, car il existe une différence rédactionnelle entre ces deux articles du code du travail qui visent tous les salaires conventionnels, étendus ou non, et l'article R.1261-2 qui exclut les dispositions conventionnelles non étendues du champ de la législation du travail applicable aux entreprises étrangères.

³³⁹ Cette formulation de la loi est difficilement compréhensible, sauf à viser le non paiement de certaines heures de travail. Dans ce cas, il ne s'agit plus de dumping social, mais de travail dissimulé par dissimulation d'heures de travail.

³⁴⁰ Interrogation, car il existe une différence rédactionnelle entre ces deux articles du code du travail qui visent tous les salaires conventionnels, étendus ou non, et l'article R.1261-2 qui exclut les dispositions conventionnelles non étendues du champ de la législation du travail applicable aux entreprises étrangères.

³⁴¹ Par précaution en LR/AR.

auquel il est lié par un pacte civil de solidarité, de son concubin ou de ses ascendants ou descendants.

La mise en œuvre de cette procédure est à la disposition des organismes de recouvrement puisqu'ils possèdent des agents de contrôle habilités.

Cependant l'échange d'informations avec les autres agents de contrôle qui auraient mis en œuvre cette procédure est juridiquement fragile, car il ne s'agit pas de la lutte contre le travail dissimulé et le secret professionnel n'est pas levé.

Par ailleurs, aucun délai n'est imposé au donneur d'ordre pour dénoncer le contrat de prestation de services avec l'entreprise étrangère, ce qui retarde, voire neutralise, l'action des organismes de recouvrement.

Enfin, cette procédure ne s'applique pas à l'entreprise étrangère qui détache en France un salarié hors contrat de prestation de services, c'est-à-dire à l'entreprise qui intervient pour son propre compte et à l'entreprise qui utilise la mobilité internationale intragroupe.

.B.2. L'article L.3245-2 du code du travail vise tout donneur d'ordre qui recourt, directement ou indirectement, à une entreprise établie en France, qui ne respecte pas le Smic ou les salaires minimum conventionnels (étendus ?³⁴²). Une lecture *a contrario* de l'article R.1263-15 du code du travail laisse à penser que le mécanisme de l'article L.3245-2 ne s'applique pas aux relations du donneur d'ordre avec une entreprise étrangère.

Pour faire application de l'article L.3245-2 du code du travail, il faut que :

- .- le donneur d'ordre ait été informé par écrit³⁴³ par un agent de contrôle habilité en matière de travail dissimulé qu'une entreprise, cocontractante ou non, ne respecte pas le Smic ou les minima conventionnels,
- .- le donneur d'ordre n'ait pas enjoint aussitôt par écrit à cette entreprise de faire cesser sans délai cette situation,
- .- le donneur d'ordre n'ait pas informé dans un délai de sept jours l'agent de contrôle habilité des suites données par l'entreprise défaillante à son injonction.

Cette procédure de recouvrement ne concerne pas le donneur d'ordre lorsqu'il est un particulier qui contracte pour son usage personnel, celui de son conjoint, de son partenaire auquel il est lié par un pacte civil de solidarité, de son concubin ou de ses ascendants ou descendants.

L'article L.3245-2 du code du travail est moins contraignant pour le donneur d'ordre que l'article L.1262-4-3, dans la mesure où l'obligation du donneur d'ordre n'est qu'une obligation de moyen (écrire à l'entreprise défaillante et à l'agent de contrôle habilité) et qu'il n'est pas tenu d'obtenir la régularisation du paiement des salaires, ni de dénoncer le contrat commercial.

³⁴² Interrogation, car il existe une différence rédactionnelle entre ces deux articles du code du travail qui visent tous les salaires conventionnels, étendus ou non, et l'article R.1261-2 qui exclut les dispositions conventionnelles non étendues du champ de la législation du travail applicable aux entreprises étrangères.

³⁴³ Par précaution en LR/AR.

La mise en œuvre de cette procédure est à la disposition des organismes de recouvrement puisqu'ils possèdent des agents de contrôle habilités.

Cependant l'échange d'informations avec les autres agents de contrôle qui auraient mis en œuvre cette procédure est juridiquement fragile, car il ne s'agit pas de la lutte contre le travail dissimulé et le secret professionnel n'est pas levé.

.II.4. La mise en cause du maître d'ouvrage

Les organismes de recouvrement ont le droit de mettre cause le maître d'ouvrage pour le paiement des sommes dues par son cocontractant ou une entreprise sous-traitante, soit dans le cadre d'une affaire de travail dissimulé, soit dans le cadre d'une affaire de dumping social.

.A. Dans une affaire de travail dissimulé

Créée elle aussi par la loi du 31 décembre 1991³⁴⁴, la mise en cause du maître d'ouvrage, prévue par les articles L.8222-2 et L.8222-5 du code du travail, est une seconde alternative à la disposition des organismes de protection sociale, pour obtenir le paiement des cotisations et des contributions sociales qui leur sont dues par l'entreprise qui pratique du travail dissimulé.

Le maître d'ouvrage est celui qui se trouve au sommet de la chaîne de sous-traitance; il prend l'initiative du processus économique et pour le compte duquel l'ouvrage est réalisé³⁴⁵. Le maître d'ouvrage est destinataire final du travail réalisé et en assure la plupart du temps son financement.

.A.1. Il s'agit d'un autre mécanisme de solidarité financière qui permet, sous conditions, aux organismes de protection sociale de demander au maître d'ouvrage de leur payer, aux lieu et place de l'entreprise qui pratique du travail dissimulé, les mêmes sommes que celles concernant le donneur d'ordre. Les sommes dues par le maître d'ouvrage sont proratisées à la valeur des travaux réalisés par l'employeur pour le compte de celui-ci.

Le choix entre la solidarité financière du donneur d'ordre et la solidarité financière du maître d'ouvrage est de pure opportunité pour les organismes de protection sociale ; l'une n'est pas le préalable de l'autre.

Les organismes de protection sociale ne peuvent pas cependant assigner directement le maître d'ouvrage devant le TASS. Le maître d'ouvrage doit, soit avoir été condamné pénalement pour recours par personne interposée à du travail dissimulé, soit ne pas avoir obtenu la régularisation de la situation de l'entreprise qui pratique du travail dissimulé.

.- la condamnation pénale du maître d'ouvrage pour recours, par personne interposée, à l'entreprise qui pratique du travail dissimulé permet aux organismes de protection sociale de

³⁴⁴ Loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991 renforçant la lutte contre le travail clandestin et la lutte contre l'organisation de l'entrée et du séjour irréguliers d'étrangers en France.

³⁴⁵ Voir également l'article 2 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

l'assigner de plein droit devant le TASS, en application de l'article L.8222-2 du code du travail.

.- en l'absence de condamnation pénale, quatre conditions doivent être réunies afin de permettre aux organismes de protection sociale de faire jouer l'article L.8222-2 du code du travail à l'égard du maître d'ouvrage. Il faut que :

- ⇒ l'activité ou le processus économique initié par le maître d'ouvrage ait fait l'objet d'un contrôle par un agent habilité en matière de lutte contre le travail dissimulé,
- ⇒ l'agent habilité ait décidé de faire application de l'article L.8222-5, d'informer le maître d'ouvrage qu'il a constaté qu'une entreprise pratique du travail dissimulé et de lui demander de faire cesser cette situation,
- ⇒ le maître d'ouvrage n'ait pas entrepris les diligences nécessaires pour faire cesser cette situation qui perdure lors d'un second contrôle de l'agent habilité³⁴⁶,
- ⇒ l'agent habilité communique l'ensemble de ces informations aux organismes de protection sociale.

.A.2. La solidarité financière du maître d'ouvrage s'applique à toutes les situations où une entreprise pratique du travail dissimulé, que ce soit par un travailleur indépendant exerçant seul sous la forme d'une entreprise individuelle, par une entreprise ou une association qui emploie des salariés ou par une entreprise établie en France ou à l'étranger qui preste et/ou qui détache des salariés sur le territoire français.

La mise en œuvre de la solidarité financière à l'égard du maître d'ouvrage par les organismes de protection sociale ne soulève pas en principe de difficulté pour obtenir toutes les informations nécessaires à son application.

Les organismes de protection sociale disposent tous d'agents habilités pour rechercher et constater les infractions de travail dissimulé. Ces agents peuvent donc mettre ce mécanisme en œuvre à tout moment ; ils sont également en capacité de rassembler pour le compte de leurs organismes les renseignements et documents nécessaires.

Ces organismes sont par ailleurs destinataires, en application de l'article L.8271-8-1 du code du travail, des procès verbaux de travail dissimulé établis par tous les agents de contrôle habilités. De façon plus générale, le secret professionnel est levé entre les organismes de protection sociale et les agents de contrôle habilités, en application des articles L.8271-4 et L.8271-5 du code du travail.

Enfin, le bon fonctionnement des CODAF permet aux organismes de protection d'avoir une connaissance exhaustive des affaires dans lesquelles la solidarité financière est mobilisable, notamment lorsqu'une condamnation pénale intervient plusieurs mois après les constats de l'agent habilité.

.B. Dans une affaire de dumping social

La mise en cause du maître d'ouvrage dans une affaire de dumping social résulte des articles L.1262-4-3 et L.3245-2 du code du travail, lorsque l'employeur d'un salarié ne respecte pas le

³⁴⁶ Le maître d'ouvrage est également tenu par la solidarité financière s'il n'obtient pas la régularisation de la situation à la suite d'un signalement d'un syndicat, d'une organisation professionnelle ou d'une institution représentative du personnel (même article du code du travail).

Smic ou les salaires minimum conventionnels (étendus ?³⁴⁷) ou lorsque l'employeur n'assure que le paiement partiel de ces rémunérations minimales³⁴⁸.

Ces deux dispositions du code du travail permettent aux organismes de recouvrement de récupérer auprès du maître d'ouvrage d'ordre le paiement des cotisations et des contributions sociales dues sur les rappels de salaire.

.B.1. L'article L.1262-4-3 du code du travail ne vise que le maître d'ouvrage qui recourt, directement ou indirectement, à une entreprise étrangère qui détache des salariés sur le territoire français, sans respecter le Smic ou les salaires minimum conventionnels (étendus ?).

Pour faire application de l'article L.1262-4-3 du code du travail, il faut que :

- .- le maître d'ouvrage ait été informé par écrit³⁴⁹ par un agent de contrôle habilité en matière de travail dissimulé que l'entreprise étrangère, cocontractante ou non, ne respecte pas le Smic ou les minima conventionnels,
- .- le maître d'ouvrage n'ait pas enjoint aussitôt par écrit à cette entreprise étrangère de faire cesser sans délai cette situation,
- .- l'entreprise étrangère n'ait pas régularisé la situation dans un délai de sept jours, à compter de la réception de l'injonction,
- .- le maître d'ouvrage n'ait pas résilié le contrat de prestations de services exécuté par l'entreprise étrangère.

Cette procédure de recouvrement ne concerne pas le maître d'ouvrage lorsqu'il est un particulier qui contracte pour son usage personnel, celui de son conjoint, de son partenaire auquel il est lié par un pacte civil de solidarité, de son concubin ou de ses ascendants ou descendants.

La mise en œuvre de cette procédure est à la disposition des organismes de recouvrement puisqu'ils possèdent des agents de contrôle habilités.

Cependant l'échange d'informations avec les autres agents de contrôle qui auraient mis en œuvre cette procédure est juridiquement fragile, car il ne s'agit pas de la lutte contre le travail dissimulé et le secret professionnel n'est pas levé.

Par ailleurs, aucun délai n'est imposé au maître d'ouvrage pour dénoncer le contrat de prestation de services avec l'entreprise étrangère, ce qui retarde, voire neutralise, l'action des organismes de recouvrement.

En outre, la question se pose de savoir comment un maître d'ouvrage dénonce le contrat de prestation de services, si l'entreprise étrangère défailante n'est pas son cocontractant.

³⁴⁷ Interrogation, car il existe une différence rédactionnelle entre ces deux articles du code du travail qui visent tous les salaires conventionnels, étendus ou non, et l'article R.1261-2 qui exclut les dispositions conventionnelles non étendues du champ de la législation du travail applicable aux entreprises étrangères.

³⁴⁸ Cette formulation de la loi est difficilement compréhensible, sauf à viser le non paiement de certaines heures de travail. Dans ce cas, il ne s'agit plus de dumping social, mais de travail dissimulé par dissimulation d'heures de travail.

³⁴⁹ Par précaution en LR/AR.

Enfin, cette procédure ne s'applique pas à l'entreprise étrangère qui détache en France des salariés, hors contrat de prestation de services, c'est-à-dire à l'entreprise qui intervient pour son propre compte et à l'entreprise qui utilise la mobilité internationale intragroupe.

.B.2. L'article L.3245-2 du code du travail ne vise que tout maître d'ouvrage qui recourt, directement ou indirectement, à une entreprise établie en France, qui ne respecte pas le Smic ou les salaires minimum conventionnels (étendus ?³⁵⁰). Une lecture a contrario de l'article R.1263-15 du code du travail laisse à penser que le mécanisme de l'article L.3245-2 du code du travail ne s'applique pas aux relations du maître d'ouvrage avec une entreprise étrangère.

Pour faire application de l'article L.3245-2 du code du travail, il faut que :

- .- le maître d'ouvrage ait été informé par écrit³⁵¹ par un agent de contrôle habilité en matière de travail dissimulé qu'une entreprise, cocontractante ou non, ne respecte pas le Smic ou les minima conventionnels,
- .- le maître d'ouvrage n'ait pas enjoint aussitôt par écrit à cette entreprise de faire cesser sans délai cette situation,
- .- le maître d'ouvrage n'ait pas informé dans un délai de sept jours l'agent de contrôle habilité des suites données par l'entreprise défaillante à son injonction.

Cette procédure de recouvrement ne concerne pas le maître d'ouvrage lorsqu'il est un particulier qui contracte pour son usage personnel, celui de son conjoint, de son partenaire auquel il est lié par un pacte civil de solidarité, de son concubin ou de ses ascendants ou descendants.

L'article L.3245-2 du code du travail est moins contraignant pour le maître d'ouvrage que l'article L.1262-4-3, dans la mesure où l'obligation du maître d'ouvrage n'est qu'une obligation de moyen (écrire à l'entreprise défaillante et à l'agent de contrôle habilité) et qu'il n'est pas tenu d'obtenir la régularisation du paiement des salaires, ni de dénoncer le contrat commercial.

La mise en œuvre de cette procédure est à la disposition des organismes de recouvrement puisqu'ils possèdent des agents de contrôle habilités.

Cependant l'échange d'informations avec les autres agents de contrôle qui auraient mis en œuvre cette procédure est juridiquement fragile, car il ne s'agit pas de la lutte contre le travail dissimulé et le secret professionnel n'est pas levé.

³⁵⁰ Interrogation, car il existe une différence rédactionnelle entre ces deux articles du code du travail qui visent tous les salaires conventionnels, étendus ou non, et l'article R.1261-2 qui exclut les dispositions conventionnelles non étendues du champ de la législation du travail applicable aux entreprises étrangères.

³⁵¹ Par précaution en LR/AR.

Nota

La rédaction des articles L.1262-4-3 et L.3245-2 du code du travail permet aux services de recouvrement de s'adresser indifféremment au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage, dès lors que les conditions propres à chaque procédure sont respectées.

.II.5. La mise en cause de la société mère

La loi du 12 mai 2009³⁵² a créé et a ajouté une solidarité financière intragroupe dans l'hypothèse où une entreprise du groupe pratique du travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié.

L'article L.243-7-3 du code de la sécurité sociale dispose que si l'employeur appartient à un ensemble de personnes entre lesquelles un lien de dépendance ou de contrôle existe, au sens des articles L.233-1 et L.233-3 du code de commerce, en cas de constatation d'une infraction de travail dissimulé par procès-verbal établi à son encontre, la société mère ou la société holding de cet ensemble sont tenues subsidiairement et solidairement au paiement des contributions et cotisations sociales ainsi que des majorations et pénalités dues à la suite de ce constat.

Cette solidarité financière obéit à des conditions radicalement différentes de celles prévues par le code du travail, même si la finalité reste la même ; cette solidarité financière est en effet de plein droit. Elle offre aux organismes de recouvrement des cotisations et des contributions sociales un outil complémentaire qui peut être mobilisé plus facilement, sans préjudice des dispositions inscrites dans le code du travail (et sous réserve de ne pas obtenir deux fois le paiement des sommes dues).

.III. Quels sont les droits des organismes de protection sociale victimes ?

En présence d'une situation de travail dissimulé dont ils sont victimes, les organismes de protection sociale disposent d'un ensemble de droits à caractère pécuniaire, destinés à protéger et garantir leurs ressources financières.

.A. Le droit de se constituer partie civile et d'obtenir des dommages et intérêts

Le travail dissimulé a pour effet de priver les organismes de protection sociale des ressources qui proviennent des cotisations et des contributions sociales dues à l'occasion de l'exercice d'une activité économique à titre indépendant ou de l'emploi de salarié.

La privation de ces ressources cause un préjudice financier aux organismes de sécurité sociale qui sont alors admis par la jurisprudence à se constituer partie civile au procès pénal et à réclamer des dommages et intérêts³⁵³.

³⁵² Article 75 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

³⁵³ Pour Pôle Emploi : cass. crim. n° 14-80584 du 25 novembre 2015 ; pour l'Urssaf : cass. crim. n° 97-85392 du 26 mai 1998 ; pour la MSA : cass. crim. n° 03-87679 du 14 septembre 2004.

Les dommages et intérêts qui peuvent être attribués dans le cadre d'une procédure pénale ne sont pas symboliques, ni dérisoires. Les organismes de protection sociale peuvent obtenir la réparation intégrale du préjudice financier causé par le non versement des cotisations et contributions sociales, ce qui représente dans certaines affaires des sommes considérables³⁵⁴.

La constitution de partie civile des organismes de protection sociale, insuffisamment utilisée, présente par ailleurs l'intérêt de conforter l'action du procureur de la République, de renforcer la sanction pénale et de dissuader pour l'avenir.

La constitution de partie civile n'interdit pas aux organismes de protection sociale de mettre en œuvre simultanément devant le TASS la procédure de droit commun de recouvrement des cotisations et contributions sociales éludées.

Les organismes de protection sociale disposent de deux outils à caractère financier pour faire valoir leurs droits.

.B. Le recouvrement des cotisations et contributions sociales éludées

Les organismes de protection sociale sont habilités à recouvrer les cotisations et contributions éludées, avec le cas échéant les majorations et pénalités.

En application de l'article L.243-7-7 du code la sécurité sociale, le montant du redressement des cotisations et des contributions sociales est majoré de 25%, que la situation de travail soit découverte lors d'un contrôle sur place (article L.243-7 du code) ou matérialisée par un procès verbal (article L.243-7-5 du code). Cette majoration du montant du redressement concerne le travail dissimulé par dissimulation d'activité (par exemple à l'égard d'un travailleur indépendant) et le travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié (l'employeur).

Le redressement est majoré de 40% en présence de circonstances aggravantes dans le dossier de travail dissimulé (dissimulation d'emploi de plusieurs salariés, mineur soumis à l'obligation scolaire victime, abus de vulnérabilité ou travail dissimulé commis en bande organisée).

En application de l'article L.244-3 du code de la sécurité sociale, l'action en recouvrement de ces sommes dues en raison du travail dissimulé, y compris celles relatives à l'assurance chômage, se prescrit dans les cinq ans, à condition qu'un procès verbal ait été relevé ; sinon la prescription de droit commun de trois ans s'applique.

Le recouvrement de ces sommes n'est pas cependant conditionné par l'existence préalable d'un procès verbal relevant l'infraction de travail dissimulé ; ce sont les faits qui établissent l'élément matériel du délit de travail dissimulé qui constitue le fait générateur du versement des cotisations³⁵⁵.

En cas de constat d'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, le redressement a pour objet exclusif le recouvrement des cotisations afférentes à cet emploi,

³⁵⁴ Dans l'affaire Ryanair, l'Urssaf a obtenu 4,5 M. d'euros de dommages et intérêts devant la cour d'appel d'Aix en Provence.

³⁵⁵ Cass. civ.2 n° 12-26123 du 10 octobre 2013 ATOUT CŒUR.

sans qu'il soit nécessaire d'établir l'intention frauduleuse de l'employeur³⁵⁶.

En application de l'article L.242-1-2 du code de la sécurité sociale, le calcul des cotisations et contributions de sécurité sociale sont calculées, sauf si le chiffrage au réel est possible³⁵⁷, sur des rémunérations qui, sont, à défaut de preuve contraire en termes de durée effective d'emploi et de rémunération versée, évaluées forfaitairement à 25% du plafond annuel de la sécurité sociale en vigueur au moment du constat du délit de travail dissimulé ; le caractère frauduleux de la dissimulation d'emploi salarié n'est pas à démontrer³⁵⁸.

Ces rémunérations sont réputées avoir été versées au cours du mois où le délit de travail dissimulé est constaté ; elles ne peuvent donner lieu à exonération ou réduction de cotisations sociales.

Pour faire obstacle à l'application de l'évaluation forfaitaire de la rémunération servant de base au calcul du redressement, l'employeur doit apporter la preuve non seulement de la durée réelle d'emploi du salarié dissimulé, mais encore du montant exact de la rémunération versée à ce dernier pendant cette période³⁵⁹.

L'organisme de recouvrement dispose également de la faculté de procéder à une taxation forfaitaire, en application de l'article R.242-5 du code de la sécurité sociale, lorsque la comptabilité de l'employeur ne permet pas d'établir le chiffre exact des rémunérations servant de base au calcul des cotisations dues.

Ce forfait est établi compte tenu des conventions collectives en vigueur ou, à défaut, des salaires pratiqués dans la profession ou la région considérée. La durée de l'emploi est déterminée d'après les déclarations des intéressés ou par tout autre moyen de preuve.

Cette taxation forfaitaire suppose d'avoir pu déterminer avec exactitude le volume d'heures de travail. A défaut de chiffrage au réel ou par taxation forfaitaire, le redressement forfaitaire de l'article L.2412-1-2 du code de la sécurité sociale s'applique.

En cas de requalification d'un faux travailleur indépendant en salarié, qui est une forme particulière de la dissimulation d'emploi salarié, l'article L.8221-6 II du code du travail dispose que le donneur d'ordre condamné au pénal est tenu au paiement des cotisations calculées sur les sommes versées au titre de la période pour laquelle la dissimulation a été établie.

La Cour de cassation précise que le recouvrement des cotisations dues par l'employeur d'un faux travailleur indépendant n'est possible que pour la période postérieure à la requalification en emploi salarié de l'emploi litigieux³⁶⁰ (et dans la limite de la prescription de cinq ans).

L'application de cette disposition pose un problème d'articulation avec l'article L.242-1-2 du code de la sécurité qui fixe une évaluation forfaitaire des rémunérations versées, notamment pour les courtes périodes d'emploi du salarié sous ce faux statut.

³⁵⁶ Cass. civ. 2 n° 14-21490 du 9 juillet 2015 EXECUTIVE TRAVEL.

³⁵⁷ Vrais bulletins de paie, vrais horaires et comptabilisation des sommes correspondantes.

³⁵⁸ Cass. civ. 2 n° 13-22943 du 9 octobre 2014 NORDCATH.

³⁵⁹ Cass. civ. 2 n° 12-27513 du 19 décembre 2013 YI SHENG.

³⁶⁰ Cass. civ. 2 n° 10-22868 du 13 octobre 2011 BABOU.

Nota

Le code de la sécurité sociale et le code rural contiennent des dispositions relatives à la reconstitution de la protection sociale en matière de droit à la retraite, qui intéressent particulièrement le salarié dissimulé.

L'article L.241-1-3 du code de la sécurité sociale, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015³⁶¹, précise que lorsqu'un redressement de cotisations sociales a une incidence sur les droits de tout salarié en matière d'assurance vieillesse, les organismes chargés du recouvrement transmettent les informations utiles aux organismes gestionnaires pour rectifier ses droits.

En cas de constat de travail dissimulé, et s'il y a collusion entre l'employeur et le salarié, la rectification ne s'opère qu'à compter du redressement.

L'article L.725-12-2 du code rural prévoit la même disposition pour le salarié relevant du régime agricole.

Il n'existe pas d'information officielle sur le nombre de salariés qui ont bénéficié de cette disposition en 2015.

.C. Le refus des exonérations et des réductions de cotisations sociales

Le code de la sécurité sociale permet aux organismes de sécurité sociale de refuser le bénéfice des exonérations et des réductions des cotisations et des contributions sociales à tout employeur ou à tout travailleur indépendant qui ne respecte pas l'une des trois interdictions en matière de travail dissimulé posées par l'article L.8221-1 du code du travail.

Contrairement à une lecture un peu rapide des textes, ces sanctions civiles ne s'appliquent donc pas uniquement à l'auteur du travail dissimulé ; elles concernent également le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage, en qualité d'employeur.

L'alinéa 1^{er} de l'article L.133-4-2 du code de la sécurité sociale vise en effet sans restriction les trois interdictions posées par l'article L.8221-1 du code du travail.

Le refus n'est pas conditionné par l'existence préalable d'un procès verbal ou d'une condamnation pénale.

.D. L'annulation des exonérations et des réductions de cotisations sociales

Le code de la sécurité sociale permet également aux organismes de sécurité sociale d'annuler le bénéfice des exonérations et des réductions des cotisations et des contributions sociales accordées à tout employeur ou à tout travailleur indépendant qui commet les

³⁶¹ Article 91 de la loi n° 2014-1554 du 22 décembre 2014 de financement de la sécurité sociale pour 2015. Circulaire CNAV n° 2016-37 du 4 août 2016 relative au redressement de cotisations sociales suite à travail dissimulé.

infractions de dissimulation d'activité et de dissimulation d'emploi salarié, ainsi qu'au donneur d'ordre et au maître d'ouvrage.

L'annulation des exonérations et des réductions de cotisations sociales est prévue par deux dispositions du code de la sécurité sociale :

.- les alinéas 2 et 3 de l'article L.133-4-2 du code de la sécurité sociale disposent que, lorsque l'infraction définie aux articles L.8221-3 et L.8221-5 du code du travail est constatée par procès-verbal par un agent de contrôle habilité, l'organisme de recouvrement procède, dans la limite de la prescription applicable en matière de travail dissimulé, à l'annulation des réductions ou exonérations des cotisations ou contributions pratiquées au cours d'un mois civil, lorsque les rémunérations versées ou dues à un ou des salariés dissimulés au cours de ce mois sont au moins égales au Smic.

Lorsque les rémunérations dissimulées au cours du mois sont inférieures à la rémunération mensuelle minimale mentionnée au deuxième alinéa, l'annulation est réduite à due proportion en appliquant aux réductions ou exonérations de cotisations ou contributions pratiquées un coefficient égal au rapport entre les rémunérations dues ou versées en contrepartie du travail dissimulé et la rémunération mensuelle minimale³⁶².

Pour procéder à l'annulation du bénéfice des exonérations et des réductions de cotisations sociales, un procès verbal constatant l'infraction de travail dissimulé est donc nécessaire

.- l'article L.133-4-5 du code de la sécurité sociale vise le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage.

Lorsque le donneur d'ordre n'a pas procédé aux vérifications de son cocontractant au titre de la solidarité financière (article L.8222-1 du code du travail) et que ce cocontractant pratique du travail dissimulé, les organismes de protection sociale sont habilités à procéder à l'annulation des exonérations et des réductions dont a bénéficié ce donneur d'ordre pour ses salariés.

Lorsque le maître d'ouvrage n'a pas fait cesser, à la suite d'un signalement d'un agent habilité, la situation de travail dissimulé pratiqué par une entreprise intervenante (article L.8222-5 du code du travail), les organismes de protection sociale sont habilités à procéder à

l'annulation des exonérations et des réductions dont a bénéficié ce maître d'ouvrage pour ses salariés³⁶³.

³⁶² Pour plus d'information, voir la circulaire DSS/5C/2006/304 du 6 juillet 2006.

³⁶³ Le maître d'ouvrage est également tenu au remboursement des exonérations et des abattements dont il bénéficie s'il n'obtient pas la régularisation de la situation à la suite d'un signalement d'un syndicat, d'une organisation professionnelle ou d'une institution représentative du personnel (même article du code du travail).

L'annulation n'entraîne pas le remboursement de la totalité du montant des réductions ou des exonérations. Elle se limite à chacun des mois au cours desquels le donneur d'ordre a recouru à une entreprise qui pratique du travail dissimulé ou n'a pas fait cesser ses relations contractuelles, après le signalement de l'agent de contrôle habilité.

L'annulation s'applique pour chacun des mois au cours duquel ces situations sont constatées.

Un procès verbal constatant l'infraction de travail dissimulé ou de recours à du travail dissimulé n'est pas nécessaire.

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

L'annulation des réductions ou des exonérations nécessite l'établissement par un agent de contrôle habilité d'un procès verbal pour travail dissimulé à l'égard du seul cocontractant, auteur du travail dissimulé.

Nota

La bonne application des dispositions du code de la sécurité sociale relatives au refus d'exonération ou de réduction de cotisations et de contributions sociales et relatives à l'annulation de ces avantages nécessite une circulation de l'information et des documents entre les agents de contrôle habilités qui constatent les situations de travail dissimulé ou l'absence des vigilance des donneurs d'ordre et des maîtres d'ouvrage et les organismes de protection sociale.

Ces organismes sont par ailleurs destinataires, en application de l'article L.8271-8-1 du code du travail, des procès verbaux de travail dissimulé établis par tous les agents de contrôle habilités. De façon plus générale, le secret professionnel est levé entre les organismes de protection sociale et les agents de contrôle habilités, en application des articles L.8271-4 et L.8271-5 du code du travail.

Les articles L.8271-4, L.8271-5 et L.8271-8-1 lèvent le secret professionnel et permettent la circulation et la transmission des informations et des documents utiles à l'action des organismes de protection sociale.

Mais la transmission des procès verbaux faite sur le fondement de l'article L.8271-8-1 du code du travail pour faire appliquer ces sanctions civiles présente une grande fragilité juridique. En effet, l'article L.8271-8-1 du code du travail ne vise que la perspective du recouvrement des cotisations et des contributions sociales qui sont dues aux organismes de protection sociale, ce qui n'est pas l'objet des articles L.133-4-2 et L.133-4-5 du code de la sécurité sociale.

.E. Le refus d'attribuer des aides publiques

L'article L.8272-1 du code du travail autorise l'autorité administrative compétente à refuser pendant cinq ans une aide publique à la personne verbalisée pour une des infractions relevant du champ du travail illégal, mentionné à l'article L.8211-1 du code du travail.

L'article D.8272-1 du code du travail précise la liste des aides publiques susceptibles de faire l'objet de ce refus.

Lorsque l'aide publique est versée par une autorité administrative qui est un organisme de protection sociale, celui-ci dispose également de cet outil à mobiliser, en qualité de victime du travail illégal.

Dans ce cadre, les organismes de protection sociale sont habilités à refuser le bénéfice de :

- .- l'exonération de cotisations sociales patronales attachées au contrat d'apprentissage (article L.6221-1 du code du travail),

- .- les aides attribuées par Pôle Emploi et son réseau, attachées au contrat unique d'insertion (article L.5134-19-1 du code du travail),

- .- les exonérations de cotisations patronales au titre des assurances sociales et des allocations familiales, les exonérations de cotisations patronales au titre des accidents du travail et des maladies professionnelles et l'aide financière pour l'accompagnement personnalisé vers l'emploi, attachées au contrat de professionnalisation (article L.6325-1 du code du travail).

La décision de refuser l'aide publique est prise en opportunité par l'organisme de protection sociale, en tenant compte de la gravité des faits constatés, de la nature de l'aide et de l'avantage qu'elle procure à l'employeur.

L'organisme de protection sociale peut refuser l'aide non seulement à l'employeur du salarié dissimulé ou du salarié étranger employé sans titre de travail ou du salarié victime d'une opération de marchandage et de prêt illicite de main d'œuvre, mais également au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage ou à tout autre, dès qu'il lors qu'il a fait l'objet d'une verbalisation pour recours ou pour complicité.

La période de cinq ans pendant laquelle l'aide est refusée se décompte à partir de la date de clôture du procès verbal³⁶⁴.

Malgré son grand intérêt, cette mesure est très peu appliquée dans les faits.

La mise en œuvre du refus des aides publiques suppose que les organismes de protection sociale intéressés (sécurité sociale et Pôle Emploi) aient connaissance de la verbalisation pour une infraction relevant du travail illégal de l'employeur qui sollicite l'aide publique susceptible d'être refusée. Le CODAF est sans doute l'instance qui permet d'organiser l'échange des informations de cette nature et de les porter à la connaissance des organismes de protection sociale prestataires, dans le cadre de l'article L.8271-4 et de l'alinéa 2 de l'article L.8271-5 du code du travail.

.F. Le remboursement des aides publiques attribuées

³⁶⁴ Pour plus d'informations, voir la circulaire interministérielle du 28 novembre 2012 relative aux sanctions administratives suite à procès verbal relevant une infraction de travail illégal.

L'article L.8272-1 du code du travail autorise l'autorité administrative compétente à demander le remboursement d'une aide publique versée à la personne verbalisée pour une des infractions relevant du champ du travail illégal, mentionné à l'article L.8211-1 du code du travail. L'article D.8272-1 du code du travail précise la liste des aides publiques susceptibles de faire l'objet de ce remboursement (*voir supra .E.*).

Lorsque l'aide publique a été versée par une autorité administrative qui est un organisme de protection sociale, celui-ci dispose également de cet outil de remboursement à mobiliser, en qualité de victime du travail illégal.

Dans ce cadre, les organismes de protection sociale sont habilités à demander le remboursement de l'aide publique attribuée. Le remboursement est limité aux aides attribuées dans les douze mois qui précèdent la clôture du procès verbal relevant l'infraction relevant du champ du travail illégal.

Malgré son grand intérêt, cette mesure est peu appliquée dans les faits.

La mise en œuvre du remboursement des aides publiques suppose que les organismes de protection sociale intéressés (sécurité sociale et Pôle Emploi) aient connaissance de la verbalisation pour une infraction relevant du travail illégal de l'employeur qui a obtenu une aide publique. Le CODAF est sans doute l'instance qui permet d'organiser l'échange des informations de cette nature et de les porter à la connaissance des organismes de protection sociale prestataires, dans le cadre de l'article L.8271-4 et de l'alinéa 2 de l'article L.8271-5 du code du travail.

.G L'action récursoire contre l'employeur lors d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle d'un salarié victime du travail illégal

Les organismes de protection sociale prestataires (CPAM, MSA, CGSS, ENIM) sont habilités à réclamer à l'employeur d'un salarié dissimulé ou d'un salarié étranger employé sans titre de travail le remboursement du coût de la prise en charge d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle survenu à ce salarié. Cette action récursoire en remboursement est prévue par l'article L.471-1 du code de la sécurité sociale et par l'article L.751-37 du code rural.

L'action récursoire en remboursement concerne à la fois le montant des prestations en nature (hospitalisation, consultations médicales, séances de kinésithérapie etc...) et le montant des prestations en espèces (indemnités journalières, rente, capital à la victime ou à ses ayants-droit).

Le montant de ces prestations peut représenter des sommes élevées, ce qui constitue un outil efficace et précieux pour lutter contre ces fraudes, car très dissuasif.

La mise en œuvre de l'action récursoire suppose que les organismes prestataires aient connaissance de l'emploi illégal du salarié victime de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle. Le CODAF est sans doute l'instance qui permet d'organiser l'échange des informations de cette nature et de les porter à la connaissance des organismes de protection sociale prestataires, dans le cadre de l'alinéa 2 de l'article L.8271-5 du code du travail.

.IV. La mise en œuvre des droits des organismes de protection sociale

Les organismes de protection sociale victimes du travail illégal et du dumping social ont la faculté de faire valoir leurs droits, soit en utilisant la voie pénale, soit en utilisant la voie civile, en application de dispositions mentionnées dans le code du travail ou dans les textes relatifs à la sécurité sociale, et au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation.

.A. L'utilisation de la voie pénale

.A.1. Tout d'abord, il convient de rappeler que les agents des organismes de sécurité sociale et des caisses de mutualité sociale agricole agréés à cet effet et assermentés, ainsi que les agents de Pôle Emploi, chargés de la prévention des fraudes, agréés et assermentés à cet effet peuvent, en application des articles L.8271-1 et L.8271-2 du code du travail, rechercher et constater les infractions de travail dissimulé. Ces infractions représentent plus des trois quarts des pratiques de travail illégal.

Les procès verbaux établis font foi jusqu'à preuve du contraire.

Les agents des organismes de sécurité sociale appartiennent à l'Urssaf, à la CGSS, à la MSA, au RSI et à l'ENIM. Les organismes de sécurité sociale, les caisses de MSA et Pôle Emploi, en raison de cette double mission de recherche des infractions et de recouvrement des cotisations sociales éludées par la commission des ces infractions, disposent d'un statut particulier privilégié parmi les acteurs de la lutte contre ces fraudes.

.A.2. Les caisses de sécurité sociale peuvent également utiliser les dispositions de l'article L.244-1 du code de la sécurité sociale qui dispose que le cotisant, qui ne s'est pas conformé aux prescriptions de la législation de sécurité sociale, est poursuivi devant le tribunal de police, soit à la requête du ministère public, éventuellement sur la demande du ministre chargé de la sécurité sociale, soit à la requête de toute partie intéressée et, notamment, de tout organisme de sécurité sociale.

Cette prérogative peut trouver son intérêt dans les affaires de travail dissimulé qui n'ont pas donné lieu (pour diverses raisons) à verbalisation spécifique à destination du tribunal correctionnel, mais qui font apparaître des cotisations et contributions sociales impayées.

.A.3. Les organismes de protection sociale sont habilités à se constituer partie civile dans les procédures pénales relatives à des affaires de travail illégal ou de dumping social, et à obtenir ainsi des dommages et intérêts de la part de l'auteur de l'infraction. La constitution de partie civile, qui vient se greffer sur une procédure pénale en cours, est une procédure facultative, mais très judicieuse et fructueuse, à la discrétion et à la diligence des organismes de recouvrement.

C'est la procédure de constitution de partie civile traditionnellement utilisée par les organismes de protection sociale.

La chambre criminelle de la Cour de cassation valide cette constitution de partie civile avec demande de dommages et intérêts **et son cumul** avec la procédure de recouvrement de droit commun devant le TASS ; la Cour de cassation considère en effet que la demande de dommages et intérêts n'a ni le même objet, ni la même cause que la demande portée devant le TASS³⁶⁵.

³⁶⁵ Cass. crim. n° 04-84056 du 5 octobre 2004.

A priori, rien ne s'oppose donc à ce que les organismes de protection sociale se constituent systématiquement partie civile, dès lors qu'ils ont connaissance de la procédure pénale en cours, ce qui ne souffre pas de difficulté dès lors que le CODAF remplit son rôle.

Par ailleurs, l'article L.114-9 du code de la sécurité sociale oblige les organismes chargés de la gestion obligatoire d'un régime de sécurité sociale et les organismes admis à encaisser des cotisations à déposer plainte avec constitution de partie civile dans le cadre de fraude dont le montant dépasse une somme fixée par décret; dans ce cas, ils sont dispensés de verser une consignation.

Si un organisme local ne dépose pas plainte avec constitution de partie civile, l'organisme national auquel il est rattaché peut se substituer à lui. Les organismes nationaux peuvent aussi déposer plainte directement au nom et pour le compte d'un ou plusieurs organismes locaux qui les mandatent à cette fin.

La constitution de partie civile, simple ou associée à un dépôt de plainte, permet aux organismes de sécurité sociale de réclamer des montants de dommages et intérêts conséquents (et non pas symboliques) destinés à réparer le préjudice qu'ils subissent et de nature à dissuader l'auteur de l'infraction³⁶⁶.

.B. L'utilisation de la voie civile

Les organismes de protection sociale qui sont privés du versement des cotisations et des contributions sociales du fait de pratiques de travail ou de travail illégal disposent, en fonction des textes particuliers qui régissent leur fonctionnement, de prérogatives et de procédures de recouvrement qui relèvent, en première instance, du TASS au titre de la sécurité sociale et au titre de l'assurance chômage³⁶⁷.

Ces prérogatives et ces procédures applicables en matière de lutte contre le travail illégal et le dumping social sont à la fois spécifiques et de droit commun ; elles résultent par ailleurs de la combinaison de textes inscrits dans le code du travail, des dispositions relatives à la sécurité sociale et de la jurisprudence de la Cour de cassation.

.B.1. L'utilisation de la voie civile par le recours à la législation du travail

Le code du travail contient plusieurs dispositions permettant aux organismes de protection sociale, soit en tant que tels, soit par leurs agents de contrôle habilités, d'enrichir leurs procédures, de mieux chiffrer leur créance et d'obtenir un meilleur recouvrement des cotisations et contributions sociales dans les affaires de travail illégal.

Les prérogatives inscrites dans le code du travail s'ajoutent à celles mentionnées dans les textes de sécurité sociale.

.B.1.1. Les prérogatives d'enquête et de chiffrage

.- la levée du secret professionnel entre agents de contrôle habilités article L.8271-2 alinéa 1^{er} du code du travail,

³⁶⁶ Dans le dossier Ryanair, l'Urssaf a obtenu 4,5 M. euros de dommages et intérêts, la CRPN 3M. euros et Pôle Emploi.450 000 euros.

³⁶⁷ Sur ce point, voir également circulaire Unedic n° 2011-14 du 9 mars 2011.

- .- la levée du secret professionnel entre les organismes de protection sociale et les agents de contrôle habilités articles L.8271-4 alinéa 1^{er} et L.8271-5 alinéa 2 du code du travail,
- .- la réception de plein droit par les organismes de recouvrement des procès verbaux relevant l'infraction de travail dissimulé article L.8271-8-1 du code du travail,
- .- le droit de mettre en œuvre l'obligation de vigilance prévue par l'article L.1262-4-3 du code du travail,
- .- le droit de mettre en œuvre l'obligation de vigilance prévue par l'article L.3245-2 du code du travail,
- .- le droit de mettre en œuvre la solidarité financière prévue par l'article L.8222-5 du code du travail,
- .- le droit de mettre en œuvre la solidarité financière prévue par l'article L.8222-6 du code du travail,
- .- la participation au CODAF,
- .- l'accès à la base CIRSO pour les DPAE,
- .- l'accès à la base SIPSI³⁶⁸ pour les déclarations de détachement des salariés en France,
- .- le droit de communication dans les sociétés de domiciliation article L.8171-12 du code du travail,
- .- le droit de communication auprès du directeur de la publication article L.8221-7 du code du travail,
- .- le droit de communication avec les préfectures pour les professions soumises à autorisation ou réglementées article L.8271-10 du code du travail,
- .- le droit de communication et de copie immédiate des documents suivants, quels que soient leur forme et leur support :
 - 1° les documents justifiant que l'immatriculation, les déclarations et les formalités mentionnées aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5 ont été effectuées ainsi que ceux relatifs à l'autorisation d'exercice de la profession ou à l'agrément lorsqu'une disposition particulière l'a prévu ;
 - 2° les documents justifiant que l'entreprise a vérifié, conformément aux dispositions des articles L. 8222-1 ou L. 8222-4, que son ou ses cocontractants ont accompli les formalités mentionnées aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5 ou des réglementations d'effet équivalent de leur pays d'origine ;
 - 3° les devis, les bons de commande ou de travaux, les factures et les contrats ou documents commerciaux relatifs aux prestations exécutées en méconnaissance des dispositions de l'article L. 8221-1 ;
 - 4° es attestations d'assurances professionnelles détenues par les travailleurs indépendants lorsque ces assurances répondent à une obligation légale.

³⁶⁸ Lorsqu'elle sera opérationnelle.

- le droit d'audition de toute personne utile article L.8271-6-1 du code du travail,
- le droit d'établir un procès verbal d'audition signé par la personne entendue article L.8271-6-1 du code du travail,
- le contrôle d'identité de toute personne en activité ou entendue article L.8271-6-1 du code du travail.

.B.1.2. Les prérogatives de mise en recouvrement

Les organismes de protection sociale disposent de trois dispositifs particuliers relevant de la législation du travail pour recouvrer les cotisations et contributions sociales dans une affaire de travail dissimulé.

.B.1.2.1. La solidarité financière en présence de travail dissimulé

Le mécanisme de la solidarité financière (*voir supra p.146 et sq.*) permet aux organismes de recouvrement, lorsque les conditions sont réunies, de choisir leur débiteur : le travailleur indépendant ou l'employeur, le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage.

Nota

Le principe même de la solidarité financière dispense les organismes de recouvrement de s'adresser d'abord au débiteur principal, c'est-à-dire au travailleur indépendant ou à l'employeur. Ils peuvent s'adresser directement exclusivement au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage.

La mise en œuvre de la solidarité financière, lorsqu'elle résulte des articles L.8222-5 et L.8222-6 du code du travail, est à la main des organismes de protection sociale puisqu'ils disposent des agents de contrôle habilités à initier la mise en cause du donneur d'ordre personne morale de droit public et du maître d'ouvrage. Cette prérogative n'est pas anodine, compte tenu de l'intérêt que représente la solidarité financière pour récupérer les cotisations sociales éludées.

Par ailleurs, la Cour de cassation apporte les précisions suivantes sur la mise en œuvre de la solidarité financière par les organismes de recouvrement, lorsqu'elle résulte de l'article L.8222-2 du code du travail:

- le seuil de 5000 euros s'apprécie dans le cadre d'un contrat commercial unique, même s'il est à exécution successive,
- un procès verbal constatant l'infraction de travail dissimulé est nécessaire, conformément à l'article L.8222-2 du code du travail,
- la relaxe du représentant légal de l'entreprise n'interdit pas d'engager la solidarité financière de l'entreprise personne morale,
- les documents que le donneur d'ordre doit se faire remettre par son cocontractant sont les seuls documents mentionnés aux articles D.8222-5 et D.8222-7 du code du travail ; il en

résulte, par exemple, que pour le recours à une entreprise étrangère seule la remise du certificat de détachement vaut preuve de la régularité sociale, lorsque l'entreprise étrangère ne s'est pas immatriculée en France.

.- la présomption de vérification par le donneur d'ordre est écartée en cas de discordance entre la dénomination de la société, désignée sur les documents remis, et l'identité du cocontractant;

.- s'agissant, non de recouvrer des cotisations dont le donneur d'ordre est redevable en tant qu'employeur, mais de mettre en œuvre la solidarité financière de celle-ci en vue du paiement des cotisations impayées par son sous-traitant, auteur de l'infraction de travail dissimulé, les règles régissant la compétence territoriale des unions de recouvrement en matière de contrôle des cotisants sont étrangères à cette mise en œuvre ; une Urssaf peut donc s'adresser à un donneur d'ordre domicilié hors de sa circonscription.

.- le principe du contradictoire et les droits de la défense sont respectés lorsque la lettre d'observations, après avoir rappelé les règles applicables et mentionné le montant global des cotisations dues par le sous-traitant, énonce que les cotisations mises à la charge du donneur d'ordre ont été calculées au prorata de la valeur des prestations effectuées par le sous-traitant au bénéfice du donneur d'ordre, seules étant prises en compte les prestations supérieures à 5000 euros, et précise année par année le montant des sommes dues,

.- l'article R.243-59 du code de la sécurité sociale impose, dans la mise en œuvre de la solidarité financière consécutive au constat d'un travail dissimulé, pour seule obligation, avant la décision de redressement, d'exécuter les formalités assurant le respect du principe de la contradiction par l'envoi de la lettre d'observations, sans être tenu de joindre à celle-ci le procès-verbal constatant le délit ; le juge peut toujours ordonner, par la suite, la production du procès verbal pour lever le doute invoqué par le donneur d'ordre poursuivi.

.- la convention générale de réciprocité signée entre deux ou plusieurs Urssaf, en application des articles L.213-1 et D.213-1-1 du code de la sécurité sociale, vaut pour les opérations de contrôle visées à l'article L.243-7 de ce code, y compris la verbalisation pour travail dissimulé, préalable à la mise en œuvre de la solidarité financière.

Nota

La Cour de cassation reconnaît le droit de l'Urssaf de refuser de délivrer à une entreprise cotisante l'attestation de « compte à jour » mentionnée à l'article L.243-15 du code de la sécurité sociale, lorsque cette entreprise ne s'est pas acquittée de la totalité de ses cotisations et contributions à leur date d'exigibilité initiale³⁶⁹.

Cette attestation de « compte à jour » est remise par le sous-traitant à son donneur d'ordre au titre de la législation relative à la solidarité financière et à la prévention du travail dissimulé pour tout contrat d'un montant égal ou supérieur à 5000 euros.

.B.1.2.2. L'obligation de vigilance en présence de dumping social

Les organismes de protection sociale, via leurs agents habilités, peuvent également obtenir le paiement des cotisations et contributions sociales, hors situation de travail dissimulé, auprès du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage par la mobilisation des articles L.1262-4-3 et L.3245-2 du code du travail (*voir supra. p.149 et sq. et 152 et sq.*).

La mise en œuvre de cette double obligation de vigilance, notamment lorsque le Smic ou le salaire minimum conventionnel (étendu ?³⁷⁰) n'est pas respecté par un employeur qui pratique du dumping social, est à la main des organismes de protection sociale puisqu'ils disposent des agents de contrôle habilités à initier la mise en cause du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage en application de ces deux dispositions du code du travail.

Cette prérogative n'est donc pas anodine et dénué d'intérêt dans son principe, en particulier lorsque l'employeur est une entreprise étrangère qui détache des salariés en France. Cependant cette prérogative, récemment introduite dans le code du travail, risque d'être sans effet utile, dès lors que le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage peut aisément se dégager de sa responsabilité, et donc du paiement des cotisations et contributions sociales, par l'envoi d'une simple lettre à l'employeur défaillant, sans qu'il soit tenu d'obtenir la régularisation de la situation de la part de cet employeur.

.B.1.2.3. La requalification de la situation d'activité ou de travail

La requalification de la situation de travail permet aux organismes de recouvrement de récupérer des cotisations et contributions sociales auprès d'une personne qui n'avait pas officiellement la qualité d'employeur avant la décision du juge.

Les organismes de protection sociale sont habilités à saisir le TASS pour demander la requalification de la situation d'activité ou de travail, faire reconnaître la qualité d'employeur et obtenir le paiement de leurs créances.

³⁶⁹ Cass. civ.2 n° 15-20231 du 16 juin 2016 HORIZON.

³⁷⁰ Interrogation, car il existe une différence rédactionnelle entre ces deux articles du code du travail qui visent tous les salaires conventionnels, étendus ou non, et l'article R.1261-2 qui exclut les dispositions conventionnelles non étendues du champ de la législation du travail applicable aux entreprises étrangères.

Le recouvrement dans le cadre d'une requalification vise un périmètre très large de situations de fraude :

- .- les opérations de marchandage ou de prêt illicite de main d'œuvre, puisque les cotisations et contributions sont réclamées à l'utilisateur du ou des salariés prêtés. Cette requalification est notamment très utile dans le cadre des fausses prestations de services internationales, y compris celles des entreprises de travail temporaire ; les salariés détachés sont en réalité en emploi direct en France.
- .- toutes les autres opérations de mise à disposition de personnel, licites ou illicites, entraînant un transfert de la subordination juridique vers l'entreprise d'accueil, y compris dans le cadre de la mobilité internationale intragroupe,
- .- les situations d'emploi en fraude aux présomptions de salariat posées par le code du travail et le code rural, les personnes étant employées en qualité de bénévole ou de travailleur indépendant,
- .- les situations d'emploi de salarié sous un prétendu statut de bénévole, de stagiaire ou de travailleur indépendant, hors fraude aux présomptions de salariat,
- .- les situations de fraude à l'établissement par des entreprises étrangères qui emploient indument en France des salariés sous un statut de détaché.

.B.2. L'utilisation de la voie civile par le recours aux textes de sécurité sociale

Les organismes de protection sociale s'appuient à titre principal sur les textes de sécurité sociale qui régissent à la fois les modes d'intervention de leurs agents chargés du recouvrement et leur procédure institutionnelle de mise en recouvrement amiable ou contentieuse des cotisations et des contributions sociales.

.B.2.1. Une affaire de travail dissimulé, qui conduit à une procédure de recouvrement de cotisations ou de contributions sociales, est portée à la connaissance des organismes de protection sociale :

- .- de façon inopinée, dans le cadre d'un contrôle d'assiette, sur place, chez le cotisant, en application de l'article L.243-7 du code de la sécurité sociale,
- .- lors d'un contrôle ciblé sur la recherche du travail dissimulé,
- .- par la réception des procès verbaux qui leur sont transmis de plein droit en application de l'article L.8271-8-1 du code du travail et de l'article L.243-7-5 du code de la sécurité sociale.

Les organismes de recouvrement peuvent obtenir des informations par d'autres voies sur des situations de travail dissimulé, notamment au sein du CODAF, mais ces informations ne peuvent être exploitées que dans le cadre d'une de ces trois procédures.

La mise en recouvrement des cotisations et contributions sociales en matière de travail dissimulé n'est pas conditionnée par l'existence préalable de constat de cette infraction, excepté pour la mise en œuvre de la solidarité financière contre le donneur d'ordre, au titre de l'article L.8222-2 du code du travail.

Les textes de sécurité sociale contiennent plusieurs dispositions spécifiques relatives aux procédures de recouvrement en lien avec le travail dissimulé :

.- l'action en prescription des cotisations et contributions sociales est portée de trois ans (délai de droit commun) à cinq ans si un procès verbal est établi (article L.244-3 du code de la sécurité sociale),

.- les cotisations et contributions sociales dues sont majorées de 25% ; lorsque des circonstances aggravantes sont constatées (dissimulation d'emploi de plusieurs salariés, mineur victime dégagé de l'obligation scolaire, abus de vulnérabilité et travail dissimulé en bande organisée), la majoration est portée à 40% (article L.243-7-7 du code de la sécurité sociale).

.- en présence d'une dissimulation d'emploi salarié, le redressement s'effectue de façon forfaitaire sur la base d'une rémunération équivalente à 25% du plafond annuel de la sécurité sociale, sauf preuve contraire en terme de durée effective d'emploi et de rémunération versée (article L.242-1-2 du code de la sécurité sociale),

.- l'avis de passage adressé préalablement au cotisant n'est pas obligatoire lorsque le contrôle est effectué pour rechercher du travail dissimulé (article R.243-59 du code de la sécurité sociale),

.- tout redressement pour travail dissimulé consécutif à un contrôle inopiné nécessite la mise en œuvre de la procédure contradictoire spécifique prévue par les articles R.133-8 et R.133-8-1 du code de la sécurité sociale, que ce redressement vise le travailleur indépendant, l'employeur, le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage.

La Cour de cassation juge que cette procédure contradictoire spécifique ne s'applique pas lorsque le constat de travail dissimulé intervient dans le cadre d'un contrôle effectué sur le fondement de l'article L.243-7 du code de la sécurité sociale³⁷¹.

Enfin, la Cour de cassation juge fondé le refus d'une Urssaf de délivrer une attestation de régularité des obligations de déclaration et de paiement des cotisations sociales à une entreprise verbalisée pour travail dissimulé³⁷².

.B.1.2. Par ailleurs, l'article 128 de la loi n° 2011-1906 du 21 décembre 2011 de financement de la sécurité sociale pour 2012 a créé la procédure de flagrance sociale, en insérant l'article L.243-7-4 dans le code de la sécurité sociale.

L'article L.243-7-4 du code de la sécurité sociale prévoit que dès lors qu'un procès-verbal de travail illégal³⁷³ a été établi et que la situation et le comportement de l'entreprise ou de ses dirigeants mettent en péril le recouvrement des cotisations dissimulées, l'inspecteur du recouvrement peut dresser un procès-verbal de flagrance sociale comportant l'évaluation du montant des cotisations dissimulées.

Au vu du procès-verbal de travail illégal et du procès-verbal de flagrance sociale, le directeur de l'organisme de recouvrement peut solliciter du juge de l'exécution l'autorisation de

³⁷¹ Cass. civ. 2 n° 15-16110 du 7 juillet 2016 FORMACAD.

³⁷² Cass. civ.2 n° 12-40037 du 5 juillet 2012 ARCO.

³⁷³ Ainsi écrit dans la loi.

pratiquer sur les biens du débiteur l'une ou plusieurs mesures conservatoires mentionnées aux articles 74 à 79 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

Excellente mesure dans son principe pour garantir le paiement des cotisations sociales dues aux organismes de recouvrement; cette procédure est cependant très peu mise en œuvre à ce jour par ces organismes³⁷⁴.

Nota

Quid du remboursement des aides publiques versées à celui qui pratique du travail illégal ?

L'article L.8222-2 du code du travail relatif à la solidarité financière du donneur d'ordre permet à celui qui a versé une aide publique à la personne qui pratique du travail dissimulé d'en obtenir le remboursement auprès de son donneur d'ordre.

L'article L.8272-1 du code du travail relatif aux sanctions administratives autorise le refus d'attribuer, pendant cinq ans, des aides publiques en matière d'emploi, de formation professionnelle et de culture à l'employeur verbalisé pour une des infractions relevant du travail illégal; cette disposition autorise également celui qui a versé l'aide à demander le remboursement des aides accordées dans les douze mois qui précèdent la verbalisation.

La liste des aides mentionnées à l'article L.8272-1 du code du travail sont précisées par l'article D.8272-2, ce qui n'est pas le cas pour les aides publiques mentionnées à l'article L.8222-2 du code du travail, ce qui couvre un champ très étendu pour faire application de la solidarité financière.

Lorsque l'attributaire de l'aide n'est pas un organisme de protection sociale, il dispose de la faculté de mettre en œuvre ces deux dispositions du code du travail, même s'il n'est pas formellement une victime du travail illégal.

³⁷⁴ Il n'existe pas de circulaire, d'instruction ou de note technique détaillant cette procédure et proposant des modèles de procès verbaux.

3ème partie

LES DROITS DES CAISSES DE CONGES PAYES ET INTEMPERIES

Les caisses de congés payés et intempéries sont « les parents pauvres » de la lutte contre le travail illégal et le dumping social, alors que ces fraudes leur causent un préjudice financier considérable.

Le travail illégal et le dumping social se traduisent, depuis qu'ils existent, par le non paiement des cotisations aux caisses, au titre des congés payés et au titre des intempéries pour le secteur du BTP.

Par ailleurs le volume non négligeable des interventions des entreprises étrangères dans les secteurs couverts par des caisses de congés payés a accentué ce manque à gagner, dans la mesure où celles-ci ne versent que rarement leurs cotisations en France.

Contrairement à ce que prévoit le code du travail pour le défaut de déclarations sociales aux organismes de protection sociale, le défaut de déclarations sociales aux caisses de congés payés ne constitue pas du travail dissimulé, même si ce défaut de déclaration les place dans une situation préjudiciable identique à celle des organismes de protection sociale.

A l'inverse de ce qui a été conçu et construit au fil des années pour les organismes de protection sociale, il existe en effet très peu de dispositions spécifiques dans le code du travail destinées à valoriser les droits des caisses et à favoriser le recouvrement des cotisations éludées en présence d'une situation de travail illégal ou de dumping social.

Pour recouvrer les cotisations éludées, les caisses utilisent leurs outils de droit commun qui, face à ces fraudes, présentent des limites objectives d'efficacité.

Pour cette raison, il existe logiquement très peu de jurisprudence illustrant les conditions et les modalités de recouvrement des cotisations par les caisses dans les affaires de travail illégal et de dumping social.

.I. Quelles sont les caisses de congés payés et intempéries ?

Peu nombreuses, elles couvrent cependant des secteurs d'activité sensibles au travail illégal et au dumping social : le bâtiment, les travaux publics, les spectacles vivants et enregistrés, le transport.

.- Dans le BTP, il existe 26 caisses qui collectent les cotisations au titre des congés payés depuis 1937 et au titre des intempéries depuis 1946 : 24 caisses régionales pour le bâtiment et 2 caisses nationales, l'une pour les travaux publics et la seconde pour les SCOP.

.- Dans le secteur des spectacles vivants et enregistrés, il existe une seule caisse, créée en 1939, qui est gérée au niveau national par AUDIENS et qui collecte les cotisations au titre des congés payés des artistes et des techniciens intermittents, à l'exception de celles qui doivent être versées au GUSO.

Les cotisations versées au GUSO par les employeurs occasionnels d'artistes et de techniciens intermittents sont recouvrées par l'Urssaf.

. Dans le secteur des transports, de la manutention, du déménagement, de la propreté et de la logistique, il existe des caisses interprofessionnelles et interrégionales (cf articles D.741-1 et suivants du code du travail, *en attente de codification dans le code des transports*).

Seules les caisses du BTP collectent en sus les cotisations au titre des intempéries.

Les caisses nationales, interrégionales ou régionales sont dotées de la personnalité juridique et peuvent ester en justice pour faire valoir leurs droits.

Tout employeur relevant du champ d'une caisse de congés payés doit adhérer et payer les cotisations dues.

Dans un arrêt de principe³⁷⁵, la chambre sociale de la Cour de cassation considère que l'adhésion obligatoire à une caisse de congés payés et intempéries ne constitue pas une atteinte à la liberté d'adhérer à une association, au sens de l'article 11-2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; la Cour de cassation précise que les caisses de congés payés ont pour objet la protection des droits et de la santé des salariés en leur assurant non seulement le paiement des congés payés, mais également des indemnités de chômage dues pour les arrêts de travail liés aux intempéries et que cette protection justifie la restriction à la liberté d'adhérer à une association prévue par l'article 11-2 de la Convention.

.II. Qui mettre en cause ?

Pour récupérer les cotisations éludées dans une affaire de travail illégal ou de dumping social, les caisses de congés payés (et intempéries) ont la possibilité de mettre en cause l'employeur officiel ou toute autre personne exerçant la subordination juridique sur des salariés et qui est débitrice des sommes qui leur sont dues.

A cet égard, les caisses se trouvent sensiblement dans la même situation que les organismes de protection sociale.

.A. La mise en cause de l'employeur officiel

A titre principal et habituel, le débiteur des cotisations dues aux caisses de congés payés (et intempéries) est l'employeur du salarié dissimulé, dont l'emploi n'a pas conduit au versement spontané de tout ou partie de ces cotisations et contributions.

L'employeur officiel, c'est-à-dire celui qui ne conteste pas sa qualité et l'existence de l'emploi dissimulé de son salarié, est établi en France ou à l'étranger.

.A.1. La mise en cause de l'employeur officiel établi en France

La mise en cause de l'employeur officiel qui doit des cotisations ne pose pas de difficulté juridique particulière, sauf à ce que cet employeur, qui dissimule du personnel salarié conteste son assujettissement à la caisse parce qu'il exerce une activité qui ne ressort pas du champ prévu par les textes (c'est-à-dire ni BTP, ni spectacles vivants et enregistrés, ni transports etc).

.A.2. La mise en cause de l'employeur officiel non établi en France

.A.2.1. Depuis le décret du 11 juillet 1994³⁷⁶, toute entreprise étrangère qui détache des salariés en France pour accomplir une activité relevant du champ d'une caisse de congés

³⁷⁵ Cass. soc. n° 03-18771 du 22 février 2006 HELLEGOUARCH.

³⁷⁶ Décret n° 94-573 du 11 juillet 1994.

payés (et intempéries), doit s'immatriculer à la caisse compétente en France, déclarer et verser les cotisations sur les mêmes bases que les entreprises françaises.

Les cotisations sont déclarées et versées à la caisse du lieu de l'intervention de l'entreprise étrangère ; en cas d'interventions multiples simultanées, l'entreprise étrangère peut centraliser ses déclarations et versements à la caisse du lieu où l'intervention est la plus importante, compte tenu de l'effectif qui y est affecté.

L'entreprise étrangère est affiliée de plein droit au dispositif français, en application de l'article L.1262-4 7° du code du travail³⁷⁷.

Cet assujettissement de plein droit vaut pour toute entreprise étrangère, qu'elle soit établie dans l'Union européenne, dans l'Espace économique européen, en Suisse, à Monaco ou dans un Etat tiers.

.A.2.2. Le code du travail prévoit une dérogation à ce principe, mais qui est très encadrée et qui a, de ce fait, une portée limitée (articles D.3141-26 et D.3141-27 ; articles D.7121-42 et D.7121-43 du code du travail).

La dérogation ne vaut pas pour les entreprises établies dans les Etats tiers, y compris en Suisse et à Monaco. Ces entreprises versent nécessairement les cotisations en France, sans exception.

L'entreprise établie dans l'UE ou l'EEE est dispensée de verser les cotisations en France si elle justifie que ses salariés bénéficient dans leur pays de droits à congés payés au moins équivalents aux salariés français.

Nota

Bénéficiaire de droits au moins équivalents signifie très concrètement que le salarié détaché doit avoir le même nombre de jours de congé qu'en France, le même niveau d'indemnité et la même assiette de calcul que cette indemnité.

Ainsi ne bénéficie pas de droit équivalent le salarié détaché qui bénéficie de 25 jours de congé par an, ou d'une indemnité représentant 1/15^e de sa rémunération ou d'une indemnité calculée sur son salaire local et non pas sur le niveau de salaire français.

Dans la pratique, ces droits au moins équivalents sont très rarement existants.

Par suite, son employeur doit s'immatriculer et verser les cotisations en France.

Lorsqu'il est considéré que le salarié bénéficie de droits au moins équivalents dans son pays, l'entreprise établie dans l'UE ou dans l'EEE doit ensuite justifier qu'elle est à jour du paiement de ses cotisations dans son Etat de domiciliation et qu'elle continue à cotiser dans son Etat pendant la période de détachement de ses salariés en France.

³⁷⁷ Cass. soc. n° 03-18771 du 22 février 2006 HELLEGOUARCH.

Dans le cadre de ce dispositif juridique, trois conventions ont été signées dans le BTP entre l'Union des caisses de France et les caisses de congés payés de trois Etats de l'UE : l'Allemagne, l'Autriche et l'Italie.

Aux termes de ces conventions, l'entreprise établie dans un de trois Etats n'est pas tenue de verser ses cotisations en France lorsqu'elle présente une attestation bilingue de dispense d'affiliation en France, délivrée par la caisse de congés payés de l'un de trois Etats où elle est domiciliée.

L'Union des caisses de France dispose également de cette attestation lorsqu'elle a été délivrée.

Ce mécanisme dérogatoire ne vaut pas pour le secteur des spectacles vivants et enregistrés, ni pour le secteur des transports, de la manutention, du déménagement, de la propreté et de la logistique.

Nota

Selon la Cour de cassation, c'est à l'entreprise étrangère qu'il appartient d'apporter la preuve aux agents de l'inspection du travail, aux caisses de congés payés et au juge qu'elle remplit les conditions posées par le code du travail pour se dispenser de payer les cotisations en France ; elle doit donc prouver que son salarié détaché bénéficie de droits au moins équivalents.

Ce n'est pas aux agents de l'inspection du travail, aux caisses de congés payés et au juge de rechercher si, dans l'Etat de domiciliation de l'entreprise étrangère, le salarié détaché bénéficie de droits au moins équivalents.

En effet, le principe posé par la loi française est l'affiliation de l'entreprise étrangère en France ; dès lors, l'entreprise doit justifier le bien fondé de la dérogation qu'elle invoque.

Voir à ce sujet, le très important arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 10 mai 2006³⁷⁸.

La délivrance et la présentation du certificat de détachement en application des Règlements communautaires de sécurité sociale n'a aucune relation, ni aucune incidence avec l'obligation pour l'entreprise étrangère de s'immatriculer et de verser des cotisations en France.

Présenter un certificat de détachement ne dispense pas de payer les cotisations en France à la caisse de congés payés compétente.

³⁷⁸ Cass. crim. n° 05-81902 du 10 mai 2006 MECL.

.B. La mise en cause de celui qui exerce la subordination juridique

Au-delà des apparences des conditions d'exercice d'une activité, les caisses de congés payés (et intempéries) sont en droit d'obtenir le paiement des cotisations auprès du véritable employeur, par la voie de la requalification d'une situation de travail, sur le constat d'une subordination juridique.

En la matière, l'arrêt Société Générale de la Cour de cassation du 13 novembre 1996³⁷⁹ est la décision de référence pour déterminer l'assujettissement d'une personne en qualité de salarié. Cet arrêt, rendu au double visa de l'article L.121-1 du code du travail et L.242-1 du code de la sécurité sociale, unifie les critères du salariat au sens du code du travail et du code de la sécurité sociale, et fait de la subordination juridique la condition unique de la reconnaissance de la qualité de salarié.

De ce fait, les caisses de congés payés (et intempéries) se trouvent *grosso modo* dans la même situation de requalification qu'un salarié dont l'emploi est dissimulé par son employeur sous une fausse apparence.

.B.1. La mise en cause de celui qui emploie un salarié mis à sa disposition

Le salarié mis à disposition d'une autre entreprise en devient son salarié, dès lors que cette mise à disposition s'accompagne d'un transfert de la subordination juridique³⁸⁰. Or, dans la quasi totalité des mises à disposition, l'entreprise qui accueille et utilise le salarié mis à sa disposition va lui fournir le travail, l'encadrer, le diriger, lui donner des instructions et organiser son activité professionnelle, ce qui caractérise le transfert de la subordination juridique. C'est d'ailleurs l'objet de la mise à disposition que de permettre à l'entreprise d'accueil de l'employer comme l'un de ses propres salariés.

Dès lors que l'entreprise d'accueil qui utilise un salarié mis à disposition exerce à son égard la subordination juridique, elle devient son employeur de fait. Elle est alors tenue d'accomplir la DPAE, de remettre un bulletin de salaire, de verser les cotisations et contributions sociales aux organismes de protection sociale, ainsi que les cotisations à la caisse de congés payés (et intempéries).

En ne respectant pas ces formalités, l'entreprise d'accueil pratique de la dissimulation d'emploi salarié. Les caisses sont fondées à mettre en cause et à s'adresser à l'entreprise qui utilise ainsi le salarié pour obtenir la reconnaissance de cette relation de travail subordonnée et le versement des cotisations en relation avec cet emploi dissimulé.

La mise en cause de l'entreprise utilisatrice du salarié mis à disposition est possible, soit dans le cadre d'une mise à disposition illicite, soit dans le cadre d'une mise à disposition licite.

B.1.1. La mise à disposition illicite du salarié

Le salarié fait l'objet d'une mise à disposition illicite, lorsque cette mise à disposition s'inscrit dans le cadre d'une opération qui s'analyse en du marchandage (article L.8231-1 du code du travail) ou d'une opération qui s'analyse en du prêt illicite de main d'œuvre (article L.8241-1

³⁷⁹ Cass. soc. n° 94-13187 du 13 novembre 1996 SOCIETE GENERALE.

³⁸⁰ Not. Cass. Ass. Plén. n° 92-40641 du 20 décembre 1996 ALLIANCE FRANCAISE ; cass. soc. n° 12-21581 du 17 avril 2013 GRAMO.

du code du travail). Elle est également illicite dès lors qu'elle ne respecte pas les conditions posées par l'alinéa 6 de l'article L.8241-1 et l'article L.8241-2 du code du travail, issus de la loi Cherpion³⁸¹.

Le marchandage et le prêt illicite de main d'œuvre résultent essentiellement de trois fraudes : la fausse sous-traitance, l'exercice illégal d'une activité licite de mise à disposition de salarié³⁸² et la fourniture illégale d'un salarié par un trafic de main d'œuvre³⁸³.

Ces fraudes sont endémiques dans le BTP. Dans le secteur des spectacles vivants, des associations dites prestataires, qui se déclarent à tort employeur, fournissent des artistes à des producteurs de spectacles qui éludent ainsi leurs obligations d'employeurs qu'ils sont.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu de nombreux arrêts condamnant l'entreprise d'accueil ou utilisatrice pour dissimulation d'emploi salarié³⁸⁴, preuve que cette entreprise est l'employeur réel du salarié mis à disposition.

La chambre sociale de la Cour de cassation valide la même analyse, en considérant que l'entreprise utilisatrice est l'employeur du salarié à qui celui-ci est légitime à s'adresser pour obtenir la reconnaissance de sa relation de travail et, par suite, le bénéfice de ses droits, et notamment l'indemnité forfaitaire équivalent à six mois de salaire pour travail dissimulé³⁸⁵.

Enfin, la chambre criminelle a validé la constitution de partie civile d'une Urssaf, avec obtention de dommages et intérêts, dans une affaire de marchandage et de prêt illicite de main d'œuvre³⁸⁶.

Les caisses de congés payés (et intempéries) disposent donc d'une solide jurisprudence de référence de la Cour de cassation pour obtenir le paiement des cotisations auprès de l'entreprise utilisatrice qui exerce la subordination juridique.

La mise en cause par les caisses de congés payés (et intempéries) de l'entreprise utilisatrice présente un intérêt considérable, lorsque l'entreprise qui le met à disposition n'a pas de consistance économique **ou lorsque la mise à disposition s'effectue dans le cadre transnational pour éviter une embauche par l'entreprise utilisatrice française.**

B.1.2. La mise à disposition licite du salarié

Le fait que le salarié soit mis à disposition d'une autre entreprise dans le cadre d'une mise à disposition a priori licite n'interdit pas de considérer pour autant que son emploi est dissimulé par l'entreprise d'accueil, qui est son employeur réel et débiteur des cotisations et contributions sociales ; ce sont deux sujets juridiquement différents et étanches.

³⁸¹ Article 40 de la loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels.

³⁸² Entreprise de travail temporaire, agence de mannequins, association de services aux personnes etc.

³⁸³ Voir le « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance » Octobre 2015, du même auteur.

³⁸⁴ Not. Cass. crim. n° 05-80833 du 31 janvier 2006 ABC.

³⁸⁵ Not. Cass.soc. n° 09-69175 du 18 mai 2011 JOHN DEERE.

³⁸⁶ Cass. crim. n° 13-84776 du 10 septembre 2014 MARC X. ; voir également Cass.civ.2 n° 11-28245 du 20 juin 2013 CL JURA.

Si on exclut les mises à disposition de salarié autorisées et règlementées par le code du travail³⁸⁷, la mise à disposition amiable et conventionnelle d'un salarié est licite, dès lors qu'elle s'effectue sans but lucratif³⁸⁸.

Pour autant, l'absence de but lucratif ne valide pas *de facto* la mise à disposition amiable du salarié et ne neutralise pas le transfert de la subordination juridique. En effet, toute mise à disposition de salarié entre deux entreprises, qu'elle soit licite ou non, emporte des conséquences juridiques objectives sur le transfert du contrat de travail³⁸⁹.

La Cour de cassation précise que la mise à disposition du salarié constitue une novation de son contrat de travail parce qu'il change d'employeur³⁹⁰ et que son accord est nécessaire³⁹¹. La mise à disposition s'analyse donc en un transfert accepté par le salarié de son contrat de travail. L'alinéa 6 de l'article L.8241-1 et l'article L.8241-2 du code du travail, issus de la Cherpion, tiennent compte cette jurisprudence et précisent les conditions et modalités de la mise à disposition licite du salarié pour éviter que cette opération ne constitue le délit de prêt illicite de personnel. *A contrario*, aucune mise à disposition amiable de salarié n'est possible en dehors du cadre juridique fixé par la loi Cherpion.

Cependant, ces dispositions restent (volontairement ?) muettes sur les effets de cette mise à disposition en ce qui concerne le transfert de la subordination juridique, dont la réalité n'est pas discutable dans le cadre de ces dispositions du code du travail. L'alinéa 11 de l'article L.8241-2 du code du travail dispose que « pendant la période de prêt de main d'œuvre, le contrat de travail qui lie le salarié à l'entreprise prêteuse n'est ni rompu ni suspendu », alors que le contrat est nécessairement suspendu puisqu'il n'est plus exécuté de part et d'autre.

Le sujet du transfert du contrat de travail et de la subordination juridique n'est pas anodin puisque la loi Cherpion autorise la mise à disposition d'un salarié dès le lendemain de son embauche et pour plusieurs années, voire à durée indéterminée³⁹².

Compte tenu du transfert du contrat de travail et de la subordination juridique vers l'entreprise d'accueil, celle-ci devient son employeur. Elle est tenue de procéder à la DPAE, de lui remettre un bulletin de salaire et de verser les cotisations aux caisses de congés payés et intempéries. L'entreprise d'accueil ne peut pas éluder sa qualité d'employeur, au seul motif que les dispositions de l'alinéa 6 de l'article L.8241-1 et l'article L.8241-2 du code du travail sont formellement respectées.

Les caisses de congés payés (et intempéries) dispose de toute cette jurisprudence de la Cour de cassation³⁹³ pour qualifier l'entreprise d'accueil d'employeur.

³⁸⁷ ETT, agence de mannequins, groupement d'employeurs, association intermédiaire, pôle de compétitivité etc.

³⁸⁸ Sur la définition du but lucratif, voir le « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance » Octobre 2015 p.35 et suivants, du même auteur.

³⁸⁹ Cass. soc. n° 14-14811 du 23 mars 2016 CER/SNCF.

³⁹⁰ Cass. soc. n° 08-42485 du 13 mai 2009 ROHM AND HAAS.

³⁹¹ Même arrêt.

³⁹² La loi Cherpion ne fixe aucune limite à la durée de la mise à disposition ; un salarié « Cherpion » peut même ne jamais travailler dans l'entreprise qui l'a embauché.

³⁹³ Voir infra p.213 7^{ème} Partie Jurisprudence.

Nota

Le secteur du BTP fait l'objet de mises à disposition collectives de salariés dans le cadre d'un dévoiement de la mobilité internationale intragroupe³⁹⁴. Ces mises à disposition, avec transfert de la subordination juridique, ont pour effet de rendre l'entreprise d'accueil employeur de fait des salariés en mobilité qui sont affectés sur les chantiers de cette entreprise.

La caisse des congés payés et intempéries est fondée à réclamer à l'entreprise d'accueil le paiement des cotisations en qualité d'employeur.

.B.2. La mise en cause de celui qui emploie un prétendu bénévole³⁹⁵

Le bénévolat, pratiqué par des centaines de milliers de personnes en France, est bien entendu parfaitement licite. Ces activités de bénévolat, qui ne ressortent pas de la sphère professionnelle salariée, s'accomplissent sous différentes formes et appellations, maintenant dopées par l'économie dite collaborative : l'entraide, l'entraide familiale, le coup de main, l'activité en amateur, l'activité syndicale, l'activité caritative, l'activité liée à l'insertion professionnelle et/ou sociale, l'activité dans la sphère culturelle et religieuse, les systèmes d'échanges locaux, les échanges internationaux d'étudiants ou de jeunes, le wwoofing dans l'agriculture³⁹⁶ etc.

Cependant, les caisses de congés payés (et intempéries) ont toute qualité pour considérer que les conditions d'emploi d'un bénévole, y compris s'il a signé un contrat de bénévolat, sont celles d'un salarié impliquant le paiement des cotisations. Le coup de main ou l'entraide sont souvent des paravents qui dissimulent de l'emploi salarié.

.B.2.1. Le critère de l'exercice de l'activité dans le cadre d'une subordination juridique est l'élément déterminant pour requalifier un bénévole en salarié et demander à la structure qui l'emploie le paiement des cotisations.

Les caisses de congés payés (et intempéries) peuvent se référer à plusieurs arrêts rendus par la Cour de cassation pour appuyer leur demande, et en particulier à trois arrêts³⁹⁷ :

.- l'arrêt de principe *Société Générale* du 13 novembre 1996³⁹⁸, qui précise que la subordination juridique est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ;

³⁹⁴ Voir le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères » Octobre 2015, du même auteur.

³⁹⁵ Voir également « La frontière entre l'activité professionnelle et le bénévolat » *Doit Ouvrier* Avril 2013 p. 229, du même auteur.

³⁹⁶ Voir « Wwoofing et droit du travail : le bonheur est-il dans le pré ? » Lucas Bento de Carvalho *Droit Social* Janvier 2016 ; « Faut-il légiférer en matière de wwoofing ? » Romain Marié *JCP La Semaine Juridique Edition Sociale* Janvier 2016 n° 2.

³⁹⁷ Pour davantage d'arrêts, voir infra p.213 7^{ème} Partie Jurisprudence.

³⁹⁸ Cass. soc. n° 94-13187 du 13 novembre 1996 SOCIETE GENERALE.

.- l'arrêt CACS du 31 mai 2001³⁹⁹ qui dénie la qualité de salarié à des personnes n'avaient aucun horaire de travail, géraient eux-mêmes leur activité, choisissaient les activités et orientations à mettre en œuvre, ne recevaient aucune instruction pour le travail et participaient aux activités selon leur bon vouloir et selon les modalités qu'ils déterminaient eux-mêmes ;

.- l'arrêt *Croix Rouge Française* du 29 janvier 2002⁴⁰⁰ qui indique que la seule signature d'un contrat dit de bénévolat entre une association et une personne n'ayant pas la qualité de sociétaire n'exclut pas l'existence d'un contrat de travail, dès l'instant que les conditions en sont remplies, alors que cette personne effectuait un travail d'accompagnement des voyageurs sous les ordres et selon les directives de l'association, qui avait le pouvoir d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements éventuels et qu'elle percevait une somme forfaitaire dépassant le montant des frais réellement exposés.

Si la subordination juridique reste le critère central de la requalification, la jurisprudence relative au faux bénévolat apporte des indications complémentaires :

.- l'activité au sein d'un service organisé n'est plus déterminante à soi seule, mais vient conforter sensiblement l'existence de la subordination (outre l'arrêt *Société Générale*, voir arrêt *Vivre à son domicile*⁴⁰¹) ;

.- l'existence du versement d'une rémunération n'est pas nécessaire pour établir le salariat ; la rémunération est la conséquence du salariat, pas une cause de celui-ci. Mais *a contrario*, la rémunération est entendue au sens très large, y compris par des avantages en nature au sens de l'article L.3121-3 du code du travail et des articles L.242-1 et L.311-2 du code de la sécurité sociale. Lorsque la rémunération est établie, elle conforte également la subordination juridique (arrêt *société C3T*⁴⁰²).

.- le bénévolat est rarement admis, notamment dans le secteur concurrentiel et marchand, lorsque le prétendu bénévole occupe un emploi ou un poste qui est nécessaire au fonctionnement de la structure (arrêt *Floch*⁴⁰³) ;

.- le bénévolat est rarement admis, notamment dans le secteur concurrentiel et marchand, lorsque la présence du prétendu bénévole présente une utilité économique pour la structure qui le fait travailler (arrêt *Mister France*⁴⁰⁴).

Pour autant, le bénévolat peut être exceptionnellement reconnu dans le secteur concurrentiel et marchand⁴⁰⁵.

.B.2.2. La mise en œuvre de la présomption de salariat de l'article L.7121-3 du code du travail pour l'artiste permet à Audiens, qui gère la caisse des congés payés dans le secteur des spectacles vivants et enregistrés, de contester le caractère bénévole de l'emploi occupé, sans avoir à démontrer l'existence d'une subordination juridique avec la structure qui le fait

³⁹⁹ Cass. soc. n° 99-21111 du 31 mai 2001 CACS.

⁴⁰⁰ Cass. soc. n° 99-42697 du 29 janvier 2002 CROIX ROUGE FRANCAISE.

⁴⁰¹ Cass. soc. n° 05-43195 du 28 novembre 2006 VIVRE A SON DOMICILE.

⁴⁰² Cass. soc. n° 07-43992 du 11 mars 2009 SOCIETE C3T.

⁴⁰³ Cass. crim. n° 95-82686 du 23 juillet 1996 FLOCH.

⁴⁰⁴ Cass. soc. n° 12-13968 du 25 juin 2013 MISTER FRANCE 2003.

⁴⁰⁵ Cass. soc. n° 10-20912 du 16 février 2012.

travailler.

L'utilisation de cette présomption de salariat est donc efficace, dès lors que la caisse considère que le recours au bénévolat n'est qu'un moyen d'éviter de verser les cotisations.

L'article L.7121-3 du code du travail mentionne la condition de l'existence d'une rémunération pour faire application de la présomption de salariat qu'il pose⁴⁰⁶. La condition de la rémunération ne représente pas un obstacle pour la caisse de congés payés, même si la personne ne perçoit aucune somme en espèces, dans la mesure où cette rémunération est entendue de façon extensive, au sens de l'article L.3121-3 du code du travail.

L'article L.3121-3 du code du travail dispose en effet que constitue une rémunération le salaire ou traitement ordinaire de base au minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier.

Dès lors que le prétendu bénévole reçoit un ou plusieurs avantages en nature (hébergement, transport, nourriture, vêtements, bons de réduction, bons d'achats, billets d'entrée gratuit, mise à disposition d'un moyen de transport...), à l'occasion de sa prestation d'artiste, il s'agit d'une rémunération au sens de la législation du travail.

S'il s'avère que le prétendu bénévole ne perçoit aucun avantage en nature (ce qui est très rare), la caisse de congés payés devra alors démontrer, selon le droit commun, l'existence d'une subordination juridique classique pour faire reconnaître le salariat et, obtenir, par suite, le paiement des cotisations et contributions sociales. Cette démonstration n'est pas très difficile à effectuer, tant les prestations d'un artiste sont, par nature, et en règle générale, programmées, planifiées, organisées, encadrées, surveillées et contrôlées par le producteur du spectacle. Il est exceptionnel qu'un artiste puisse effectuer en toute liberté et indépendance sa prestation, surtout s'il fait partie d'un groupe, d'une troupe ou d'un ensemble.

.B.3. La mise en cause de celui qui emploie un prétendu stagiaire

La législation distingue six catégories de stagiaire :

- .1- l'élève ou l'écolier, relevant du 2° de l'article L.4153-1 du code du travail, qui pendant sa scolarité et au titre de scolarité est accueilli dans une structure pour une période de découverte, d'initiation et d'information,
- .2- l'élève ou l'écolier, relevant du 3° de l'article L.4153-1 du code du travail qui suit un enseignement alterné ou un enseignement professionnel durant les deux dernières années de sa scolarité obligatoire, qui accomplit un stage d'initiation, d'application ou une période de formation en milieu professionnel,
- .3- la personne, salarié ou demandeur d'emploi, qui, dans le cadre de la formation professionnelle continue mentionnée dans le code du travail, est admise à suivre un stage comportant une période d'accueil dans une structure,
- .4- l'étranger, relevant des articles L.313-7-1, R.313-10-1 et suivants du code de l'entrée et

⁴⁰⁶ Ce qui n'est pas le cas pour le bûcheron ou travailleur forestier.

du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), en général majeur et déjà salarié dans son pays, qui vient temporairement en France effectuer un stage pratique dans une structure d'accueil,

.5- la personne, qui n'appartient pas à l'une de ces 4 catégories, relevant de l'article L.124-1 du code de l'éducation, qui est accueillie en entreprise dans le cadre d'un enseignement, dans la perspective d'obtenir un diplôme, une certification ou de favoriser son insertion professionnelle,

.6- le jeune au pair ou stagiaire aide familial de nationalité étrangère, qui est accueilli au sein d'une famille, dans le cadre de l'accord du Conseil européen du 24 novembre 1969⁴⁰⁷.

Le risque de dissimulation d'emploi salarié et de non paiement de cotisations aux caisses concerne essentiellement les stages en entreprise visés aux paragraphes 4 et 5.

Depuis la loi du 31 mars 2006⁴⁰⁸, le stagiaire en entreprise relève d'un statut spécifique inscrit dans le code de l'éducation. Ce statut, plusieurs fois modifié et ajusté depuis 2006, est destiné à éviter les abus des entreprises d'accueil tentées par l'emploi de salarié à bas coût sous cette appellation induue.

Les conditions de fond et de forme posées par le code de l'éducation n'ont pas fait cesser pour autant le recours à de prétendus stagiaires et à la dissimulation d'emploi salarié sous cette qualité.

.B.3.1. Le stage en entreprise mentionné aux paragraphes 4 et 5 fait l'objet d'un encadrement destiné à garantir sa bonne et loyale exécution et à éviter les dérives. Les cotisations à la caisse de congés payés et intempéries ne sont pas dues.

La qualité de stagiaire de nationalité étrangère relevant des articles L.313-7-1, R.313-10-1 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) est préalablement vérifiée par le service de main d'œuvre étrangère de l'unité départementale de la Direccte, puis par le consulat de France à l'étranger lors de la délivrance du visa, et enfin par la préfecture lorsqu'elle délivre une carte de séjour temporaire lorsque le stage en France dure plus de trois mois.

La qualité de stagiaire relevant de l'article L.124-1 du code de l'éducation doit répondre à des conditions de fond et de forme dont le respect engage l'établissement ou l'organisme de formation et l'entreprise d'accueil. Au titre de ces conditions, la signature d'une convention de stage, des objectifs pédagogiques, une durée limitée du stage et un nombre limité de stagiaires accueillis dans l'entreprise.

.B.3.2. L'existence d'un encadrement juridique assez formel de l'accueil d'un stagiaire dans une entreprise ou d'une famille, parfois assorti d'un contrôle a priori de l'administration, n'a pas fait disparaître les abus et les fraudes à la loi. Un salarié peut être encore employé sous un statut apparent de stagiaire, ce qui évite notamment le paiement des cotisations aux caisses de congés payés (et intempéries).

La qualité de stagiaire ne se présument pas, une entreprise qui ne respecte pas les règles

⁴⁰⁷ Voir également circulaire DPM n° 20 du 23 janvier 1990 paragraphe 3.5.

⁴⁰⁸ Article 9 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances.

formelles qui régissent l'accueil d'un stagiaire ne peut pas présenter la personne accueillie comme un stagiaire ; l'absence de convention de stage en est l'une des illustrations la plus significative.

Mais *a contrario*, le respect des règles formelles par l'entreprise n'équivaut pas à la reconnaissance irréfragable de la qualité de stagiaire. Il s'agit au plus d'une apparence de légalité valant présomption simple de cette qualité. La requalification en salarié et le paiement des cotisations demeurent possible.

Certains éléments ne sont pas cependant opérants à eux seuls, pour procéder à cette requalification :

- l'exercice d'une activité dans l'entreprise, puisque, par nature, le stagiaire ne se contente pas d'écouter ou de regarder ; il se livre à des activités de production intellectuelle ou matérielle, participe à des réunions, accompagne les salarié de l'entreprise,
- le fait que le stagiaire soit soumis aux règles de vie collective de l'entreprise : respect d'horaires, de consignes ou du règlement intérieur. A ce titre, il est quasi subordonné,
- le versement d'une contrepartie financière, puisque le versement d'une gratification est possible, voire obligatoire à partir du 3^{ème} mois de stage⁴⁰⁹.

Le prétendu stagiaire sera requalifié en salarié lorsque⁴¹⁰ :

- le contenu de sa convention de stage n'est pas respecté,
- il n'est pas réellement suivi par un tuteur ou un maître de stage,
- il ne reçoit pas de formation au sein de l'entreprise d'accueil,
- son activité dans l'entreprise est sans lien avec son cursus pédagogique et la nature de sa formation,
- il occupe un poste de travail nécessaire au fonctionnement de l'entreprise,
- il est placé dans des conditions normales d'emploi,
- il est intégré aux équipes de travail,
- sa présence présente un intérêt économique pour l'entreprise,
- le nombre simultané de stagiaires dans l'entreprise exclut tout suivi pédagogique sérieux,
- un ou plusieurs stagiaires sont accueillis en permanence dans l'entreprise, sans discontinuer.

Comme souvent en matière de requalification, le juge se prononcera sur la base d'un faisceau d'indices dont les plus déterminants sont précités.

⁴⁰⁹ Seule une gratification particulièrement élevée serait susceptible d'interpeller.

⁴¹⁰ Parmi les arrêts rendus par la Cour de cassation et mentionnés infra p.213 7^{ème} Partie Jurisprudence : Cass. crim. n° 09-87689 du 28 septembre 2010 SCEA/LE CEDRE ; cass.soc. n° 11-27536 du 13 mars 2013 NEW AXIS AIRWAYS ; cass. soc. n° 13-16349 du 7 juillet 2015 PI DELTA.

Nota

Quelle est l'incidence civile du non respect des seuils et des quotas d'accueil des stagiaires en entreprise mentionnés aux articles R.124-10 et suivants du code de l'éducation ?⁴¹¹ Le non respect de ces normes est-il suffisant à lui seul pour obtenir la requalification du stagiaire en salarié ?

Ces questions méritent d'être posées dès lors que ces normes répondent à un double objectif : garantir une qualité pédagogique au stage et éviter le stage « bidon ».

Il n'est donc pas irréaliste de penser que le juge pourra considérer qu'une entreprise qui n'a pas respecté sur ce point les règles d'ordre public encadrant l'accueil de stagiaires s'est placée d'elle-même en dehors de ce cadre juridique, ce qui permet aux organismes de protection sociale d'obtenir la requalification.

.B.3.3. Cas particulier de l'étudiant Junior-Entreprise

.1) Aux six catégories de stagiaires mentionnées *supra* **.B.3. p.183**, il faut ajouter l'étudiant qui est missionné dans une entreprise par une Junior-Entreprise⁴¹² pour y effectuer des études à caractère pédagogique et dont le « statut » atypique relève d'un simple arrêté ministériel de la direction de la sécurité sociale du 20 juin 1988⁴¹³.

Ce statut atypique, sans doute le résultat d'une bienveillance administrative de l'époque dû un lobbying intense, est juridiquement fragile et original ; ce statut place l'étudiant entre le salarié et le stagiaire relevant de l'article L.124-1 du code de l'éducation.

En effet, l'étudiant placé par une Junior-Entreprise peut relever du salariat car il réalise une étude utile pour l'entreprise qui l'accueille, il reçoit une contrepartie financière de la part de la Junior-Entreprise qui verse des cotisations sociales (forfaitaires et réduites) ; il peut également relever du stagiaire car son immersion et son activité dans l'entreprise d'accueil se situent dans le cadre de son cursus pédagogique accompli dans une université ou une grande école⁴¹⁴.

Pour autant, cet étudiant n'est ni salarié, ni stagiaire de l'article L.124-1 du code de l'éducation car l'arrêté ministériel DSS du 20 juin 1988 n'a pas été abrogé.

Le caractère atypique et original de ce statut est renforcé par le mode de fonctionnement d'une Junior-Entreprise qui s'apparente *grosso modo* à celui d'une entreprise de travail temporaire. Elle fournit (elle place) un étudiant à une entreprise qui, immergé pendant plusieurs semaines ou plusieurs mois, va réaliser une étude utile à cette entreprise (par exemple, une étude sur l'amélioration de la gestion des stocks). Cette étude est d'autant plus utile à l'entreprise que cette étude va être payée par l'entreprise à la Junior-Entreprise et que celle-ci va rémunérer l'étudiant pour cette étude ; cette rémunération donne lieu à

⁴¹¹ Ces normes sont fixées par le décret n° 2015-1359 du 26 octobre 2015.

⁴¹² La Junior-Entreprise est une association d'étudiants rattachée à une université ou à une grande école (voir le site de la confédération nationale des Junior-Entreprises).

⁴¹³ Arrêté du 20 juin 1988 ; lettre DSS du 1^{er} août 1988 ; lettre circulaire ACOSS 88/55 du 19 août 1988. Voir aussi la notice d'information Urssaf du mois de janvier 2006.

⁴¹⁴ La création d'un statut de stagiaire mentionné à l'article L.124-1 du code de l'éducation autorise à s'interroger sur la validité juridique de ce statut Junior-Entreprise qui relève d'un simple arrêté, publié pour des raisons de circonstance aujourd'hui discutables.

cotisations sociales dans les conditions prévues par l'arrêté ministériel DSS du 20 juin 1988 précité.

Compte tenu de l'encadrement des stages en entreprise intervenu depuis 2007 et des critères du contrat de travail, il devient juridiquement difficile de soutenir que l'étudiant Junior-Entreprise n'est ni l'un (stagiaire) ni l'autre (salarié). D'autant que l'arrêté ministériel DSS du 20 juin 1988 est un texte de circonstance, destiné à échapper aux conséquences de l'arrêt de la Cour de cassation du 15 juin 1988⁴¹⁵, qui a assujéti ces étudiants au régime général de la sécurité sociale, c'est-à-dire les a considérés comme des quasi salariés. Cette décision de la Cour de cassation, un peu oubliée aujourd'hui, peut retrouver toute sa pertinence.

.2) En tout état de cause, un étudiant placé par une Junior-entreprise pour effectuer un travail sans lien avec la nature de ses études, tels que de la manutention sur un chantier du BTP ou du montage et démontage pour un festival, ne relève pas de l'arrêté ministériel DSS du 20 juin 1988 ; il est salarié en CDD de fait. En effet, l'arrêté ministériel DSS du 20 juin 1988 précise que l'immersion en entreprise se fait dans le cadre du cursus pédagogique.

Par ailleurs, cette requalification en salarié souffre encore moins d'hésitation lorsque l'association d'étudiants n'est pas reconnue comme Junior-entreprise par la Confédération nationale des Juniors-Entreprises (CNFE). Il s'agit alors d'une association dite « job services » qui exerce illégalement une activité d'entreprise de travail temporaire, ce qui a été sanctionné par le juge au titre du marchandage et du prêt illicite de personnel⁴¹⁶.

Ces associations d'étudiants « job services » se font passer pour des Juniors-entreprises, afin de facturer à moindre coût aux entreprises les heures de travail des étudiants par l'application des taux de cotisations sociales réduits de l'arrêté ministériel DSS du 20 juin 1988. Les emplois occupés par les étudiants des associations « job services » sont sans lien avec la nature de leur études puisqu'ils font de la mise en rayon, de la distribution de prospectus, des inventaires...

Une caisse de congés payés et intempéries, qui n'est d'ailleurs pas liée par la circulaire DSS du 20 juin 1988, peut réclamer les cotisations à une entreprise qui recourt à tort à une personne sous le statut de Junior entreprise.

.B.4. La mise en cause de celui qui emploie un prétendu travailleur indépendant⁴¹⁷

Le secteur du BTP et, dans une moindre mesure, celui des spectacles vivants et enregistrés et celui des transports, sont exposés aux pratiques de faux travail indépendant.

La requalification d'un pseudo travailleur indépendant en salarié permet aux caisses de congés payés (et intempéries) de réclamer au donneur d'ordre devenu employeur le paiement des cotisations relatives à cet emploi dissimulé..

Le salarié prétendu travailleur indépendant est, soit établi et résident en France, soit abusivement détaché en France sous ce statut, depuis un autre Etat.

⁴¹⁵ Cass. soc. n° 86-10732 du 15 juin 1988 URSSAF de SAINT ETIENNE

⁴¹⁶ Cass. crim. n° 03-86681 du 16 mars 2004 SACIP.

⁴¹⁷ Voir également « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance » Octobre 2015, du même auteur.

S'il est vrai que la majorité des faux travailleurs indépendants sont établis en France, notamment sous le régime de l'auto entrepreneur, l'élargissement de l'Union européenne, avec la reconnaissance de la libre prestation de services, a optimisé cette fraude à l'emploi transnational⁴¹⁸.

La jurisprudence de la Cour de cassation, qui fixe la ligne de partage entre le vrai et le faux travailleur indépendant, s'est construite dans les affaires mettant en relation un pseudo donneur d'ordre et un prétendu travailleur indépendant établi en France. Pour autant, cette jurisprudence est transposable sans réserve, lorsque le prétendu travailleur indépendant est établi hors de France ; ce sont les mêmes critères de requalification qui permettent aux caisses de congés payés (et intempéries) de s'affranchir des apparences et d'obtenir du juge la requalification de sa situation contractuelle et le paiement des cotisations.

La caisse des congés payés des spectacles vivants et enregistrés dispose en outre du bénéfice de la présomption de salariat posée par la législation du travail pour rétablir le vrai statut de l'artiste en activité.

.B.4.1. Le recours apparent à un travailleur indépendant se traduit d'une part, par le respect des formalités déclaratives liées à ce statut, et d'autre part, par l'édition ou la signature de documents commerciaux. Ainsi :

- le prétendu travailleur indépendant est immatriculé au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, en qualité de personne physique ou de personne morale.

Lorsque l'exercice du métier est règlementé, il est également inscrit aux registres spécifiques : registre des agents commerciaux, registre des transporteurs ; il dispose de l'agrément pour les professions de la sécurité privée.

- le prétendu travailleur indépendant est connu en tant que tel des organismes de recouvrement sociaux et des services fiscaux auprès desquels il procède à ses déclarations périodiques,

- il émet des devis et des factures ; il tient une comptabilité.

- il dispose, éventuellement, d'un contrat commercial (contrat de sous-traitance, contrat de franchise, contrat d'intégration dans l'agriculture ; contrat d'apporteur d'affaires, contrat d'agent commercial, contrat de mandat, de concession ou de représentation...), de bons de commandes, d'ordres de service,

- Il est gérant mandataire ou associé d'une société,

- il peut lui-même être employeur de salarié.

.B.4.2. Dans une perspective de requalification à l'égard de son donneur d'ordre, deux situations sont à distinguer.

.a) La qualité même apparente de travailleur indépendant n'est pas opposable dès lors que le travailleur n'est pas en mesure de justifier du respect de ces formalités déclaratives, par la

⁴¹⁸ Voir notamment le 1er arrêt de requalification de faux artisans détachés : Cass. soc. n° 95-18115 du 27 mars 1997 DEBEZY/LADRISOL.

production de l'immatriculation aux registres consulaires, aux registres professionnels ou des déclarations fiscales et sociales.

Le statut de travailleur indépendant ne se présume pas ; il se prouve et se démontre, y compris lorsqu'est invoqué par le donneur d'ordre la qualité d'auto entrepreneur de celui qui travaille pour lui.

La preuve de la qualité apparente de travailleur indépendant se pose avec une acuité et une importance particulière pour la personne établie hors de France et qui est présentée par son donneur d'ordre comme un « prestataire », c'est-à-dire un travailleur indépendant dans l'Etat de sa provenance, venu travailler temporairement en France.

Pour être apparemment considéré comme un prestataire de services établi à l'étranger, son donneur d'ordre doit justifier que le prestataire remplit au moins 5 conditions :

- .- être juridiquement constitué dans l'Etat de résidence, c'est-à-dire être immatriculé ou enregistré,
- .- y exercer son activité économique de façon habituelle,
- .- y exercer son activité de façon significative,
- .- avoir satisfait à ses obligations fiscales déclaratives en France, c'est-à-dire, soit avoir obtenu un numéro de TVA communautaire en France s'il est prestataire de services établi dans l'Union européenne, soit avoir procédé à la désignation de son représentant fiscal en France auprès d'un service local de la DGFIP,
- .- avoir satisfait à ses obligations sociales déclaratives en France, c'est-à-dire, soit s'être immatriculé auprès du RSI, soit être en possession d'un certificat de détachement délivré par son institution de sécurité sociale dans l'Etat de résidence.

Nota

Lorsque le prestataire est établi dans un Etat tiers (hors UE, Espace économique européen et Suisse), il n'est pas toujours en capacité de présenter ce certificat de détachement :

.- soit parce qu'il réside dans un Etat qui n'a pas signé de convention bilatérale de sécurité sociale avec la France,

.- soit parce qu'il réside dans un Etat qui a signé une convention bilatérale de sécurité sociale avec la France, mais qui ne vise que les salariés détachés, pas les travailleurs indépendants⁴¹⁹.

Dans ces 2 cas, le prestataire de services étranger doit s'immatriculer au RSI et payer en France les cotisations sociales.

Les caisses de congés payés (et intempéries) seront en mesure d'obtenir assez aisément la requalification devant le juge du pseudo travailleur indépendant en salarié, dès lors

⁴¹⁹ La liste de ces Etats est disponible sur le site du CLEISS.

qu'aucune apparence formelle déclarative ou autre atteste de cette qualité. Sauf à ce que son donneur d'ordre démontre qu'il travaillait de façon autonome et indépendante, ce qui n'est pas nécessairement à l'avantage de ce donneur d'ordre puisqu'il reconnaît de ce fait qu'il recourt à une personne qui exerce du travail dissimulé.

.b) La seconde situation est celle de l'activité professionnelle est exercée sous l'apparence formelle d'un travailleur indépendant. Selon les circonstances, le statut de travailleur indépendant a été pris, de façon plus ou moins volontaire, mais objectivement, l'activité professionnelle s'exerce dans le cadre d'une relation juridiquement subordonnée.

L'apparence du statut de travailleur indépendant pour un salarié prend des formes variées, voire sophistiquées. Mais la complexité du montage commercial imposé par le donneur d'ordre, s'il a pour objet notamment de dissuader les démarches de requalification, n'est jamais un obstacle juridique, ni pour les caisses, ni pour le juge.

Seuls les faits font le droit⁴²⁰.

.B.4.3. La requalification de la situation apparente de travailleur indépendant s'effectue en démontrant que celui-ci n'exerce pas son activité professionnelle de façon libre et autonome pour le compte de son donneur d'ordre, **mais qu'il travaille dans les mêmes conditions qu'un salarié**. Son activité professionnelle n'est pas indépendante ; elle est subordonnée.

La requalification de pseudo travailleur indépendant en salarié ne se fait pas au regard des conditions d'exercice de la totalité de son activité professionnelle, mais dans le cadre de chacune des relations qu'il entretient avec ses différents donneurs d'ordre, lorsqu'il travaille pour plusieurs donneurs d'ordre. L'action judiciaire en requalification des caisses de congés payés (et intempéries) visera le ou les donneurs d'ordre impliqués⁴²¹.

La subordination juridique du salarié au donneur d'ordre se caractérise par les éléments (non exhaustifs) suivants :

- le donneur d'ordre a contraint le salarié à prendre le statut de travailleur indépendant pour lui confier du travail ; le salarié n'était pas auparavant un travailleur indépendant. Prendre le statut de travailleur indépendant n'est pas le libre choix du salarié.
- les conditions de travail imposées par son donneur d'ordre (horaires notamment) lui interdisent d'avoir sa propre clientèle,
- son donneur d'ordre organise et encadre l'activité, détermine le mode opératoire, détermine les tâches à accomplir, lui donne les ordres, directives et instructions,
- son donneur d'ordre fixe et contrôle ses horaires de travail, ses jours de repos ou de congés,
- le salarié prétendu travailleur indépendant pointe ses heures de début et de fin de travail,
- le salarié prétendu travailleur indépendant est formé par son donneur d'ordre au début de leur relation contractuelle,

⁴²⁰ Tiennot Grumbach, avocat.

⁴²¹ Voir infra. p.213 7^{ème} Partie Jurisprudence.

- .- le salarié prétendu travailleur indépendant est soumis à une période d'essai ou une période probatoire,
- .- le salarié prétendu travailleur indépendant est soumis à des pénalités de même nature que des sanctions disciplinaires,
- .- il est un ancien salarié du donneur d'ordre ; il continue de travailler dans les mêmes conditions.
- .- le salarié prétendu travailleur indépendant n'a pas la libre disposition de son outil de travail ; l'outil de travail est fourni par le donneur d'ordre uniquement quand le donneur d'ordre le fait travailler pour son compte⁴²².
- .- son donneur d'ordre lui impose d'utiliser un matériel ou un équipement d'un modèle ou d'une nature bien déterminé,
- .- le donneur d'ordre valide a priori l'embauche de salarié par le prétendu travailleur indépendant, lorsque celui-ci est lui-même employeur,
- .- le donneur d'ordre valide a priori les jours et les horaires d'ouverture à la clientèle, lorsque le prétendu travailleur indépendant gère une activité commerciale,
- .- son donneur d'ordre dispose du matériel et des équipements, mais pas du personnel salarié⁴²³,
- .- le salarié prétendu travailleur indépendant travaille exclusivement pour le donneur d'ordre ; il ne dispose pas d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal.
- .- le salarié prétendu travailleur indépendant apparaît dans l'organigramme de son donneur d'ordre au même titre que les salariés de celui-ci ; il est destinataire des notes de service que le donneur d'ordre adresse à son propre personnel et il doit participer aux réunions de service du donneur d'ordre,
- .- le salarié prétendu travailleur indépendant rend compte au quotidien de son activité à son donneur d'ordre et lui en réfère chaque fois que nécessaire, (au besoin par des fiches imposées par le donneur d'ordre),
- .- son donneur d'ordre lui fixe le prix de ses prestations et les délais de paiement, et non l'inverse ;
- .- en présence de plusieurs prétendus travailleurs indépendant travaillant pour le même donneur d'ordre, les contrats commerciaux sont rédigés en termes identiques (contrat type) et imposés; le prix et les délais de paiement sont identiques et imposés.
- .- son donneur d'ordre lui établit ses factures,
- .- le salarié prétendu travailleur indépendant effectue les mêmes tâches que les salariés de son donneur d'ordre,

⁴²² Cas d'un pilote d'hélicoptère ou d'un moniteur de saut en parachute.

⁴²³ Une entreprise de transport routier qui dispose de 10 camions mais d'aucun conducteur salarié.

- son donneur d'ordre se réserve le droit de le révoquer à tout moment,
- le salarié prétendu travailleur indépendant ne dispose pas d'un savoir faire différent du personnel de son donneur d'ordre,
- les travaux et les tâches qui lui sont confiés ne sont pas précisément définis, notamment en l'absence de contrat commercial écrit,
- des écrits contenant des mentions explicites (devis, contrats⁴²⁴, factures, bons de commande, bons de travaux, ordres de services) font état d'un contrôle très poussé du donneur d'ordre sur l'activité du salarié prétendu travailleur indépendant,
- le salarié prétendu travailleur indépendant a été recruté par voie d'annonces, voire via Pôle Emploi,
- le client ignore que le travail est effectué par un travailleur indépendant sous-traitant.
- le salarié prétendu travailleur indépendant se présente ou est présenté comme un salarié du donneur d'ordre.

Ces différents éléments ne sont pas bien entendu cumulatifs. En fonction des conditions d'emploi du salarié, seuls certains de ces éléments seront présents et suffiront à caractériser la relation de travail subordonnée devant le juge.

Nota

Depuis la loi Madelin du 11 février 1994⁴²⁵, le code du travail a été modifié à plusieurs reprises pour tenter d'encadrer⁴²⁶, voire de limiter, les requalifications prononcées par le juge et ainsi donner plus de sécurité juridique aux entreprises. A cet effet, a été introduite la notion de subordination juridique permanente. Les dernières modifications du code du travail, qui s'inspirent de la philosophie de la loi Madelin, sont codifiées aux articles L.8221-6 et L.8221-6-1 du code du travail qui posent une présomption de non salariat⁴²⁷.

Ces modifications successives du code du travail tendant à créer une présomption de non salariat, qui se sont traduites par des formulations rédactionnelles plus ou moins différentes, n'ont jamais modifié la position de la Cour de cassation sur l'appréciation de la subordination juridique, que la relation de travail soit de courte durée ou non, que le prétendu travailleur indépendant soit établi en France ou à l'étranger ou que le prétendu travailleur indépendant exerce en entreprise individuelle ou en société.

⁴²⁴ Par exemple, un document intitulé « Contrat de délégation de personnel ».

⁴²⁵ Articles 35, 49 et 50 de la loi^o 94-126 du 11 février 1994 sur l'initiative et l'entreprise individuelle.

⁴²⁶ Trois interventions législatives depuis la loi Madelin.

⁴²⁷ Reprise à l'article L.311-11 du code de la sécurité sociale.

.B.4.4. La mise en œuvre de la présomption de salariat de l'article L.7121-3 du code du travail pour l'artiste permet à Audiens, qui gère la caisse des congés payés dans le secteur des spectacles vivants et enregistrés, de contester le statut de travailleur indépendant de l'artiste, lorsqu'il est employé sous cette qualité.

L'utilisation de cette présomption de salariat est donc très efficace, dès lors que la caisse considère que le recours au travail indépendant n'est qu'un moyen d'éviter de verser les cotisations.

Il suffit que la personne remplisse les conditions objectives mentionnées dans l'article L.7121-3 du code du travail, notamment celles relatives à la définition et à l'identification de son métier⁴²⁸. Contrairement au prétendu bénévole, la question du versement d'une rémunération ne se pose pas, puisque l'artiste, dans ce cas de figure, est nécessairement payé et présente des factures.

Un artiste de spectacle vivant ou enregistré ne peut donc être payé sur facture et le producteur qui l'emploie est tenu de verser les cotisations à Audiens.

La présomption de salariat de l'article L.7121-3 du code du travail peut cependant être levée, dans deux hypothèses, ce qui permet alors de considérer l'artiste comme un travailleur indépendant, sous réserve qu'il ne soit pas mineur⁴²⁹ :

.- l'artiste établi en France peut être considéré comme un travailleur indépendant lorsqu'il exerce son activité dans des conditions impliquant son inscription au registre du commerce. Cette rédaction sibylline du code du travail a donné lieu à très peu de jurisprudence, compte du fait que la quasi-totalité des prestations artistiques, y compris pour les artistes de très grande notoriété, s'effectuent de façon naturelle et habituelle sous le régime social attractif du salariat⁴³⁰.

En application de cette jurisprudence très circonscrite, l'artiste devient un travailleur indépendant dès lors qu'il justifie d'une indépendance scénique, technique et économique⁴³¹. Le producteur, qui refuse le bénéfice de la présomption de salariat à un artiste pour le considérer comme un travailleur indépendant, devra le justifier à la caisse de congés payés, notamment par l'immatriculation de l'artiste au RCS. Le bien fondé de la neutralisation de la présomption de salariat par le producteur du spectacle s'apprécie pour chaque contrat de production, c'est-à-dire pour chaque spectacle ou chaque enregistrement.

.- l'artiste établi dans un Etat de l'Union européenne (UE) ou de l'Espace économique européen (EEE), en application de l'article L.7121-5 du code du travail. Pour respecter le principe de la libre prestation de services, la France a dû introduire dans le code du travail, à la demande de la Commission européenne, une seconde exception à la présomption de salariat de l'artiste. A cet effet, l'article L.7121-5 du code du travail permet au producteur, ou à l'organisateur de la prestation artistique en France, d'écarter la présomption de salariat

⁴²⁸ Par exemple, un disc jockey est-il un artiste ou un salarié de droit commun ; un sportif qui fait une publicité est-il toujours un sportif, un mannequin ...ou un artiste ? etc...

⁴²⁹ On conçoit mal qu'un mineur puisse être travailleur indépendant.

⁴³⁰ Notamment parce qu'il entraînerait une rupture dans son régime d'indemnisation du chômage et de sa protection sociale de salarié et parce que la triple indépendance est assez rare.

⁴³¹ Cass. soc. n° 79-40201 du 8 juillet 1980 GROUPE ALPES.

à l'égard d'un artiste qui justifie être établi en tant que travailleur indépendant pour exercer ce métier à titre habituel dans un de ces Etats.

La Cour de cassation fait une application stricte de cette exception à la présomption de salariat. Elle précise qu'il appartient au producteur du spectacle, et non pas à l'artiste (ou, aux agents de contrôle habilités et aux organismes de recouvrement)⁴³², d'apporter la preuve qu'il exerce son activité de façon habituelle en qualité de travailleur indépendant dans l'Etat de l'UE ou de l'EEE où il est établi.

Par ailleurs, il faut que le producteur prouve que cet artiste a accompli en France toutes les formalités déclaratives mentionnées ***supra au paragraphe .B.4.2.a. p.187.***

Dans les 3 affaires dans lesquelles s'est prononcée à ce jour la Cour de cassation, elle a refusé à chaque fois de faire application de cette dérogation à la présomption pour des artistes étrangers⁴³³. Elle a considéré que les artistes restaient couverts par la présomption de salariat et que les producteurs établis en France étaient leurs employeurs, donc redevables des cotisations et contributions sociales.

La caisse des congés spectacles peut se référer à cette jurisprudence pour requalifier l'artiste prestataire en salarié et demander au producteur le paiement des cotisations.

A contrario, cette exception à la présomption de salariat n'est pas applicable à l'artiste résidant en Suisse ou dans un Etat tiers. La présomption lui est opposable, ainsi qu'au producteur, sans réserve.

Nota

A supposer réunies les conditions posées par l'article L.7121-5 du code du travail, la requalification de l'artiste prestataire en salarié resterait cependant possible par la démonstration de droit commun de l'existence d'un lien de subordination juridique permanente, notamment si l'artiste se produit en France intégré dans une troupe ou un ensemble, comme l'un de ses membres, sans disposer d'une quelconque autonomie scénique ou artistique.

La présomption de salariat n'est juridiquement applicable qu'entre un artiste et un entrepreneur de spectacle qui est en principe son employeur parce qu'il est le producteur du spectacle ; cette présomption de salariat n'interdit pas à la caisse de congés payés de considérer que l'artiste, employé indûment sous un statut de travailleur indépendant, est salarié d'une autre personne, par exemple d'un chef d'orchestre de grande notoriété.

Il appartient alors à la caisse de congés payés de prouver l'existence d'un lien de subordination juridique classique avec cette autre personne⁴³⁴.

⁴³² Même raisonnement que celui tenu pour la non immatriculation d'une entreprise étrangère à la caisse de congés payés et intempéries en France.

⁴³³ Voir infra p.213 7^{ème} Partie Jurisprudence.

⁴³⁴ Cass. soc. n° 06-42773 du 19 décembre 2007 CLAYDERMAN.

.B.5. La mise en cause de celui qui emploie un salarié prétendument détaché par une entreprise établie hors de France

Les trois secteurs couverts par des caisses de congés payés, c'est-à-dire le BTP, les spectacles vivants et enregistrés et les transports, font l'objet de très nombreuses prestations de services et de détachement sur le territoire français.

Les fraudes au détachement du salarié sur le territoire français ont aussi pour objectif d'éviter de payer les cotisations aux caisses de congés payés (et intempéries), alors qu'elles sont juridiquement dues, sauf dans de rares exceptions (*voir supra paragraphe .A.2. p.175.*).

Cependant, il est plus commode pour les caisses de congés payés (et intempéries) de s'adresser à un employeur débiteur établi en France, notamment en cas de fraude, ce qui facilite le recouvrement de ces cotisations.

Pour cette raison d'efficacité du recouvrement, les caisses ont un intérêt à demander au juge la requalification de la situation d'activité et de travail en France de l'entreprise étrangère et du salarié détaché, dès lors que les conditions sont réunies pour obtenir cette requalification.

A l'identique du salarié et des organismes de protection sociale, deux situations d'activité et de travail permettent aux caisses de demander la requalification et d'obtenir plus aisément le paiement des cotisations.

Cette démarche de requalification doit s'appuyer sur les dispositions de la législation du travail et sur sa jurisprudence, pour en tirer ensuite des conséquences en matière de recouvrement des cotisations..

.B.5.1. Lorsque l'employeur fait travailler en France un salarié dans le cadre d'une fraude à l'établissement

De nombreuses entreprises étrangères exercent leur activité économique en France sans créer d'établissement, alors que leur activité est stable et continue sur le territoire français ou parce qu'elles n'ont pas d'activité ou pas d'activité significative dans l'Etat où elles sont domiciliées.

Dès lors que cette fraude à l'établissement est avérée, le salarié affecté à cette activité n'a pas la qualité de détaché ; il est salarié de cet établissement de fait⁴³⁵. De façon, plus générale, la Cour de cassation considère que celui qui occupe un emploi nécessaire à l'activité économique de l'entreprise en est son salarié⁴³⁶, d'autant que le lien de subordination juridique n'est pas contestable entre l'établissement de fait et le prétendu salarié détaché.

De ce fait, l'établissement de fait qui emploie ce salarié sous sa subordination juridique, outre son immatriculation au RCS ou au RM, doit procéder à la DPAE, lui remettre un bulletin de paie et faire les déclarations sociales en France, y compris la caisse de congés payés (et intempéries).

⁴³⁵ Cass. crim. n° 11-88420 du 11 mars 2014 EASYJET; cass. crim n° 12-81421 du 11 mars 2014 VUELING.

⁴³⁶ Cass. crim. n° 95-82686 du 23 juillet 1996 FLOCH.

Les caisses peuvent donc s'appuyer sur la constatation d'une situation de travail dissimulé au sens des articles L.8221-1 et suivants du code du travail et de l'absence d'un détachement au sens de l'article L.1262-3 du code du travail pour engager une action en dommages et intérêts et/ou en recouvrement.

.B.5.2. Lorsque le salarié est employé en France dans le cadre d'une opération de fausse sous-traitance⁴³⁷

Le salarié détaché est victime d'une opération de fausse sous-traitance au profit d'une entreprise donneur d'ordre établi en France,

.- soit lorsqu'il est victime d'une opération de marchandage et/ou de prêt illicite de personnel. La Cour de cassation considère qu'il devient le salarié direct de l'entreprise donneur d'ordre ; il n'a donc pas la qualité de salarié détaché.

.- soit lorsqu'il est employé sous un statut de faux travailleur indépendant.

Dès lors que l'opération de fausse sous-traitance est reconnue par le juge, le salarié détaché perd cette qualité et devient le salarié du donneur d'ordre, c'est-à-dire le salarié de l'entreprise qui a prétendument sous-traité à son employeur officiel⁴³⁸ ou le salarié de l'entreprise qui l'a fait travailler comme prétendu travailleur indépendant⁴³⁹.

Les cotisations sont dues aux caisses par le véritable employeur qui est établi en France.

.B.5.3. Lorsque le salarié est employé en France dans le cadre d'une opération de mise à disposition licite ou illicite⁴⁴⁰

La mise à disposition, licite ou illicite, du salarié qui entraîne le transfert de la subordination juridique ; permet aux caisses de congés payés (et intempéries) de s'adresser à l'entreprise d'accueil en France pour le paiement des cotisations.

Le salarié détaché est victime d'une opération de mise à disposition illicite, hors hypothèse de sous-traitance, au profit d'une entreprise établie en France dans les trois situations suivantes :

1.- lorsqu'il est détaché en France par une entreprise de travail temporaire qui ne respecte pas la législation sur le travail temporaire. Ne pas respecter la législation sur le travail temporaire constitue du marchandage et/ou du prêt illicite de main d'œuvre, imputables à la fois à l'ETT établie à l'étranger et à l'entreprise utilisatrice française. Le salarié détaché devient alors le salarié de l'entreprise utilisatrice française auprès de laquelle il peut faire valoir ses droits⁴⁴¹.

⁴³⁷ Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance ». Octobre 2015, du même auteur.

⁴³⁸ Not. Cass. crim. n° 11-82952 du 22 février 2012 TIMLUX.

⁴³⁹ Not. Cass. crim. n° 04-87840 du 13 septembre 2005 MPDC.

⁴⁴⁰ Voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance ». Octobre 2015, du même auteur.

⁴⁴¹ Not. Cass. soc. n° 07-42616 du 11 mars 2009 BELFOR France ; cass. soc. n° 14-11805 du 18 février 2016 ND LOGISTICS ; cass. crim. n° 12-27855 du 11 mars 2015 RANDSTAD.

L'entreprise utilisatrice française ne peut plus invoquer la législation sur le travail temporaire puisqu'elle s'est placée en dehors du cadre juridique applicable à cette activité ; par ailleurs, elle exerce la subordination juridique sur cet intérimaire pseudo détaché.

2.- lorsqu'il est détaché en France par une entreprise qui n'a pas le statut d'entreprise de travail temporaire et qui le met à la disposition d'une entreprise utilisatrice française, dans le cadre d'une opération de trafic de main d'œuvre. Cette opération est susceptible de viser un salarié présenté comme tel, mais aussi un prétendu stagiaire ou un prétendu travailleur indépendant.

3.- lorsqu'il est détaché en France dans le cadre d'une mobilité internationale intragroupe, au sein d'un établissement de ce groupe. La mobilité internationale intragroupe d'un salarié est en soi licite, mais elle connaît un développement significatif, notamment dans le BTP, directement lié à son dévoiement⁴⁴².

La mobilité internationale intragroupe correspond à la mutation et à l'emploi temporaire en France d'un salarié d'un groupe international qui travaille habituellement à l'étranger. Cette mobilité se fait, soit sous le régime de l'embauche et de l'emploi direct par l'entreprise française d'accueil, soit sous le régime du détachement qui est utilisé de façon quasi systématique.

Le régime du détachement est admis lorsque le salarié en mobilité n'est pas mis à la disposition de l'entreprise d'accueil en France et ne travaille pas sous sa subordination juridique. Or, la très grande majorité des mobilités internationales intragroupes se fait dans le cadre d'une mise à disposition, avec transfert de la subordination juridique vers l'entreprise française, surtout lorsque cette mobilité se fait par l'envoi massif et concomitant de salariés pseudos détachés dans une coquille vide en France ou depuis une entreprise qui n'a pas d'activité réelle dans l'Etat de domiciliation, ce qui évite ainsi de recruter directement pour assurer son activité en France.

La requalification du salarié ne nécessite pas de démontrer l'existence d'un but lucratif entre les deux entreprises du groupe⁴⁴³, celle qui prête depuis l'étranger et celle qui accueille en France; la reconnaissance de la subordination juridique à l'égard de l'entreprise d'accueil en France suffit.

Les caisses de congés payés (et intempéries) peuvent se référer à cette jurisprudence pour obtenir la requalification de l'entreprise utilisatrice ou de l'entreprise d'accueil en employeur de ce salarié qu'elle dissimule au sens de l'article L.8221-5 du code du travail et qui est dès lors redevable des cotisations.

⁴⁴² Voir « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » Septembre 2015, du même auteur ; voir également l'article « Le dévoiement de la mobilité internationale intragroupe : une forme recherchée de travail illégal et de dumping social sur le territoire français » Droit Ouvrier Mai 2015, du même auteur.

⁴⁴³ Même si le but lucratif est avéré dans tous les cas, compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation sur cette notion.

Nota**Quid de la solidarité financière ?**

Les caisses de congés payés (et intempéries) ne peuvent pas mettre en cause le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage pour obtenir le paiement des cotisations qui leurs sont dues.

Depuis l'origine, elles sont en effet exclues des différents mécanismes de solidarité financière prévus par le code du travail en matière de lutte contre le travail dissimulé et le dumping social.

Cette anomalie est difficilement explicable compte tenu du fait que les caisses de congés payés et intempéries interviennent dans des secteurs particulièrement sensibles à ces fraudes et que les montants éludés représentent des sommes considérables.

A l'heure où se multiplient les ajouts législatifs pour mieux lutter contre le dumping social, il est curieux qu'aucune modification du code du travail n'ait été introduite pour aligner les droits et prérogatives des caisses de congés payés (et intempéries) sur ceux des organismes de protection sociale⁴⁴⁴.

.III. Quels sont les droits des caisses de congés payés et intempéries ?

Les droits et prérogatives des caisses de congés payés (et intempéries) en matière de lutte contre le travail illégal et le dumping social sont très limités dans l'absolu, et en particulier au regard des droits et prérogatives des organismes de protection sociale.

.A. Le droit de se constituer partie civile et d'obtenir des dommages et intérêts

Le travail dissimulé a pour effet de priver les caisses de congés payés (et intempéries) des ressources qui proviennent des cotisations dues à l'occasion l'emploi de salarié⁴⁴⁵.

La privation de ces ressources cause un préjudice financier aux caisses qui sont alors admises à se constituer partie civile au procès pénal et à réclamer des dommages et intérêts.

Les dommages et intérêts qui peuvent être attribués dans le cadre d'une procédure pénale ne sont pas symboliques, ni dérisoires. Les caisses sont en droit d'obtenir la réparation intégrale du préjudice financier causé par le non versement des cotisations, ce qui représente dans certaines affaires des sommes considérables⁴⁴⁶.

La constitution de partie civile n'interdit pas aux caisses de mettre en œuvre simultanément la procédure de droit commun de recouvrement des cotisations éludées.

⁴⁴⁴ La loi Travail ne prévoit rien.

⁴⁴⁵ Dans le BTP, le taux moyen de cotisations est de 22% ; dans le secteur des spectacles vivants et enregistré il est de 14,70%.

⁴⁴⁶ Dans l'affaire Ryanair, l'Urssaf a obtenu 4,5 M d'euros de dommages et intérêts devant la cour d'appel d'Aix en Provence.

Nota

La constitution de partie civile des caisses dans les affaires de travail dissimulé est insuffisamment utilisée. L'une des explications est que les caisses, qui ne sont pas des organismes de protection sociale, ne disposent pas, en raison des textes et du fonctionnement institutionnel du dispositif de lutte contre le travail illégal, des mêmes informations que celles-ci.

A ce titre, il serait instructif de savoir si Audiens, qui gère la caisse des congés payés dans les spectacles vivants et enregistrés, est informée de tout procès verbal de travail dissimulé relevé dans ce secteur d'activité sur le territoire national, y compris dans les DOM.

Par ailleurs, il n'est pas certain que chaque CODAF invite les caisses de congés payés (et intempéries) à ses réunions.

.B. Le recouvrement des cotisations éludées

Les caisses de congés payés (et intempéries) sont habilitées à recouvrer les cotisations et contributions éludées dans les affaires de travail dissimulé, avec le cas échéant les majorations et pénalités.

Mais le recouvrement de ces cotisations s'effectue selon les règles de droit commun, sans majoration supplémentaire pour cause de travail dissimulé, contrairement à ce que prévoit le code de la sécurité sociale pour les organismes de sécurité sociale.

Le délai de prescription n'est pas allongé.

Le calcul des cotisations n'est pas effectué sur une base forfaitaire de durée effective d'emploi et de rémunération versée.

Aucune disposition particulière n'est prévue dans le code du travail si un donneur d'ordre fait l'objet d'une condamnation pénale pour recours à un faux travailleur indépendant.

Il n'existe par ailleurs aucune jurisprudence, contrairement aux organismes de protection sociale, sur la possibilité pour la caisse de demander ou non un rappel rétroactif des cotisations éludées lors du recours à un faux travailleur indépendant.

.IV. La mise en œuvre des droits des caisses de congés payés (et intempéries)

Les caisses de congés payés (et intempéries) ne disposent pas de moyens et de prérogatives spécifiques, à leur main ou à leur initiative, pour identifier ou connaître des situations de travail dissimulé ou de dumping social et pour en tirer des conséquences pour le recouvrement de leurs cotisations.

Certes, elles disposent, pour certaines d'entre elles, de contrôleurs, mais, pour l'essentiel du volume du travail illégal, elles sont dépendantes des informations qu'elles sont susceptibles de recevoir, notamment de la part des agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé ou du CODAF (si la caisse est invitée à ses réunions).

Elles ont alors la faculté de faire valoir leurs droits, soit par la voie pénale, soit par la voie civile, en utilisant notamment les opportunités de la levée du secret professionnel.

.A. La levée du secret professionnel

L'alinéa 2 de l'article L.8271-5 du code du travail autorise les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal à transmettre aux caisses, sur leur demande écrite, tous renseignements et tous documents leur permettant de recouvrer les cotisations qui leur sont dues.

Ce texte, à voie étroite et à condition qu'il soit réellement appliqué, permet donc aux caisses d'asseoir et d'engager en toute sécurité juridique des procédures judiciaires en lien avec les cotisations qui leur sont dues dans les affaires de travail dissimulé.

.B. L'utilisation de la voie pénale

.B.1. Tout d'abord, il convient de rappeler que le défaut de déclaration et de paiement de cotisations aux caisses de congés payés (et intempéries) ne constitue pas l'infraction de travail dissimulé.

Le défaut d'immatriculation et de déclaration constitue une contravention de 5^e classe qui peut être relevée par procès verbal par les agents de l'inspection du travail et par les contrôleurs des caisses de congés payés mentionnés à l'article L.3141-31 du code du travail.

De ce fait, les contrôleurs des caisses de congés payés, lorsqu'ils existent dans les caisses, n'ont pas compétence pour rechercher et constater l'infraction de travail dissimulé, quelle que soit sa forme.

Ils n'ont pas compétence pour vérifier le respect de la DPAE et n'ont pas accès à la base CIRSO relative aux DPAE. Ils peuvent consulter les bulletins de paie, mais n'ont pas compétence pour relever la dissimulation d'emploi salarié par défaut de remise de bulletin de paie ou par dissimulation d'heures de travail ; seul un signalement au procureur de la République sur le fondement de l'article 40 du code de procédure pénale est possible.

.B.2. Les caisses de congés payés (et intempéries) sont habilitées à se constituer partie civile dans les procédures pénales relatives à des affaires de travail illégal ou de dumping social, et à obtenir ainsi des dommages et intérêts de la part de l'auteur de l'infraction.

La constitution de partie civile, qui vient se greffer sur une procédure pénale en cours, est une procédure facultative, mais très judicieuse et fructueuse, à la discrétion et à la diligence des caisses.

La chambre criminelle de la Cour de cassation valide la constitution de partie civile avec demande de dommages et intérêts **et son cumul** avec la procédure de recouvrement de droit commun devant le TASS ; la Cour de cassation considère en effet que la demande de dommages et intérêts n'a ni le même objet, ni la même cause que la demande portée devant le TASS⁴⁴⁷.

A priori, rien ne s'oppose donc à ce que les caisses de congés payés (et intempéries) s'appuient sur cette jurisprudence et se constituent systématiquement partie civile, dès lors qu'elles ont connaissance de la procédure pénale en cours, ce qui ne souffre pas de difficulté dès lors que les caisses sont invitées aux réunions du CODAF.

⁴⁴⁷ Cass. crim. n° 04-84056 du 5 octobre 2004.

La constitution de partie civile permet aux caisses de réclamer des montants de dommages et intérêts conséquents (et non pas symboliques) destinés à réparer le préjudice qu'elles subissent et de nature à dissuader l'auteur de l'infraction, notamment dans les affaires de fausse prestation de services internationale⁴⁴⁸.

.C. L'utilisation de la voie civile

Les caisses de congés payés et intempéries qui sont privées du versement des cotisations du fait de pratiques de travail dissimulé ou de dumping social disposent, en fonction des textes particuliers qui régissent leur fonctionnement⁴⁴⁹, de prérogatives et de procédures de recouvrement qui relèvent, en première instance du juge prud'homal.

Le juge de droit commun compétent pour examiner les demandes d'immatriculation et de paiement des cotisations des entreprises assujetties est le tribunal de commerce.

Les prérogatives et les procédures utilisées par les caisses ne sont pas spécifiques aux affaires de travail dissimulé ou de dumping social ; elles valent pour les entreprises établies en France et pour les entreprises établies à l'étranger qui peuvent être assignées devant le juge français⁴⁵⁰.

Les caisses, ne bénéficiant pas des différents mécanismes de solidarité financière, ne sont pas en capacité de s'adresser au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage.

.D. Quid de l'impact de la création de la carte d'identification professionnelle dans le BTP ?

La récente création de la carte d'identification professionnelle (du salarié) dans le BTP⁴⁵¹ conduit à s'interroger sur la plus value de cette disposition pour obtenir un meilleur recouvrement des cotisations par les caisses de congés payés et intempéries, notamment par rapport à la DPAE ou à la déclaration de détachement, qui existent depuis plus de 20 ans.

La création de la carte aurait pour objet de s'assurer de la transparence de l'emploi d'un salarié du BTP, ce qui est déjà la raison d'être de la DPAE depuis 1991 et de la déclaration de détachement depuis 1994.

Si la DPAE ou la déclaration de détachement a été effectuée lors du contrôle sur un chantier, la demande de carte par l'employeur n'apporte aucune plus value puisque l'emploi du salarié est déjà officiel et donne lieu à cotisations sociales.

Si la DPAE ou la déclaration de détachement n'a pas été effectuée lors du contrôle sur un chantier, elle constitue un manquement suffisamment avéré et suffisant à la loi, qui fonde et justifie la mise en recouvrement des cotisations.

D'autre part, les agents de l'inspection du travail et les contrôleurs des caisses peuvent constater le défaut de déclaration et de versement des cotisations aux caisses, qui caractérise une contravention de 5ème classe.

⁴⁴⁸ Dans le dossier Ryanair, l'Urssaf a obtenu 4,5 M. euros de dommages et intérêts, la CRPN 3M. euros et Pôle Emploi.450 000 euros.

⁴⁴⁹ Notamment le Règlement intérieur de la caisse.

⁴⁵⁰ Cass. soc. n° 03-18771 du 22 février 2006 HELLEGOUARCH.

⁴⁵¹ Article 282 IV de la loi Macron, codifié à l'article L.8291-1 du code du travail.

Le défaut de demande de carte, en sus du défaut de DPAE ou de défaut de déclaration de détachement, n'apporte rien de plus pour établir la transparence e l'emploi et pour la mise en recouvrement des cotisations impayées⁴⁵².

Il aurait été plus judicieux, plus fiable et plus simple, de permettre aux contrôleurs des caisses du BTP de consulter la base CIRSO ou la future base nationale des déclarations de détachement SIPSI, créée par le décret du 29 juillet 2016.

Nota

La loi Travail a introduit dans le code du travail un droit à l'information du salarié détaché, en relation avec la délivrance de la carte d'identification professionnelle, sur la réglementation qui lui est applicable.

L'article L.8291-1 du code du travail est complété par un alinéa qui précise que le salarié détaché reçoit avec la carte d'identification professionnelle un document, rédigé dans une langue qu'il comprend, qui l'informe de la réglementation qui lui est applicable sur le territoire français.

Un décret à venir va détailler les modalités de ce droit à l'information du salarié détaché dans le BTP et le génie civil.

*Ce droit à l'information s'ajoute à celui auquel est tenu, par voie d'affichage, le maître d'ouvrage sur les chantiers du BTP et de génie civil (**voir supra p. 70**).*

⁴⁵² Sur ce sujet, voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » p.37 Septembre 2015, du même auteur.

4ème partie

LES DROITS DES ORGANISATIONS SYNDICALES DE SALARIES

Les organisations syndicales de salariés, en raison, de leur mission sont légitimes à faire valoir leurs droits, ainsi que ceux des salariés victimes du travail illégal et du dumping social. L'article L.2132-3 du code du travail stipule que les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice. Ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent.

En la matière, la loi Savary a conforté les organisations des organisations syndicales à prendre en charge les droits des salariés victimes de ces fraudes ou à se constituer partie civile.

L'action judiciaire des organisations syndicales emprunte soit la voie pénale, soit la voie civile, même si celle-ci reste encore limitée par les textes.

.A. L'utilisation de la voie pénale

Les organisations syndicales sont habilitées à signaler ou à porter plainte à tout moment au procureur de la République concernant des faits susceptibles de constituer du travail illégal ou des manquements (non respect du Smic ou hébergement indigne...) relevant de pratiques de dumping social.

Elles sont fondées à se constituer partie civile dans les affaires pénales relatives au traitement de ces fraudes. La constitution de partie civile des organisations syndicales dans ce type d'affaire est reconnue et admise par l'arrêt de principe de la chambre criminelle de la Cour de cassation⁴⁵³, tant dans les affaires de travail dissimulé, que de marchandage ou de prêt illicite de main d'œuvre.

La loi Savary a inséré dans le code de procédure pénale un article 2-21-1 qui dispose que toute association, tout syndicat professionnel ou tout syndicat de salariés de la branche concerné régulièrement déclaré depuis au moins deux ans à la date des faits et dont l'objet statutaire comporte la défense des intérêts collectifs des entreprises et des salariés peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions définies au livre II de la huitième partie du code du travail (lutte contre le travail illégal) même si l'action publique n'a pas été mise en mouvement par le ministère public ou par la partie lésée.

On perçoit mal l'apport de cette disposition, compte tenu de l'article L.2132-3 du code du travail et de la décision précitée de la Cour de cassation. La circulaire de la Chancellerie⁴⁵⁴ de présentation des dispositions à caractère pénal de la loi Savary n'est pas explicite sur ce sujet et ne précise pas l'apport de cette modification législative.

Se constituer partie civile permet notamment de conforter l'action publique et d'attester de l'intérêt porté par les organisations syndicales à la lutte contre ces fraudes.

Enfin, les organisations syndicales sont habilitées à faire une citation directe de l'auteur de l'infraction devant la juridiction pénale, en application des articles 389 et suivants du code de procédure pénale.

⁴⁵³ Cass. crim. n° 10-86829 du 6 décembre 2011 SYNDICAT CFDT CONSTRUCTION ET BOIS.

⁴⁵⁴ Circulaire n° JUSD 142537 C du 22 octobre 2014.

Ces démarches sont effectuées à la seule initiative des organisations syndicales ou en complément de démarches identiques du ou des salariés victimes.

.B. L'utilisation de la voie civile

De façon classique et usuelle, les organisations syndicales sont habilitées à défendre les intérêts et droits du salarié devant le conseil de prud'hommes et devant le TASS (reconnaissance d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, faute inexcusable...) et en appel des décisions rendues par ces deux juridictions.

La loi Savary a inséré les articles L.1265-1 et L.8223-4 dans le code du travail pour favoriser la défense devant le conseil de prud'hommes et la cour d'appel des droits du salarié victime du travail illégal ou du salarié détaché sur le territoire français. Il s'agit de l'extension d'une disposition déjà inscrite dans le code du travail à l'article L.8255-1 depuis la loi du 17 octobre 1981⁴⁵⁵ et qui ne visait que le salarié étranger démunie de titre de travail.

Ces deux dispositions autorisent les organisations syndicales à saisir d'initiative le conseil de prud'hommes ou la cour d'appel, dès lors que le salarié, dûment informé, ne s'y est pas opposé.

Ces dispositions ont vocation à dynamiser les instances judiciaires relatives à la valorisation des droits du salarié victime du travail illégal ou du salarié détaché.

.C. Les limites des voies judiciaires

L'action des organisations syndicales, notamment devant le conseil des prud'hommes, est sensiblement entravée par le déficit d'informations et de documents qui leurs sont nécessaires pour engager ou étayer des procédures.

L'illustration la plus significative concerne la mise en œuvre des différents mécanismes de solidarité financière et d'obligation de vigilance à l'égard du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage.

En effet, les organisations syndicales ne sont pas habilitées à obtenir des agents de contrôle et des organismes de protection sociale les informations et les documents dont ils disposent et qui sont indispensables pour actionner ces dispositifs ; les agents de contrôle et les organismes de protection sociale sont tenus au secret professionnel.

Il en résulte que ces dispositifs, malgré leur intérêt, sont restés lettre morte. Il en ira de même pour les dispositifs contenus dans les lois Savary et Macron destinés à lutter contre le dumping social.

Par ailleurs, les articles L.1265-1 et L.8223-4 du code du travail sont réservés aux instances prud'homales ; ils ne sont pas mobilisables devant le TASS, notamment dans le cadre d'une procédure relative à un accident du travail ou à une maladie professionnelle⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ Loi n° 81-941 du 17 octobre 1981 modifiant diverses dispositions du code du travail relatives à l'emploi d'étrangers en situation irrégulière.

⁴⁵⁶ Voir infra Annexes p.175 Propositions pour améliorer la valorisation des droits des victimes du travail illégal et du dumping social.

5ème partie

LES DROITS DES ORGANISATIONS PROFESSIONNELLES

.A. Les organisations professionnelles, en raison, de leur mission sont légitimes à faire valoir leurs droits, en raison de la défense des intérêts des entreprises et du secteur économique qu'elles représentent et du préjudice subi du fait des pratiques de concurrence déloyale et de dumping social des opérateurs économiques qui ne respectent pas la loi.

En la matière, la loi Savary a conforté les organisations professionnelles dans ce rôle, en confirmant leurs droits à se constituer partie civile dans les affaires de travail illégal.

Les organisations professionnelles sont habilitées à signaler ou à porter plainte à tout moment au procureur de la République concernant des faits susceptibles de constituer du travail illégal ou des pratiques relevant du dumping social.

Elles sont fondées à se constituer partie civile dans les affaires pénales relatives au traitement de ces fraudes pour la défense des intérêts collectifs de la profession. La constitution de partie civile des organisations professionnelles dans ce type d'affaire est reconnue et admise par le juge⁴⁵⁷.

La loi Savary a inséré dans le code de procédure pénale un article 2-21-1 qui dispose que toute association, tout syndicat professionnel ou tout syndicat de salariés de la branche concerné régulièrement déclaré depuis au moins deux ans à la date des faits et dont l'objet statutaire comporte la défense des intérêts collectifs des entreprises et des salariés peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions définies au livre II de la huitième partie du code du travail (lutte contre le travail illégal) même si l'action publique n'a pas été mise en mouvement par le ministère public ou par la partie lésée.

On perçoit mal l'apport de cette disposition, compte tenu de la jurisprudence constante qui accueille la constitution de partie civile des organisations professionnelles, puisque le travail illégal leur cause, par nature, un préjudice direct et personnel.

La circulaire de la Chancellerie⁴⁵⁸ de présentation des dispositions à caractère pénal de la loi Savary n'est pas explicite sur ce sujet et ne précise pas l'apport de cette modification législative.

Se constituer partie civile permet notamment de conforter l'action publique et d'attester de l'intérêt porté par les organisations professionnelles à la lutte contre ces fraudes.

Enfin, les organisations professionnelles sont habilitées à faire une citation directe de l'auteur de l'infraction devant la juridiction pénale, en application des articles 389 et suivants du code de procédure pénale.

.B. La mobilisation judiciaire des organisations professionnelles est non seulement soutenue, mais fortement souhaitée par les pouvoirs publics.

En attestent, les dispositions récurrentes qui sont insérées dans les conventions de partenariat de lutte contre le travail illégal. Dans ces conventions, les organisations

⁴⁵⁷ Ainsi dans l'affaire Ryanair, une organisation professionnelle s'est constituée partie civile et a obtenu des dommages et intérêts. De façon plus générale, voir également. Cass. Plén. n° 91-12611 du 7 mai 1993 SYNDICAT DE LA NOUVEAUTE.

⁴⁵⁸ Circulaire n° JUSD 142537 C du 22 octobre 2014.

professionnelles signataires s'engagent notamment à signaler au procureur de la République des faits susceptibles de caractériser du travail illégal et à se constituer partie civile.

Parfois, les conventions de partenariat de lutte contre le travail illégal prévoient des clauses précisant que, dans le cadre d'enquêtes ou de procédures judiciaires, les organisations professionnelles se tiennent à disposition comme sachant ou expert pour toute étude, évaluation, analyse ou transmission d'informations en relation avec l'affaire en cours.

6ème partie

LES DROITS DES ENTREPRISES ET DES AUTRES OPERATEURS ECONOMIQUES

Quelques (rares) décisions de justice apportent des précisions sur **les droits des entreprises** victimes du travail illégal ou sur **les droits d'autres opérateurs** impliqués dans les affaires de travail illégal.

1). une entreprise est fondée à faire une citation directe contre une personne qui exerce du travail dissimulé⁴⁵⁹.

2).- une entreprise qui se dit victime de concurrence déloyale du fait de pratiques relevant du travail illégal n'est pas recevable à se constituer partie civile.

La Cour de cassation considère qu'elle ne subit pas de préjudice direct, mais seulement un préjudice indirect, du fait de la commission de l'infraction de travail dissimulé⁴⁶⁰.

3).- une entreprise est recevable à se constituer partie civile contre son salarié qui pratique du travail dissimulé à l'occasion de son temps de travail et avec les biens et équipements de l'entreprise⁴⁶¹.

La Cour de cassation précise que, si la législation sur le travail dissimulé, a été édictée en vue de l'intérêt général, elle n'en tend pas moins également à la protection des particuliers qui peuvent, lorsque sa méconnaissance leur a causé un préjudice direct et personnel, en obtenir réparation devant la juridiction pénale.

4).- un donneur d'ordre condamné, en application des dispositions du code du travail relatives à la solidarité financière, à payer les cotisations sociales de son cocontractant est fondé à lui demander le remboursement de ces sommes⁴⁶².

⁴⁵⁹ Cass. crim. n° 97-81754 du 17 novembre 1998 GARAGE ZANKER.

⁴⁶⁰ Cass. crim. n° 05-85672 du 17 octobre 2006 GIE TRPA.

⁴⁶¹ Cass. crim. n° 97-81754 du 17 novembre 1998 GARAGE ZANKER.

⁴⁶² Cass. soc. n° 04-10677 du 23 novembre 2005 URBAN.

7ème partie

JURISPRUDENCE

JURISPRUDENCE EN RELATION AVEC LES DROITS DES VICTIMES DU TRAVAIL ILLEGAL ET DU DUMPNG SOCIAL

Jurisprudence (non exhaustive, compte tenu de la densité des décisions rendues)⁴⁶³

.I. Droits du salarié dissimulé

.A. Élément intentionnel de la dissimulation d'emploi salarié

Nécessité de démontrer l'élément intentionnel de la dissimulation d'emploi

- Cass. soc. n° 06-44964 du 20 février 2008 AMBULANCES LES SAULES

Appréciation souveraine du juge du fond

- Cass. soc. n° 06-44964 du 20 février 2008 AMBULANCES LES SAULES

Intention frauduleuse de l'employeur non nécessaire

- Cass. soc. n° 14-17976 du 26 novembre 2015 EMMA

Élément intentionnel implicite si l'employeur a été condamné au pénal

- Cass. soc. n° 13-25928 du 2 juillet 2015

DPAE tardive

- Cass. soc. n° 09-69314 du 2 mars 2011 ASI

Période d'emploi de courte durée

- Cass. soc. n° 12-23939 du 1^{er} décembre 2013 LES DUNES

Paiement d'heures de travail sous forme de primes

- Cass. soc. n° 09-65590 du 1^{er} mars 2011 DIGIT SUPERMARCHE

L'élément intentionnel résulte nécessairement de la connaissance que l'employeur avait des nombreuses heures supplémentaires effectuées par le salarié

- Cass. soc. n° 13-22171 du 27 novembre 2014 KALISTORE

⁴⁶³ La jurisprudence citée dans le présent Mode d'emploi est à compléter, si nécessaire, par la jurisprudence mentionnée dans les trois autres Modes d'emploi, du même auteur.

L'élément non intentionnel de la mention sur le bulletin de paie d'un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli ne peut se déduire du seul fait que l'employeur n'a pas cherché à dissimuler au salarié cette minoration

- Cass. soc. n° 12-18483 du 31 octobre 2013 SECURITE FRANCHE COMTE

Le caractère non intentionnel de l'absence d'accomplissement auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales des déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales ne peut se déduire des seules difficultés financières de l'employeur pour s'acquitter de ces cotisations

- Cass. soc. n° 12-23676 du 18 décembre 2013 SIS

Le caractère intentionnel ne peut se déduire de la seule application d'une convention de forfait illicite

- Cass. soc. n° 14-16953 du 16 juin 2015 ALENTOURS

L'élément intentionnel ne peut se déduire de la seule conscience des difficultés tenant au choix d'un contrat inapproprié

- Cass. soc. 14-12249 du 1^{er} avril 2015 GLEM PRODUCTION

.B. Dissimulation d'heures de travail

Primes

- Cass. soc. n° 09-65590 du 1^{er} mars 2011 DIGIT SUPERMARCHE ; cass. soc. n° 13-16231 du 21 mai 2014 PARAPHE CONTACT

Frais de déplacement

- Cass. soc. n° 14-22311 du 2 décembre 2015 AUDIT SOCIAL CONSEIL

Absence de base conventionnelle pour annualiser le temps de travail

- Cass. soc. n° 11-28691 du 24 avril 2013 CABINET THIBOUT

Accord de modulation d'entreprise non valable-

- Cass. soc. n° 11-21200 du 27 mars 2013 ALDI MARCHE

Convention de forfait :

. absence de convention individuelle de forfait

- Cass. soc. n° 12-20908 du 27 novembre 2013 WARSILA FRANCE

. la convention individuelle de forfait en jours non conforme à l'accorde de branche n'est pas opposable au salarié

- Cass. soc. n° 09-71107 du 29 juin 2011 MEDEF

. la non-conformité aux textes communautaires et au code du travail de l'accord collectif instituant le forfait en jours entraîne la nullité de la convention individuelle de forfait en jours

- Cass. soc. n° 12-35033 du 14 mai 2014 AUDIT ET DIAGNOSTIC ; cass. soc. n° 13-26444 du 7 juillet 2015 LE MEURICE

. la non-conformité de la convention individuelle de forfait en jours à l'accord d'entreprise instituant le forfait en jours n'entraîne pas la nullité de la convention individuelle

- Cass. soc. n° 14-15171 du 26 juin 2016 CHATEAU DU TARIQUET

Quantification conventionnelle a priori du temps de travail

- Cass. soc. n°10-10928 du 22 septembre 2011 ADREXO
- Cass. soc. n° 15-10273 du 15 juin 2016 ADREXO

Prédétermination unilatérale du temps de travail par l'employeur

- Cass. crim. n° 09-86401 du 28 septembre 2010 LA CITADELLE NETTOYAGE

Cadre autonome (non)

- Cass. soc. n° 11-21200 du 27 mars 2013 ALDI MARCHE

Cadre dirigeant (non)

- Cass. soc. n° 11-20726 du 12 décembre 2012 RMF
- Cass. soc. n° 14-10529 du 26 novembre 2015 BATIR
- Cass. soc. n° 14-14079 du 22 juin 2016 CAP BOULANGER définition du cadre dirigeant

.C. Travail effectif

Tournage d'une émission de télévision

- Cass. soc. n° 13-12160 du 12 juin 2014 PEKIN EXPRESS

Garde de nuit dans un hôtel

- Cass. crim. n° 00-81230 du 24 octobre 2000 CLIMAT DE FRANCE

Le temps de déplacement professionnel entre le domicile d'un client et celui d'un autre client, au cours d'une même journée, constitue un temps de travail effectif et non un temps de pause, dès lors que les salariés ne sont pas soustraits, au cours de ces trajets, à l'autorité du chef d'entreprise

- Cass. crim. n° 13-80665 du 2 septembre 2014 DOMIDOM

Le temps de disponibilité d'un conducteur routier à bord d'un ferry qui transporte son camion n'est pas du temps de travail effectif et ne doit pas être mentionné comme heures

de travail sur le bulletin de salaire ; le salarié n'exerce aucune activité et peut vaquer librement à ses occupations

- Cass. crim. n° 11-83319 du 5 juin 2012

.D. Indemnité forfaitaire de six mois

Nécessité de démontrer l'élément intentionnel de la dissimulation d'emploi

- Cass. soc. n° 06-44964 du 20 février 2008 AMBULANCES LES SAULES

Caractère forfaitaire, sans proratisation

- Cass. soc. n° 00-42969 du 9 avril 2002 Société MARIE M.

Caractère indemnitaire, non soumise à cotisations sociales

- Cass. soc. n° 06-44964 du 20 février 2008 AMBULANCES LES SAULES

Cumul avec des dommages et intérêts en réparation du préjudice lié à la faute de l'employeur dans l'exécution de ses obligations contractuelles

- Cass. soc. n° 08-43124 du 14 avril 2010

Cumul avec les indemnités de toute nature auxquelles peut prétendre le salarié lors de la rupture de son contrat de travail

- Cass. soc. n° 11-23738 du 6 février 2013

Cumul avec l'indemnité de départ à la retraite

- Cass. soc. n° 11-22396 du 15 mai 2013 UNION BOIS

Cumul avec l'indemnité de licenciement

- Cass. soc. n° 12-19744 du 25 septembre 2013 DAFY MOTO

Prescription de 30 ans de l'action en paiement⁴⁶⁴

- Cass. soc. n° 04-42608 du 10 mai 2006 JURA TOUR

.E. Droit à des dommages et intérêts

Droit à des dommages et intérêts, qui se cumulent avec l'indemnité forfaitaire de six mois

- Cass. soc. n° 08-43124 du 14 avril 2010

⁴⁶⁴ Sous réserve désormais de l'application des dispositions de l'article 2224 du code civil qui fixe, depuis la loi du 17 juillet 2008, à cinq ans la prescription de toute action civile en paiement.

- Cass. soc. n° 12-13093 du 19 septembre 2013 EDITION JALOU
- Cass. soc. n° 12-22235 du 29 janvier 2014 **arrêt de principe sur la réparation du préjudice subi**

.F. Constitution de partie civile

Constitution de partie civile au pénal et obtention de dommages et intérêts

- Cass. crim. n° 00-81526 du 6 février 2001 MOHSEN **arrêt de principe**

.G. Reconstitution des droits sociaux

Dans une affaire sans relation avec la dissimulation d'emploi salarié, la démarche du salarié auprès de l'Urssaf pour reconstituer ses droits est jugée irrecevable par la Cour de cassation, celle-ci considérant que le salarié n'a pas la qualité de cotisant auprès de cet organisme ; seul l'employeur est cotisant

- Cass. civ. 2 n° 14-29125 du 17 décembre 2015

Le salarié est en droit d'obtenir des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par le non versement de ses cotisations sociales à l'Urssaf du fait de la dissimulation de son emploi par son employeur

- Cass. soc. n° 12-22235 du 29 janvier 2014
- Cass. soc. n° 14-13471 du 23 septembre 2015

.H. Dissimulation d'emploi sous un faux statut

.H.1. Salarié mis à disposition d'une autre entité : transfert du lien de subordination vers l'entité d'accueil qui devient son employeur

- Cass. soc. n° 94-45102 du 1^{er} juillet 1997 ARDT
- Cass. soc. n° 14-14811 du 23 mars 2016 CER/SNCF
- Cass. soc. n° 08-42485 du 13 mai 2009 ROHM AND HAAS
- Cass. soc. n° 09-43181 du 26 octobre 2011 JPV
- Cass. soc. n° 11-20145 du 20 juin 2012 CCAPIEG
- Cass. soc. n° 12-21581 du 17 avril 2013 GRAMO
- Cass. soc. n° 13-21634 du 4 février 2015 LIGUE ATLANTIQUE DE FOOTBALL

.H.2. Salarié mis à disposition dans le cadre d'une mobilité internationale intragroupe : transfert du lien de subordination vers l'établissement français qui devient son employeur

- Cass. soc. n° 74-40513 du 21 janvier 1976 TIME MAGAZINE
- Cass. soc. n° 08-44480 du 20 janvier 2010 TAKEUCHI
- Cass. soc. n° 09-43181 du 26 octobre 2011 JPV
- CAA Paris n° 08-44480 du 20 janvier 2010 TURKISH AIRLINES

.H.3. Salarié victime d'une opération de marchandage et/ou de prêt illicite de personnel : transfert du lien de subordination vers l'utilisateur du salarié prêté qui devient son employeur

- Cass. crim. n° 88-84222 du 25 avril 1989 GTE
- Cass. soc. n° 86-44229 du 4 avril 1990 ANPHAR ROLLAND
- Cass. soc. n° 86-43561 du 16 mai 1990 SMI
- Cass. crim. n° 90-80060 du 15 octobre 1991 ALEMAN
- Cass. crim. n° 92-83262 du 23 février 1993 SOPREMA
- Cass. crim. n° 93-85285 du 27 septembre 1994 DELAGE
- Cass. crim. n° 96-86679 du 4 juin 1998 TESSANDIER
- Cass. soc. n° 01-43554, n° 01-43947 et n° 01-43999 du 9 décembre 2003 CEA **arrêts de principe en raison de la motivation de la cour d'appel**
- Cass. crim. n° 04-87596 du 21 juin 2005 PMP SONOREL
- Cass. crim. n° 05-80833 du 31 janvier 2006 ABC **arrêt de principe** : cumul des infractions de marchandage, prêt illicite de main d'œuvre et de dissimulation d'emploi salarié
- Cass. soc. n° 09-69175 du 18 mai 2011 JOHN DEERE
- Cass. crim. n° 11-82952 du 22 février 2012 TIMLUX fausse prestation de services internationale

.H.4. Salarié victime de la dissimulation de son emploi sous un statut de prétendu de bénévole : lien de subordination avec celui qui lui confie du travail à réaliser qui devient son employeur

- Cass. crim. n° 88-81182 du 27 septembre 1989 Abbé Mercier
- Cass. crim. n° 92-85078 du 4 octobre 1994 Bertin
- Cass. soc. n° 98-46158 du 9 mai 2001 Emmaüs

- Cass. soc. n° 99-21111 du 31 mai 2001 Association CACS du quartier Saint Laurent
- Cass. soc. n° 99-42697 du 29 janvier 2002 Croix Rouge
- Cass. soc. n° 08-40981 et suivants du 3 juin 2008 Ile de la Tentation
- Cass. crim. n° 03-83511 du 28 octobre 2003 Monic Bijoux
- Cass. civ. 2 n° 03-30592 du 20 septembre 2005 Compagnons bâtisseurs de Bretagne
- Cass. soc. n° 05-43195 du 28 novembre 2006 VIVRE A SON DOMICILE
- Cass. soc. n° 07-43992 du 11 mars 2009 SOCIETE C3T
- Cass. crim. n° 95-82686 du 23 juillet 1996 FLOCH
- Cass. soc. n° 12-13968 du 25 juin 2013 MISTER FRANCE 2003
- Cass. soc. n° 10-20912 du 16 février 2012.

.H.4.1. Versement d'une rémunération : critère non déterminant ou rémunération en nature suffisante

- Cass. soc. n° 91-45157 du 19 mai 1993 DESNEUX
- Cass. crim. n° 94-82372 du 30 mai 1995 POMMIER
- Cass. crim. n° 96.83178 du 22 mai 1997 ADR
- Cass. crim. n° 99-81616 du 3 novembre 1999 STRAUSS
- Cass. crim. n° 01-83509 du 19 mars 2002 MARIE AGNES
- Cass. crim. n° 03-86282 du 25 mai 2004 PATRICK X
- Cass. soc. n° 06-45243 du 13 décembre 2007 HERVE
- Cass. crim. n° 07-43992 du 11 mars 2009 C3T
- Cass. soc. n° 05.44939 du 26 mai 2010
- Cass. crim. n° 09-85621 du 22 juin 2010 L'OPERA
- Cass. civ. 2 n° 10-12194 du 3 février 2011 URSSAF DE LA HAUTE VIENNE

.H.4.2. Emploi nécessaire à l'activité économique et utilité économique

- Cass. soc. n° 71-10615 du 21 mars 1972
- Cass. soc. n° 72-10757 du 14 mars 1973
- Cass. crim. n° 94-82372 du 30 mai 1995 POMMIER
- Cass. crim. n° 95-82686 du 23 juillet 1996 FLOCH

- Cass. crim. n° 03-83511 du 28 octobre 2003 MONIC BIJOUX

.H.4.3. Test professionnel

- Cass. soc. n° 07-42673 du 26 novembre 2008 EXPRESS SERVICES
- Cass. soc. n° 07-45485 du 16 septembre 2009

.H.4.4. Entraide agricole

- Cass. soc. n° 69-14646 du 22 avril 1971
- Cass. soc. n° 71-12560 du 21 mars 1972
- Cass. soc. n° 82-10390 du 16 mars 1983

.H.4.5. Activité au sein d'une association culturelle

- Cass. Ch. mixte n° 69-11290 du 26 mai 1972 ORPHELINAT SAINT JEAN D'ALBI
- Cass. soc. n° 83-41787 du 6 mai 1986 FARFOUR
- Cass. Ass. Plén. n° 87-20036 du 8 janvier 1993 LINARES
- Cass. soc. n° 88-11451 du 20 décembre 1990 UNIVERSITE CATHOLIQUE DE L'OUEST
- Cass. soc. n° 95-41817 du 25 mars 1998 COLAS
- Cass. soc. n° 08-45568 du 8 juin 2001 FEDERATION DES EGLISES ADVENTISTES DU 7^e JOUR
- Cass. crim. n° 01-87300 du 14 janvier 2003 TEMOINS DE JEHOVAH
- Cass. soc. n° 07-44766 du 29 octobre 2008 LE VERBE DE VIE
- Cass. soc. n° 08-42207 du 20 janvier 2010 COMMUNAUTE LA CROIX GLORIEUSE
- Cour d'appel d'Orléans n° 682/97 du 17 novembre 1997 BRENTI décision infirmative de relaxe d'un jugement de condamnation de première instance. Pas de pourvoi en cassation.

.H.4.6. Sportif

- Cass. soc. n° 91-44041 du 24 mars 1993 UNION SPORTIVE D'ORLEANS
- Cass. soc. n° 97-14916 du 9 mars 2000 ASSOCIATION SPORTIVE DE SAINT PRIEST
- Cass. soc. n° 04-46795 du 14 juin 2006 ASSOCIATION AVIRON BAYONNAI FC
- Cass. soc. n° 10-15573 du 28 avril 2011 ASSOCIATION MARSEILLE PROVENCE

.H.4.7. Travail au pair pour le compte d'un particulier

- Cass. crim. n°07-87518 du 17 juin 2008 NADYA X.

.H.5. Salarié victime de la dissimulation de son emploi sous un statut de prétendu de stagiaire : lien de subordination avec la structure d'accueil

- Cass. soc. n° 90-42620 du 27 octobre 1993 NAVEAU
- Cass. soc. n° 98-40986 du 17 octobre 2000 HUBERT
- Cass. soc. n° 99-42525 du 18 juillet 2001 CABINET D'ARCHITEM.Y
- Cass. crim. n° 02-81453 du 3 décembre 2002 BARBIER
- Cass. soc. n° 06-45139 du 19 décembre 2007 RENOV'ESCALIERS
- Cass. soc. n° 08-40716 du 16 septembre 2009 SOCIETE EUROP ET COMMUNICATION
- Cass. soc. n° 10-25742 du 26 septembre 2012 ECF IMMO
- Cass. soc. n° 11-27536 du 13 mars 2013 NEW AXIX AIRWAYS
- Cass. soc. n° 13- 16349 du 7 juillet 2015 PI DELTA

.H.6. Salarié victime de la dissimulation de son emploi sous un statut de prétendu de travailleur indépendant : lien de subordination avec celui qui lui confie du travail à réaliser qui devient son employeur

- Cass. Assemblée plénière n° 81-15290 et 81-41647 du 4 mars 1983 BARRAT enseignant **arrêt de principe**
- Cass. soc. n° 94-13187 du 13 novembre 1996 SOCIETE GENERALE banque **arrêt de principe**
- Cass. soc. n° 84-44576 du 15 octobre 1987 CERCLE HIPPIQUE SAINT GEORGES instructeur de centre équestre
- Cass. civ. 2 n° 03-30253 du 22 février 2005 SOFREPI à la suite d'un accident du travail, reconnaissance de la faute inexcusable du donneur d'ordre requalifié en employeur
- Cass. soc. n° 03-45394 du 12 juillet 2005 LOURDES INVEST HOTELS faux gérant hôtel indépendant
- Cass. soc. n° 09-40478 du 15 décembre 2010 ETAP HOTEL faux gérant hôtel indépendant
- Cass. soc. n° 08-45292 du 31 mai 2011 ETAP HOTEL faux gérant hôtel indépendant
- Cass. soc. n° 10-16342 du 18 janvier 2012 FIVENTIS courtage financier
- Cass. soc. n° 11-81694 du 30 octobre 2012 AUCHAN démonstrateur
- Cass. soc. n° 12-16664 du 9 octobre 2013 GROUPE B&B faux gérant hôtel indépendant
- Cass. soc. n°13-15066 du 12 juin 2014 SOCIETE DE DISTRIBUTION CASINO

- Cass. crim. n° 13-83327 du 14 octobre 2014 BINAN constitution de partie civile au procès pénal
- Cass. soc. n° 13-27535 du 6 mai 2015 LANGUEDOC GEOTHERMIE **arrêt de principe** 1^{er} arrêt de requalification d'un **auto entrepreneur**
- Cass. soc. n° 13-27742 du 22 septembre 2015 TOTAL gérant de station service

.H.7. Salarié privé du bénéfice de la présomption de salariat

.H.7.1.1. Artiste résident à l'étranger : faux prestataire de services et application de la présomption de salariat en France

Le producteur d'un spectacle vivant établi dans l'UE qui produit en France des artistes domiciliés dans l'UE doit prouver que la présomption de salariat ne s'applique pas à ces artistes. Sinon, travail dissimulé à l'encontre du producteur

- Cass. crim. n° 10-80283 du 12 octobre 2010 HARTUNG **arrêt de principe**

Même décision de la Cour de cassation, rendue par la 2^{ème} chambre civile. Les artistes ne peuvent être considérés comme travailleurs indépendants que si le producteur démontre que la présomption de salariat ne s'applique pas

- Cass. civ. 2 n° 11-14505 du 4 avril 2012 OFFICE DU TOURISME DE PAMIERS **arrêt de principe**

Même décision de la Cour de cassation, rendue par la chambre sociale. Les artistes ne peuvent être considérés comme travailleurs indépendants que si le producteur démontre que la présomption de salariat ne s'applique pas à ces artistes

- Cass. soc. n° 13-13742 du 14 mai 2014 ASSOCIATION SAMS **arrêt de principe**

.H.7.1.2. La qualité de fonctionnaire d'un ensemble d'Etat ne fait pas obstacle, lorsque l'artiste se produit en France, ni à l'application de la présomption de salariat, ni à la qualité d'employeur producteur de l'organisateur français de l'événement artistique

- Cass. civ. 2 n° 15-20098 du 16 juin 2016 NUIT D'ARTISTES

.H.7.2. Mannequin

Définition du mannequin

- Cass. civ. 1 n° 06-10305 du 20 mars 2007
- Cass. civ. 2 n° 11-26323 du 25 avril 2013 LEGAL
- Cass. soc. n° 12-13968 du 25 juin 2013 MISTER FRANCE 2013

Détermination de l'employeur

- Cass. soc. n° 03-20217 du 14 février 2005 METROPOLITAN MODELS

Application de la présomption de salariat, mannequin non détaché, paiement des cotisations sociales en France

- cour d'appel de Versailles n° 1999-21380 du 9 octobre 2001

.H.7.3. Bûcheron

- Cass. soc. n° 71-11062 du 20 avril 1972
- Cass. crim. n° 90-87775 du 17 mars 1992 MANDARAN
- Cass. civ. 2 n° 05-16138 du 31 mai 2006 L'ESPADON
- Cass. civ. 2 n° 05-20815 du 17 janvier 2007 ETABLISSEMENTS ROUSSEAU
- Cass. soc. n° 14-15262 du 28 octobre 2015 COMMUNE DE STRASBOURG

.I. Salarié intérimaire mis illégalement à disposition par une entreprise de travail temporaire : l'utilisateur devient l'employeur

- Cass. soc. n° 07-42616 du 11 mars 2009 BEFOR FRANCE
- Cass. soc. n° 07-41850 du 8 avril 2009 HORS CLICHES
- Cass. soc. n° 12-11793 du 24 avril 2013 HELIO CORBEIL
- Cass. soc. 14-17705 du 3 juin 2015 BISCUITERIE POULT
- Cass. soc. n° 14-11805 du 18 avril 2016 ND LOGISTICS

.J. Salarié détaché

Le juge prud'homal français reste compétent à l'égard d'une demande introduite par un salarié détaché muni d'un certificat de détachement, pour constater que ce salarié ne relève pas de la catégorie des salariés détachés au sens du droit européen

- Cass. soc. n° 13-27799 du 10 juin 2015 EASYJET **arrêt de principe**

.II Droits du salarié étranger employé sans titre de travail

.A. Procédure applicable à la rupture de sa relation de travail

L'irrégularité de la situation administrative du salarié est une cause objective de la rupture de son contrat de travail ; ce n'est pas un licenciement

- Cass. soc. n° 13-17745 du 19 octobre 2014 MONOP

Les règles relatives à la procédure individuelle de licenciement ne s'appliquent pas (excepté la lettre de licenciement)

- Cass. soc. n° 06-44983 du 29 janvier 2008 TBH LOGISTIQUE

- Cass. soc. n° 11-18840 du 4 juillet 2012 SOCIETE PLACE NET TP
- Cass. soc. n° 13-17745 du 19 octobre 2014 MONOP

Le salarié n'est pas couvert par la protection exorbitante du droit commun en matière de licenciement qui est reconnue aux représentants du personnel

- CE n° 74346 du 13 avril 1988 INFORMATIS
- Cass. soc. n° 08-40923 du 5 novembre 2009 MEDIAPOST

Le refus de renouvellement d'un titre de séjour par la préfecture ne constitue pas un cas de force majeure, mais un motif de licenciement dans le cadre de la procédure applicable

- Cass. soc. n° 99- 42054 du 6 novembre 2001 SPAPA

.B. Droits pécuniaires

Arrêt de principe reconnaissant des droits sociaux

- Cass. soc. 9 juin 1955 Bull. civ. IV n° 507 SARL GARAGE DU LAURISTON

Double victime : salariée étrangère employée sans titre de travail et sur un emploi dissimulé

- Cass. soc. n° 06-45273 du 7 mai 2008

A défaut de contrat écrit, le salarié est payé sur la base d'un emploi à temps plein, sauf si l'employeur démontre qu'il travaille à temps partiel

Cass. soc. n° 99-44316 du 12 mars 2002

Paiement des heures supplémentaires et de l'indemnité compensatrice de repos compensateur

- Cass. soc. n° 92-42070 du 22 novembre 1995 KAMBAY

Droit au paiement de l'indemnité compensatrice de préavis (si plus favorable que l'indemnité forfaitaire), même si la situation administrative du salarié l'empêche de l'effectuer

- Cass. soc. n° 99-44316 du 12 mars 2002
- Cass. soc. n° 06-44983 du 29 janvier 2008 TBH LOGISTIQUE

L'indemnité forfaitaire est acquise au salarié lorsque la lettre de licenciement invoque comme motif de la rupture du contrat de travail la situation irrégulière du salarié étranger, même si le titre de travail présenté lors de l'embauche était un faux document

- Cass. soc. n° 07-40434 du 26 juin 2008 SOCIETE EUROPEENNE DE DESOSSAGE KOENING

Droit au paiement de toutes les indemnités de rupture, si plus favorables que l'indemnité forfaitaire

- Cass. soc. n° 08-42100 du 8 décembre 2009 SOCIETE L'AUDACIEUSE

Les indemnités de rupture ne sont pas dues si le salarié étranger est licencié pour faute grave pour avoir présenté des faux papiers

- Cass. soc. n° 12-19214 du 18 février 2014 HOTEL CONCORDE OPERA PARIS.

Pas de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, ni pour non respect de la procédure de licenciement, car la rupture du contrat de travail du seul fait de l'irrégularité de la situation administrative du salarié n'est pas un licenciement

- Cass. soc. n° 13-17745 du 19 octobre 2014 MONOP

Mais les dommages intérêts pour non respect de la procédure de licenciement sont dus, si l'employeur a licencié le salarié pour motif disciplinaire (faute grave) pour avoir présenté des faux papiers, si cette procédure n'a pas été respectée

- Cass. soc. n° 11-18840 du 4 juillet 2012 SOCIETE PLACE NET TP

En sus des indemnités de rupture, droit à une indemnisation supplémentaire si le salarié est en mesure d'établir l'existence d'un préjudice non réparé par ces indemnités

- Cass. soc. n° 08-42100 du 8 décembre 2009 SOCIETE L'AUDACIEUSE

Le salarié est légitime à obtenir des dommages intérêts pour la rupture de son contrat si l'employeur sait que le non renouvellement de sa carte de séjour est dû à une erreur de l'administration

- Cass. soc. n° 99- 42054 du 6 novembre 2001 SPAPA

Le salarié est légitime à obtenir des dommages intérêt du fait de l'illégalité de son emploi qui lui cause nécessairement un préjudice

- Cass. soc. n° 92-42070 du 22 novembre 1995 KAMBAY
- Cass. crim. n° 00-81526 du 6 février 2001 MOSHEN
- Cass. soc. n° 06-41059 du 29 janvier 2008 HOTEL LE DAUPHIN
- Cass. crim. n° 11-85224 du 11avril 2012 CHEIKH ABDELHAMID

L'employeur n'est pas tenu de remettre au salarié l'attestation destinée à l'inscription à Pole Emploi

- Cass. soc. n° 08-42100 du 8 décembre 2009 SOCIETE L'AUDACIEUSE

L'employeur ne peut obtenir des dommages intérêts pour le préjudice subi du fait du salarié qui lui a présenté des faux papiers pour l'embaucher qu'à la condition que soit démontré l'existence d'une faute lourde de la part de celui-ci

- Cass. soc. n° 11-23920 du 13 février 2013 SOCIETE CYNOPHILE

.III. Hébergement indigne en lien avec dumping social

Décision QPC n° 2015-517 du 22 janvier 2016 du Conseil Constitutionnel FEDERATION DES PROMOTEURS IMMOBILIERS conformité à la Constitution de l'obligation pour le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage de prendre en charge l'hébergement collectif indigne des salariés d'un sous-traitant (avec deux réserves d'interprétation)

.IV. Abus de vulnérabilité conditions de travail ou d'hébergement indignes

L'existence d'un hébergement indigne n'est pas nécessairement constituée par la violation de prescriptions législatives ou réglementaires ; des conditions indécentes suffisent à caractériser l'infraction

- Cass. crim. n° 14-80041 du 22 juin 2016 ABL

Pseudo stagiaires employés dans un hôtel

- Cass. crim. n° 02-81453 du 3 décembre 2002

Salariés employés dans un magasin à grande surface

- Cass. crim. n° 02-82971 du 23 avril 2003

Salariés d'une entreprise de nettoyage industriel, dans un contexte de grève pour protester contre les conditions de travail et d'hébergement

- Cass. crim. n° 03-84955 du 22 juin 2004

Plusieurs dizaines de salariés de nationalité étrangère, dans une affaire de marchandage et de travail dissimulé

- Cass. crim. n° 05-83404 du 14 mars 2006

Salarié sous tutelle, employé dans une entreprise de charpente, exposé à des conditions de travail et d'hébergement indignes

- Cass. crim. n° 09-83185 du 15 juin 2010

Salariée mineure, de nationalité étrangère, occupée à un emploi domestique et familial ; partie civile et obtention de dommages et intérêts conséquents

- Cass. crim. n° 10-85652 du 1er juin 2011

Salariés de nationalité étrangère payés en dessous du Smic et hébergement indigne, dans une casse automobile

- Cass. crim. n° 12-80538 du 28 mai 2013

Salariés étrangers dans le cadre d'une fraude à l'établissement et d'une fraude au détachement

- Cass. crim. n° 13-84501 du 14 octobre 2014

.V. Constitution de partie civile

Arrêt de principe

- Cass. crim. n° 97-81754 du 17 novembre 1998 GARAGE ZANKER
- Cass. crim. n° 05-85672 du 17 octobre 2006 GIE TRPA sous réserve préjudice direct

Salarié

- Cass. crim. n° 00-81526 du 6 février 2001 MOSHEN
- Cass. crim. n° 08-80027 du 16 septembre 2008
- Cass. crim. n° 11-85224 du 11 avril 2012 CHEIKH ABDELHAMID
- Cass. crim. n° 13-83327 du 14 octobre 2014 BINAM

Arrêt de principe organisme de recouvrement

- Cass. crim. n° 04-84056 du 5 octobre 2004 URSSAF DE PARIS cumul avec recouvrement de droit commun

Urssaf

- Cass. crim. n° 04-84056 du 5 octobre 2004 URSSAF DE PARIS cumul avec recouvrement droit commun
- Cass. civ. 2 n° 11-28245 du 20 juin 2013 CL JURA cumul avec constitution de partie civile

MSA

- Cass. crim. n° 90-81106 du 11 décembre 1990 MSA DE DORDOGNE

Pôle Emploi

- Cass. crim. n° 12-83021 du 25 juin 2013 SCMA
- Cass. crim. n° 14-08548 du 25 novembre 2015

Organisation syndicale

- Cass. crim. n° 82-94092 du 15 novembre 1983 SYNDICAT CFDT CONSTRUCTION BOIS marchandage
- Cass. crim. n° 10-86829 du 6 décembre 2011 SYNDICAT CFDT CONSTRUCTION BOIS travail dissimulé

Organisation professionnelle

- Cass. Plén. n° 91-12621 du 7 mai 1993 SYNDICAT DE LA NOUVEAUTE

Entreprise concurrente

- Cass. crim. n° 97-81754 du 17 novembre 1998 GARAGE ZANKER
- Cass. crim. n° 05-85672 du 17 octobre 2006 GIE TRPA sous réserve préjudice direct

.VI. Droits des organismes de protection sociale (*en sus de la jurisprudence supra sur la dissimulation d'emploi salarié*)**.A. Assujettissement subordination juridique**

- Cass. civ. 2 n° 12-13527 du 23 mars 2013 URSSAF DU CANTAL arrêt de principe

.B. Procédure

- Cass. civ. 2 n° 14-21490 du 9 juillet 2015 EXECUTIVE TRAVEL il n'est pas nécessaire d'établir l'intention frauduleuse de l'employeur
- Cass. civ. 2 n° 13-22943 du 9 octobre 2014 NORDCATH il n'est pas nécessaire d'établir l'intention frauduleuse de l'employeur
- Cass. civ. 2 n° 15-16110 du 7 juillet 2016 FORMACAD la procédure contradictoire spécifique mentionnée aux articles R.133-8 et R.133-8-1 du code de la sécurité sociale ne s'applique pas lorsque le constat de travail dissimulé intervient dans le cadre d'un contrôle effectué sur le fondement de l'article L.243-7 du code de la sécurité sociale

.C. Evaluation des cotisations

- Cass. civ. 2 n° 12-27513 du 19 décembre 2013 YI SHENG pour échapper à l'évaluation forfaitaire de la rémunération servant de base au calcul des cotisations, l'employeur doit apporter la preuve non seulement de la durée réelle d'emploi du salarié dissimulé, mais encore du montant exact de la rémunération versée

.D. Débiteur des cotisations

- Cass. civ. 2 n° 03-30592 du 20 septembre 2005 COMPAGNONS BATISSEURS DE BRETAGNE faux bénévoles
- Cass. civ. 2 n° 05-20815 du 17 janvier 2007 ETABLISSEMENTS ROUSSEAU présomption de salariat du bûcheron

.E. Faux travailleur indépendant

- Cass. civ. 2 n° 10.22868 du 13 octobre 2011 BABOU recouvrement possible uniquement pour la période postérieure à la requalification

.F. Opération de marchandage et/ou de prêt illicite de main d'œuvre

- Cass. civ. 2 n° 11-28245 du 20 juin 2013 CL JURA

.G. Solidarité financière

- Cass. civ. 2 n° 12-40009 du 28 février 2013 ELOHIM non transmission de six QPC au Conseil constitutionnel car principes constitutionnels respectés
- Cass. civ. 2 n° 06-21961 du 17 juin 2008 MORY TEAM la relaxe du dirigeant personne physique représentant le donneur d'ordre n'interdit pas de mettre en œuvre la solidarité financière à l'encontre de la personne morale représentant ce donneur d'ordre
- Cass. civ. 2 n° 14-23851 du 26 novembre 2015 CLAIRON nécessité d'établir un procès verbal pour travail dissimulé à l'encontre du cocontractant
- Cass. civ. 2 n° 15-17556 du 26 mai 2016 G. CONSTRUCTION la verbalisation du sous-traitant est obligatoire, même si celui-ci est mis en liquidation judiciaire
- Cass. civ. 2 n° 08-16641 du 17 septembre 2009 GBD AMENAGEMENT la procédure de recouvrement engagée par l'Urssaf au titre de la solidarité financière est exorbitante du droit commun ; règles relatives à la compétence territoriale non applicables.
- Cass. civ. 2 n° 10-19389 du 13 octobre 2011 ROXANE NORD dans le cadre de la procédure contradictoire auprès du donneur d'ordre relative au recouvrement des cotisations sociales au titre de la solidarité financière, l'Urssaf n'est pas tenue de communiquer au donneur d'ordre le procès verbal constatant l'infraction de travail dissimulé
- Cass. civ. 2 n° 09-12173 du 10 décembre 2009 CORYPHENE validation de la procédure de recouvrement de l'Urssaf contre le donneur d'ordre
- Cass. civ. 2. n° 01-13196 du 4 novembre 2003 NMPP validation de la procédure de recouvrement de l'Urssaf contre le donneur d'ordre
- Cass. civ. 2 n° 10-24861 du 13 octobre 2011 Pôle Européen de Plasturgie mentions suffisantes que doit contenir la procédure contradictoire de recouvrement de l'Urssaf auprès du donneur d'ordre
- Cass. civ. 2 n° 13-15784 du 13 février 2014 ATH RENATO BENE mentions suffisantes que doit contenir la procédure contradictoire de recouvrement de l'Urssaf auprès du donneur d'ordre
- Cass. civ. 2. n° 01-13196 du 4 novembre 2003 NMPP contrat commercial verbal montant de la relation commerciale appréciée dans sa globalité au regard des factures
- Cass. civ. 2 n° 10-19389 du 13 octobre 2011 ROXANE NORD relation commerciale unique, appréciée dans sa globalité, impliquant un contrat commercial à exécution successive d'un montant supérieur à 3 000 euros

- Cass. crim. n° 10-85180 du 29 mars 2011 AKERIS idem contrat unique à exécution successive d'un montant supérieur à 3 000 euros
- Cass. Ass. Plén. n° 14-10182 du 6 novembre 2015 CARDARELLI lorsque le cocontractant est une entreprise établie à l'étranger, le document à remettre au donneur d'ordre et attestant de la régularité de sa situation sociale dans son pays de domiciliation est le certificat de détachement, à l'exclusion de tout autre document (si le cocontractant n'est pas tenu de s'immatriculer en France : CNFE Strasbourg, Urssaf des Alpes Maritimes, MSA Alsace ou Urssaf du Gard)
- Cass. civ. 2 n° 12-21554 du 11 juillet 2013 LEGIO SECURITE le donneur d'ordre ne peut pas s'exonérer de la solidarité financière lorsqu'il se fait remettre des documents qui sont discordants entre eux et au regard de la réalité de la situation de son cocontractant
- Cass. civ. 2 n° 15-20231 du 16 juin 2016 HORIZON l'Urssaf est fondée à refuser de délivrer à une entreprise cotisante l'attestation de « compte à jour » au titre de la solidarité financière, lorsque cette entreprise ne s'est pas acquittée de la totalité de ses cotisations et contributions à leur date d'exigibilité initiale

.H. Certificat de détachement

Selon la CJUE, la validité du certificat de détachement ne peut pas être remise en cause ni par les autorités de l'Etat d'accueil, ni par le juge national de cet Etat. Il appartient à l'Etat qui a délivré ce document de le retirer, si la demande lui est faite et s'il le juge pertinent. Sinon, il reste valable et est opposable à l'Etat d'accueil.

- CJUE arrêt C-202/97 du 10 février 2000 FITZWILLIAM
- CJUE arrêt C-2/05 du 2 janvier 2006 HERBOSCH KIERE

Malgré ces deux décisions de la CJUE, la Cour de cassation considérait, dans plusieurs décisions, que le juge national français est compétent pour apprécier si le salarié peut être réellement considéré comme un détaché et si son employeur peut faire état, en cette qualité, du certificat de détachement pour ne pas payer les cotisations sociales en France.

Ainsi :

- Ne peuvent pas être considérés comme des travailleurs détachés au sens de la sécurité sociale des ressortissants portugais qui ne sont pas déclarés au Portugal et qui sont envoyés en France par une entreprise portugaise qui les met à la disposition d'une entreprise française. Cette entreprise française doit payer les cotisations sociales à l'URSSAF.

- Cass. soc. n° 95-18115 du 27 mars 1997 DEBEZY

- Les certificats de détachement présentés pour des salariés travaillant habituellement, et non occasionnellement, en France ne sont pas valables. Les cotisations sociales sont dues en France.

- Cass. crim n° 00-86281 du 24 avril 2001 EITEL

- Les certificats de détachement délivrés à tort à des salariés qui, en raison de leur nationalité, ne peuvent pas en bénéficier, ne produisent pas d'effet en France.

- Cass. civ. 2 n° 05-17302 du 17 juin 2007 CASINO RUHL

- Les certificats de détachement présentés pour des salariés intérimaires détachés par une ETT portugaise mais résidants en France, pour un emploi en France, lieu habituel de leur activité, ne sont pas valables. Les cotisations sociales doivent être versées en France.

- Cass. civ. 2 n° 05-21596 du 5 avril 2007 OBJATOISE

- Des faux travailleurs indépendants établis à l'étranger n'effectuent pas une vraie prestation de services internationale en France et ne sont pas en situation de détachement.

- Cass. crim. n° 09-85044 du 2 février 2010 ATM

- Les certificats de détachement délivrés à des salariés qui ne peuvent être considérés comme détachés au sens du code du travail puisqu'affectés au fonctionnement d'un établissement en France ne sont pas juridiquement recevables. L'entreprise aurait dû payer les cotisations sociales en France ; travail dissimulé par défaut de déclaration sociale.

- Cass. crim. n°11-88420 du 11 mars 2014 EASY JET
- Cass. crim. n°12-81461 du 11 mars 2014 VUELING

.- Dans le cadre d'une opération de marchandage suite à une fausse PSI de transport routier de marchandises, paiement des cotisations sociales par l'entreprise utilisatrice des salariés, établie en France, nonobstant les certificats de détachement

- Cass. civ. 2 n° 11-28245 du 20 juin 2013 CL JURA

Revirement de position de la Cour de cassation qui saisit la CJUE d'une question préjudicielle sur la validité du certificat de détachement pour savoir si ce document est opposable aux autorités administratives et au juge de l'Etat d'accueil lorsqu'il est constaté que les conditions de l'activité du travailleur salarié n'entrent manifestement pas dans le champ d'application matériel des règles dérogatoires de l'article 14, paragraphes 1 et 2, du Règlement n° 1408/71 (depuis remplacé par les Règlements n° 883/2004 et n° 987/2009)

- Cass. Ass. Plén. n° 13-25467 du 6 novembre 2015 A-ROSA

Voir également sur le certificat de détachement

- Cass. Ass. Plén. n° 14-10182 du 6 novembre 2015 CARDARELLI lorsque le cocontractant est une entreprise établie à l'étranger, le document à remettre au donneur d'ordre et attestant de la régularité de sa situation sociale dans son pays de domiciliation est le certificat de détachement, à l'exclusion de tout autre document (si le cocontractant n'est pas tenu de s'immatriculer en France : CNFE Strasbourg, Urssaf des Alpes Maritimes, MSA Alsace ou Urssaf du Gard)
- Cour d'appel de Versailles n° 1999-21380 du 9 octobre 2001 application de la présomption de salariat, mannequin non détaché, paiement des cotisations sociales en France

.VII. Droits des caisses de congés payés (*en sus de la jurisprudence supra sur la dissimulation d'emploi salarié*)

Entreprise étrangère

Obligation pour toute entreprise assujettie, y compris établie à l'étranger, d'adhérer à la caisse de congés payés

- Cass. soc. n° 03-18771 du 22 février 2006 HELLEGOUARCH

C'est à l'entreprise établie dans un autre Etat de l'UE qui détache des salariés en France pour une activité de travaux publics de démontrer qu'elle dispose dans son pays d'un système de caisse de congé payé offrant des droits d'effet au moins équivalent pour ses salariés et à laquelle elle adhère et qui la dispenserait ainsi de cotiser en France. Pour être au moins équivalent, ce système doit offrir aux salariés détachés des droits et avantages identiques à ceux du système français.

- Cass. crim. n° 05-81902 du 10 mai 2006 SOCIETE MECI

.VIII. Droits des organisations syndicales

Travail dissimulé

- Cass. crim. n° 10-86829 du 6 décembre 2011 SYNDICAT CFDT CONSTRUCTION BOIS partie civile

Emploi d'un salarié étranger sans titre de travail

- Cass. soc. n° 92-42070 du 22 novembre 1995 KAMBAY droit de saisir d'initiative le conseil de prud'hommes

Marchandage et prêt illicite de main d'œuvre

- Cass. soc. n° 01-43554 du 9 décembre 2003 CEA notamment pour la motivation de l'arrêt de la cour d'appel

.IX. Droits des organisations professionnelles

- Cass. Plén. n° 91-12621 du 7 mai 1993 SYNDICAT DE LA NOUVEAUTE partie civile

.X. Droits des entreprises et autres opérateurs économiques

- Cass. crim. n° 97-81754 du 17 novembre 1998 GARAGE ZANKER citation directe et constitution de partie civile
- Cass. crim. n° 05-85672 du 17 octobre 2006 GIE TRPA constitution de partie civile, sous réserve préjudice direct ; constitution irrecevable si préjudice indirect

- Cass. soc. n° 04-10667 du 23 novembre 2005 URBAN admission de l'action récursoire du donneur d'ordre débiteur de la solidarité financière contre son cocontractant auteur du travail dissimulé
- Décision QPC n° 2015-479 du 31 juillet 2015 du Conseil Constitutionnel RENAULT RETAIL GROUPE conformité à la Constitution, sous réserve d'un recours du donneur d'ordre contre son cocontractant

ANNEXES

ANNEXE 1

**TABLEAUX DES DROITS DU SALARIE VICTIME DU TRAVAIL ILLEGAL OU DU
DUMPING SOCIAL**

Tableau des droits du salarié dissimulé

Tableau des droits du salarié étranger employé sans titre de travail

Tableau des droits du salarié victime du dumping social

Tableau des droits du salarié dissimulé**Procédure applicable si rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur**

Respect de la procédure de licenciement	
Respect de la procédure de licenciement de droit commun	Oui, dans son intégralité
Respect de la procédure de licenciement, si victime d'un accident du travail	Oui, dans son intégralité

Tableau des droits du salarié dissimulé

Droits pécuniaires

Dans tous les cas, quelles que soient les modalités de la rupture du contrat de travail

Paieement du salaire de base (effectif, conventionnel ou, à défaut, smic)	Oui
Paieement des heures complémentaires	Oui
Paieement des heures supplémentaires	Oui
Paieement des jours fériés	Oui
Complément employeur si arrêt de travail	Oui
Repos compensateur	Oui, y compris sous forme d'indemnité compensatrice
Préavis	Oui, y compris sous forme d'indemnité compensatrice
Congés payés	Oui, y compris sous forme d'indemnité compensatrice
Indemnité forfaitaire équivalente à 6 mois de salaire	Oui, si preuve du caractère intentionnel de la dissimulation
Domages et intérêts pour non respect du repos compensateur	Oui
Domages et intérêts en raison de la situation de précarité liée à l'emploi dissimulé	Oui ; se cumulent avec l'indemnité forfaitaire équivalente à 6 mois de salaire

Tableau des droits du salarié dissimulé

Droits pécuniaires

Si la rupture du contrat de travail est du fait de l'employeur

I. Rupture de droit commun	
Indemnité compensatrice de préavis	Oui
Indemnité de licenciement (légale ou conventionnelle)	Oui ; se cumule avec l'indemnité forfaitaire équivalente à 6 mois de salaire
Dommages et intérêts pour non respect de la procédure de licenciement	Oui
Dommages et intérêts pour licenciement abusif (selon ancienneté)	Oui
Dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (selon ancienneté)	Oui
II. Rupture pendant l'arrêt de travail consécutif à un accident du travail	
Licenciement nul	Oui, avec toutes les conséquences de droit

Tableau des droits du salarié dissimulé

Remise des documents sociaux ou déclaration obligatoire par l'employeur

I. Dans tous les cas	
Bulletin de paie	Oui
Certificat de travail	Oui
Attestation employeur Pôle Emploi	Oui
Déclaration de l'accident du travail à la sécurité sociale	Oui ⁴⁶⁵
II. Si rupture du contrat de travail du fait de l'employeur	
Lettre de convocation à un entretien préalable	Oui
Lettre de licenciement	Oui

⁴⁶⁵ Sauf, si le salarié dissimulé est un détaché cf article L.1262-4-4 du code du travail ; voir supra p.111.

Tableau des droits du salarié dissimulé

Paiement de sa rémunération et de ses indemnités

Recours contre le donneur d'ordre articles L.8222-1 et L.8222-2 et article L.8222-6 du code du travail

Recours contre le donneur d'ordre	Après sa condamnation pénale	Oui, de plein droit
Recours contre le donneur d'ordre	Sans condamnation pénale	Oui, mais sous 3 conditions: . contrat commercial égal ou supérieur à 5000 euros . verbalisation de son employeur par un agent habilité . absence de vérification de la situation de son employeur
Recours spécifique contre le donneur d'ordre public (DOP)	Sans condamnation pénale	Oui, mais sous 3 conditions : . contrôle d'un agent habilité . information du DOP par l'agent habilité . absence d'injonction du DOP . ou absence d'information par le DOP de l'agent habilité sur les suites données à son injonction

Recours contre le maître d'ouvrage article L.8222-5 du code du travail

Recours contre le maître d'ouvrage	Après sa condamnation pénale	Oui, de plein droit
Recours contre le maître d'ouvrage	Sans condamnation pénale	Oui, mais sous 3 conditions : . contrôle d'un agent habilité . information du maître d'ouvrage par l'agent habilité . absence de régularisation immédiate de la situation de travail dissimulé

Tableau des droits du salarié étranger employé sans titre de travail

Procédure applicable si rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur

Respect de la procédure de licenciement	
Respect de la procédure de licenciement de droit commun	Non , lorsque la rupture est motivée par l'absence de titre de travail, excepté la notification écrite de la rupture de la relation de travail
Respect de la procédure de licenciement de droit commun	Oui , lorsque la rupture est à caractère disciplinaire et est motivée par la présentation d'un faux document administratif (faux titre de travail ou d'un faux titre d'identité français)
Respect de la procédure de licenciement, si victime d'un accident du travail	Oui , dans son intégralité
Respect de la procédure exorbitante de licenciement de droit commun, si représentant du personnel	Non

Tableau des droits du salarié étranger employé sans titre de travail

Droits pécuniaires

Dans tous les cas, quelles que soient les modalités de la rupture du contrat de travail

Paieement du salaire de base (effectif, conventionnel ou, à défaut, smic)	Oui
Paieement des heures complémentaires	Oui
Paieement des heures supplémentaires	Oui
Paieement d'un salaire équivalent au moins à 3 mois de travail, sauf preuve contraire	Oui
Paieement des jours fériés	Oui
Complément employeur si arrêt de travail	Oui
Repos compensateur	Oui, y compris sous forme d'indemnité compensatrice
Préavis	Oui, y compris sous forme d'indemnité compensatrice, si plus favorable que l'indemnité forfaitaire équivalente à 3 mois de salaire
Congés payés	Oui, y compris sous forme d'indemnité compensatrice,
Indemnité forfaitaire équivalente à 3 mois de salaire	Oui, sauf si le salarié a présenté un faux document administratif
Dommmages et intérêts pour non respect du repos compensateur	Oui
Dommmages et intérêts en raison de la précarité de son emploi liée à sa situation administrative	Oui ; se cumulent avec l'indemnité forfaitaire équivalente à 3 mois de salaire
Dommmages et intérêts, si l'employeur a privé le salarié d'une possibilité de régularisation due à une erreur de l'administration	Oui ; se cumulent avec l'indemnité forfaitaire équivalente à 3 mois de salaire

Tableau des droits du salarié étranger employé sans titre de travail

Droits pécuniaires

Si la rupture du contrat de travail est du fait de l'employeur

I. Rupture de droit commun pour défaut de titre de travail	
Indemnité compensatrice de préavis	Oui, mais ne se cumule pas avec l'indemnité forfaitaire équivalente à 3 mois si celle-ci est plus favorable
Indemnité de licenciement (légale ou conventionnelle)	Non
Dommages et intérêts pour non respect de la procédure de licenciement	Non
Dommages et intérêts pour licenciement abusif (selon ancienneté)	Non
Dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (selon ancienneté)	Non
II. Rupture de droit commun pour motif disciplinaire ou faute grave (faux document)	
Indemnité compensatrice de préavis	Oui, sauf si l'employeur invoque la faute grave
Dommages et intérêts pour non respect de la procédure de licenciement	Oui
Dommages et intérêts pour licenciement abusif (selon ancienneté)	Non
Dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (selon ancienneté)	Non
III. Rupture pendant l'arrêt de travail consécutif à un accident du travail	
Licenciement nul	Oui, avec toutes les conséquences de droit
IV. Rupture de la relation de travail, si salarié IRP	
Dommages et intérêts si non respect de la procédure exorbitante de droit commun	Non

Tableau des droits du salarié étranger employé sans titre de travail

Remise des documents sociaux ou déclaration obligatoire par l'employeur

I. Dans tous les cas	
Bulletin de paie	Oui
Certificat de travail	Oui
Attestation employeur Pôle Emploi	Non
Déclaration de l'accident du travail à la sécurité sociale	Oui
II. Si rupture du contrat de travail du fait de l'employeur	
Lettre de convocation à un entretien préalable	Non
Lettre motivée de rupture de la relation de travail	Oui

Tableau des droits du salarié étranger employé sans titre de travail

Paiement de sa rémunération et de ses indemnités

Recours contre le donneur d'ordre

Articles L.8254-2 et suivants du code du travail

Recours contre le donneur d'ordre	Après sa condamnation pénale	Oui, de plein droit
Recours contre le donneur d'ordre	Sans condamnation pénale 1 ^{ère} hypothèse	Oui, mais sous 1 condition: . absence de vérification de la situation de son employeur
Recours contre le donneur d'ordre	Sans condamnation pénale 2 ^{ème} hypothèse	Oui, mais sous 3 conditions : . contrôle d'un agent habilité . information du donneur d'ordre par l'agent habilité . absence de régularisation immédiate de la situation d'emploi du salarié étranger sans titre de travail

Pas de recours contre le maître d'ouvrage

Tableau des droits du salarié étranger employé sans titre de travail

Paiement de sa rémunération et de ses indemnités

Intervention de l'OFII

Article L.8252-4 du code du travail

Contrôle d'un agent habilité	Inspection du travail, police, gendarmerie, douanes	
Rupture de la relation de travail du salarié	A l'initiative de l'employeur	
Demande par l'agent habilité du paiement de la rémunération et des indemnités		
Paiement direct du salarié par l'employeur	Dans les 30 jours de la demande de l'agent habilité	
Ou versement par l'employeur des sommes dues à l'OFII	Dans les 30 jours de la demande l'agent habilité	Uniquement si salarié : . placé en rétention administrative . ou assigné à résidence. Rien n'est prévu pour les autres salariés étrangers (donc conseil de prud'hommes)
Recouvrement forcé de l'OFII lorsque l'employeur n'a pas versé au salarié les sommes dues	Au terme du délai de 30 jours	Uniquement si salarié : . placé en rétention administrative . ou assigné à résidence. Rien n'est prévu pour les autres salariés étrangers (donc conseil de prud'hommes)
L'OFII reverse les sommes au salarié étranger	Pas de reversement au salarié si l'employeur n'a rien versé à l'OFII ou qu'il conteste le recouvrement forcé	

Tableau des droits du salarié victime du dumping social

Droits pécuniaires du salarié non détaché, employé par une entreprise établie en France

Article L.3245-2 du code du travail

Nature des sommes dues	Débiteur	Modalités et conditions
Non respect du smic ou des minima conventionnels (étendus ?)	Donneur d'ordre (DO) ou maître d'ouvrage (MO)	Sous 4 réserves : <ul style="list-style-type: none"> . contrôle d'un agent habilité . information du DO ou du MO par l'agent habilité . absence d'injonction du DO ou du MO . absence d'information de l'agent habilité par le DO ou le MO
Non paiement partiel du smic ou des minima conventionnels (étendus ?)	Donneur d'ordre (DO) ou maître d'ouvrage (MO)	Sous 3 réserves : <ul style="list-style-type: none"> . contrôle d'un agent habilité . absence d'injonction du DO ou du MO . absence d'information de l'agent habilité par le DO ou le MO

Tableau des droits du salarié victime du dumping social

Droits pécuniaires du salarié détaché, employé par une entreprise non établie en France

Article L.3245-2 du code du travail (tout salarié détaché)

Nature des sommes dues	Débiteur	Modalités et conditions
Non respect du smic ou des minima conventionnels (étendus ?)	Donneur d'ordre (DO) ou maître d'ouvrage (MO)	Sous 4 réserves : . contrôle d'un agent habilité . information du DO ou du MO par l'agent habilité . absence d'injonction du DO ou du MO . absence d'information de l'agent habilité par le DO ou le MO
Non paiement partiel du smic ou des minima conventionnels (étendus ?)	Donneur d'ordre (DO) ou maître d'ouvrage (MO)	Sous 4 réserves : . contrôle d'un agent habilité . information du DO ou du MO par l'agent habilité . absence d'injonction du DO ou du MO . absence d'information de l'agent habilité par le DO ou le MO

Article L.1262-4-3 du code du travail (uniquement salarié détaché dans le cadre d'une PSI)

Nature des sommes dues	Débiteur	Modalités et conditions
Non respect du smic ou des minima conventionnels (étendus ?)	Donneur d'ordre (DO) ou maître d'ouvrage (MO)	Sous 4 réserves : . contrôle d'un agent habilité . information du DO ou du MO par l'agent habilité . absence d'injonction du DO ou du MO . absence de dénonciation du contrat de PSI, si pas de régularisation dans un délai de 7 jours
Non paiement partiel du smic ou des minima conventionnels (étendus ?)	Donneur d'ordre (DO) ou maître d'ouvrage (MO)	Sous 4 réserves : . contrôle d'un agent habilité . information du DO ou du MO par l'agent habilité . absence d'injonction du DO ou du MO . absence de dénonciation du contrat de PSI, si pas de régularisation dans un délai de 7 jours

Tableau des droits du salarié victime du dumping social

Droit à un hébergement décent

Tout salarié

Article L.4231-1 du code du travail

Description de l'hébergement	Personne mise en cause	Modalités et conditions
<ul style="list-style-type: none"> . Incompatible avec la dignité humaine . Hébergement collectif, mais pas nécessairement celui visé par la loi du 23 juin 1973 	Prise en charge par donneur d'ordre (DO) ou maître d'ouvrage (MO)	Sous 3 réserves : <ul style="list-style-type: none"> . contrôle d'un agent habilité . information du DO ou du MO par l'agent habilité . absence d'injonction du DO ou du MO . ou absence de régularisation sous 24 h après l'injonction

ANNEXE 2

Notice d'information sur les droits du salarié étranger employé sans titre de travail⁴⁶⁶

⁴⁶⁶ Notice rédigée en 7 langues, selon le modèle fixé par l'arrêté du 30 novembre 2011 du ministre chargé de l'immigration: outre le français, l'anglais, l'arabe (littéral), le chinois (mandarin), l'espagnol, le portugais et le russe.

Comment faire valoir vos droits acquis par le travail ?

3 ■ Si vous êtes placé dans un centre de rétention administrative (CRA)

- Vous devez indiquer à l'agent de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) que vous n'avez pas perçu vos salaires et vos indemnités. **L'OFII se charge de les obtenir pour vous.**
- Si votre employeur refuse de verser les salaires antérieurs, les heures supplémentaires, les primes ou les indemnités, vous pouvez solliciter une personne habilitée à entrer dans un CRA *. Celle-ci pourra contacter l'organisation syndicale de votre choix pour assigner votre employeur ou le donner d'ordre, devant le conseil de prud'hommes.

ou

- Vous pouvez demander à contacter un avocat de votre choix.
- Si vous êtes reconduit après votre placement en CRA, l'OFII transférera les sommes dues, dans le pays dans lequel vous avez été reconduit.

* Qui peut intervenir dans un CRA ?

- ☞ les agents de l'OFII,
- ☞ les représentants des personnes morales habilitées,
- ☞ les avocats.



Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR,
DE L'OUTRE-MER,
DES COLLECTIVITÉS
TERRITORIALES
ET DE L'IMMIGRATION
SECRÉTARIAT GÉNÉRAL
À L'IMMIGRATION
ET À L'INTÉGRATION

MINISTÈRE DU TRAVAIL,
DE L'EMPLOI
ET DE LA SANTÉ

Contacts utiles

L'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII)

Les personnes morales habilitées dans les CRA :

- Cimade,
- Ordre de Malte,
- France Terre d'Asile,
- Forum réfugiés,
- Association service social familial migrants.

Les organisations syndicales :

- Confédération générale du travail (CGT),
- Confédération française démocratique du travail (CFDT),
- Confédération générale du travail force ouvrière (FO),
- Confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC),
- Confédération générale des cadres (CGC).

**Vous avez été employé(e),
dans une entreprise
ou par un particulier,**

**sans posséder
de titre de séjour**

**ou de travail,
la loi protège vos droits**

acquis par le travail.

Quels sont vos droits acquis par le travail ?

Lorsque la relation de travail avec votre employeur est rompue parce que la loi lui interdit de vous employer, vous avez le droit à :

- **Si vous êtes déclaré :**
(*article L. 8252-2 du code du travail*)
 - L'intégralité de vos salaires et accessoires de salaires (primes, avantages en nature et congés payés etc ...) ;
 - L'indemnité forfaitaire pour rupture de la relation de travail correspondant à **3 mois** de salaire.

● Si vous n'êtes pas déclaré :

- L'intégralité de vos salaires et accessoires de salaires ;
- L'indemnité forfaitaire pour rupture de la relation de travail correspondant à **6 mois** de salaire (*article L. 8223-1 du code du travail*), lorsque votre employeur a dissimulé intentionnellement votre emploi
ou

le paiement de **3 mois** de salaire + **3 mois** d'indemnité forfaitaire au titre de la rupture de la relation de travail, lorsque l'employeur ne peut pas apporter la preuve de la date réelle d'embauche.

Vous pouvez demander une indemnisation supplémentaire si vous estimez

avoir subi un préjudice non réparé

(*au titre de l'article L. 8252-2 du code du travail*).

Qui paie vos droits acquis par le travail ?

L'employeur doit régler vos salaires et votre indemnité dans un délai de 30 jours à compter du jour où la relation de travail a été rompue.

Il doit aussi vous remettre les documents relatifs à votre période d'emploi (bulletins de paie et certificat de travail).

Dans certaines situations, la loi permet de réclamer les sommes non pas auprès de l'employeur, mais auprès **du donneur d'ordre ou du client** (*article L. 8254-2 du code du travail*).

Si vous avez subi des conditions de travail abusives ou avez été victime de traitements dégradants ou inhumains, vous pouvez porter plainte et saisir la justice pénale.

Dans le cadre de ces infractions commises par votre employeur, vous pouvez demander à bénéficier d'une carte de séjour temporaire, le temps de la procédure (*article L. 316-1 du CESEDA*).

Comment faire valoir vos droits acquis par le travail ?*

1 ■ Si vous n'êtes ni privé de liberté, ni de déplacement lors de la rupture de la relation de travail

et si votre employeur ou le donneur d'ordre ne vous verse pas les sommes dues dans le délai de 30 jours, vous pouvez saisir le Conseil de prud'hommes par l'intermédiaire :

- d'un avocat
ou
- d'une organisation syndicale.

2 ■ Si vous êtes assigné à résidence

L'OFII peut intervenir pour vous. Pour cela, vous devez vous rapprocher de la direction territoriale de l'OFII du lieu de votre assignation à résidence.

* même en cas de retour volontaire ou contraint

Un travail non déclaré est celui qui n'a pas fait l'objet d'une déclaration préalable à l'embauche (DPAE) auprès de l'URSSAF ou de la MSA.
De plus, le salarié ne dispose pas de bulletins de paie ou ceux-ci comportent des mentions fausses ou inexactes.

ANNEXE 3

TABLEAUX RELATIFS A LA SOLIDARITE FINANCIERE ET A LA VIGILANCE DU DONNEUR D'ORDRE ET DU MAITRE D'OUVRAGE

1. Tableaux relatifs au travail illégal

11. Travail dissimulé

111. Périmètre et bénéficiaires de la solidarité financière

112. Solidarité financière directe article L.8222-2 du code du travail

113. Solidarité financière sur signalement d'un agent de contrôle habilité

⇒ 113.1. maître d'ouvrage article L.8222-5 du code du travail

⇒ 113.2. donneur d'ordre public article L.8222-6 du code du travail

12. Emploi d'un salarié étranger sans titre de travail

121. Périmètre et bénéficiaires de la solidarité financière

122. Solidarité financière directe article L.8254-2 du code du travail

123. Solidarité financière sur signalement d'un agent de contrôle habilité article L.8254-2-1 du code du travail

2. Tableaux relatifs au dumping social⁴⁶⁷

21. Salaire minimal légal ou conventionnel non respecté ou impayé article L.1262-4-3 du code du travail

22. Salaire minimal légal ou conventionnel non respecté ou impayé article L.3245-2 du code du travail

23. Hébergement collectif indigne article L.4231-1 du code du travail

⁴⁶⁷ Le mécanisme de vigilance prévu par l'article L.8281-1 du code du travail n'est pas décrit en annexe car il n'ouvre aucun droit civil aux victimes du dumping social.

1. Solidarité financière relatives au travail illégal

11. Travail dissimulé

ANNEXE 111. Travail dissimulé**Périmètre et bénéficiaires de la solidarité financière****Articles L.8222-1 et L.8222-2 du code du travail**

Sommes couvertes	Créanciers bénéficiaires
Impôts, taxes, pénalités et majorations dus au Trésor public	DGFIP services fiscaux Douanes pour les contributions indirectes (billetterie, taxe sur les alcools, TIPP...)
Cotisations, pénalités et majorations dues aux organismes de protection sociale	Régime de base : Urssaf, MSA, CGSS, RSI, Enim... Caisse de retraite complémentaire Pôle Emploi
Remboursement des aides publiques	Organisme ayant versé l'aide publique
Rémunérations et indemnités	Salarié dissimulé, y compris sous un faux statut de bénévole, de stagiaire, de travailleur indépendant ou de détaché Le salarié étranger dissimulé et employé sans titre de travail peut opter pour la solidarité financière de l'article L.8254-2 du code du travail (<i>voir infra annexe 112</i>) Une organisation syndicale peut se substituer au salarié et saisir d'initiative le conseil de prud'hommes, si le salarié, informé, ne s'y est pas opposé

Nota La caisse de congé payé n'est pas bénéficiaire de la solidarité financière car elle n'est pas un organisme de protection sociale et elle n'est pas visée *es qualité* par le code du travail.

ANNEXE 112.1 Travail dissimulé Solidarité financière directe du donneur d'ordre (sous réserve verbalisation auteur du travail dissimulé) article L.8222-2 du code du travail

Solidarité financière et vigilance à l'égard de l'entreprise cocontractante établie en France (article D.8222-5 du code du travail)

Donneur d'ordre professionnel et particulier assimilé à un professionnel (hors usage personnel ou familial)

.- Vérifications préventives à effectuer par ce donneur d'ordre pour tout contrat d'un montant égal ou supérieur à 5 000 euros HT

.- Vérifications préventives à effectuer avant le début d'exécution du contrat, puis tous les 6 mois

Document(s) à se faire remettre par le cocontractant	Commentaire	Donneur d'ordre professionnel et particulier assimilé (hors usage personnel ou familial)
<p>Dans tous les cas:</p> <p>1)-Attestation de fourniture des déclarations sociales et de paiement des cotisations et contributions de sécurité sociale prévue à l'article L.243-15 du CSS émanant de l'organisme de protection sociale chargée du recouvrement des cotisations et des contributions</p>	<p>attestation datant de moins de 6 mois</p> <p>le donneur d'ordre vérifie en sus l'authenticité de l'attestation de fourniture et de paiement auprès de l'organisme qui l'a délivrée</p>	
<p>2)-Si obligation d'immatriculation au RCS ou au RM ou si profession réglementée:</p> <p>soit extrait K ou K bis du RCS</p> <p>soit carte d'identification justifiant de l'inscription au RM</p> <p>soit devis, document publicitaire ou correspondance professionnelle*</p> <p>soit récépissé du CFE pour l'entreprise cocontractante en cours de création</p>	<p>en cours de validité</p> <p>comportant des mentions obligatoires*</p>	<p>L'un ou l'autre de ces 4 documents</p> <p>Ce 2^{ème} document remis au donneur d'ordre s'ajoute le cas échéant au précédent 1), si immatriculation du cocontractant obligatoire au RCS ou au RM ou si exercice d'une profession réglementée</p>

***Mentions obligatoires :** nom ou dénomination sociale, adresse complète, numéro d'immatriculation au RCS ou au RM ou à une liste ou un tableau d'un ordre professionnel ou la référence de l'agrément délivré par l'autorité compétente

Nota La remise de ce(s) document(s) s'ajoute à celle du document remis au donneur d'ordre professionnel au titre de la vigilance relative à la lutte contre l'emploi de salarié étranger sans titre de travail (voir infra annexes 121.1 et 122.1).

Cette solidarité financière se combine avec celle relative au donneur d'ordre public (voir annexe 113.2).

ANNEXE 112.2 Travail dissimulé Solidarité financière directe (sous réserve verbalisation auteur du travail dissimulé)

Solidarité financière et vigilance à l'égard de l'entreprise cocontractante établie en France (articles D-8222-4 et D-8222-5 du code du travail)

Particulier donneur d'ordre, pour son usage personnel ou familial

.- Vérifications préventives à effectuer par ce particulier donneur d'ordre pour tout contrat d'un montant **égal ou supérieur à 5 000 euros HT**

.- Vérifications préventives à effectuer avant le début d'exécution du contrat, puis tous les 6 mois

Document à se faire remettre par le cocontractant	Commentaire	Particulier donneur d'ordre pour son usage personnel ou familial
<p>1)-Attestation de fourniture des déclarations sociales et de paiement des cotisations et contributions de sécurité sociale prévue à l'article L.243-15 du CSS émanant de l'organisme de protection sociale chargée du recouvrement des cotisations et des contributions</p>	<p>attestation datant de moins de 6 mois</p> <p>le donneur d'ordre vérifie en sus l'authenticité de l'attestation de fourniture et de paiement auprès de l'organisme qui l'a délivrée.</p>	
<p>2)-Si obligation d'immatriculation au RCS ou au RM ou si profession réglementée:</p> <p>soit extrait K ou K bis du RCS</p> <p>soit carte d'identification justifiant de l'inscription au RM</p> <p>soit devis, document publicitaire ou correspondance professionnelle*</p> <p>soit récépissé du CFE pour l'entreprise cocontractante en cours de création</p>	<p>en cours de validité</p> <p>comportant des mentions obligatoires*</p>	<p>Le particulier qui contracte pour son usage personnel ou familial se fait remettre l'un de ces 5 documents</p>

***Mentions obligatoires :** nom ou dénomination sociale, adresse complète, numéro d'immatriculation au RCS ou au RM ou à une liste ou un tableau d'un ordre professionnel ou la référence de l'agrément délivré par l'autorité compétente

Nota La remise de ce document s'ajoute à celle du document remis au particulier donneur d'ordre au titre de la vigilance relative à la lutte contre l'emploi de salarié étranger sans titre de travail (voir infra annexes 121. et 122.2.).

ANNEXE 112.3 Travail dissimulé Solidarité financière directe du donneur d'ordre (sous réserve verbalisation auteur du travail dissimulé) article L.8222-2 du code du travail

Solidarité financière et vigilance à l'égard de l'entreprise cocontractante non établie en France
(articles D.8222-7 et D.8222-8 du code du travail)

Donneur d'ordre professionnel et particulier assimilé à un professionnel (hors usage personnel ou familial)

.- Vérifications préventives à effectuer par ce donneur d'ordre pour tout contrat d'un montant **égal ou supérieur à 5 000 euros HT**

.- Vérifications préventives à effectuer avant le début d'exécution du contrat, puis tous les 6 mois

Documents (en français ou traduits en français) à se faire remettre par le cocontractant	Commentaire	Donneur d'ordre professionnel et particulier assimilé (hors usage personnel ou familial)
<p>Dans tous les cas :</p> <p>1)-document mentionnant le numéro individuel d'identification fiscal ou document mentionnant l'identité et l'adresse ou, le cas échéant, les coordonnées de son représentant fiscal en France</p> <p>2)-soit document attestant de la régularité de la situation sociale du cocontractant (Règlement CE n° 883/2004 du 29 avril 2004 ou convention internationale de sécurité sociale) - et, lorsque la législation du pays de domiciliation le prévoit, attestation émanant de l'institution de sécurité sociale de pays mentionnant être à jour de ses déclarations et du paiement des cotisations</p> <p>-soit (si pas détaché sécurité sociale), attestation de fourniture de déclarations sociales et de paiement des cotisations et contributions sociales prévue l'article L.243-15 du CSS émanant de l'organisme français de protection sociale.</p>	<p>le numéro individuel est attribué par les services fiscaux français</p> <p>le certificat de détachement est délivré par l'institution de sécurité sociale de l'Etat d'origine</p> <p>guichet unique : CFNE Strasbourg, Urssaf Alpes Maritimes, Urssaf du Gard ou MSA Alsace</p>	<p>Remise obligatoire de ces 2 documents au donneur d'ordre</p> <p>Les documents mentionnés en 2) ne datent pas nécessairement de moins de 6 mois</p> <p>Le donneur d'ordre vérifie l'authenticité de l'attestation de fourniture et de paiement auprès de l'organisme français qui l'a délivrée</p>
<p>3)-si obligation d'immatriculation à un registre professionnel dans le pays de domiciliation:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● soit document émanant des autorités tenant le registre professionnel ou document équivalent certifiant l'inscription ● soit devis, document publicitaire ou professionnel* ● soit document émanant de l'autorité habilitée à recevoir l'inscription au registre professionnel et attestant de la demande d'immatriculation 	<p>en cours de validité</p> <p>comportant des mentions obligatoires*</p> <p>datant de moins de 6 mois</p>	<p>Ce 3^{ème} document remis au donneur d'ordre s'ajoute le cas échéant au 2 précédents, si immatriculation du cocontractant obligatoire dans son Etat de domiciliation</p> <p>Uniquement pour l'entreprise étrangère en cours de création</p>

***Mentions obligatoires :** nom ou dénomination sociale, adresse complète, nature de l'inscription au registre professionnel

Nota La remise de ces documents s'ajoute à celle du document remis au donneur d'ordre au titre de la vigilance relative à la lutte contre l'emploi de salarié étranger sans titre de travail (voir infra annexes 121. et 122.1). Cette solidarité financière se combine avec celle relative au donneur d'ordre public (voir infra annexe 113.2).

ANNEXE 112.4 Travail dissimulé Solidarité financière directe (sous réserve verbalisation auteur du travail dissimulé)

Solidarité financière et vigilance à l'égard de l'entreprise cocontractante non établie en France

(articles D.8222-6, D.8222-7 et D.8222-8 du code du travail)

Particulier donneur d'ordre pour son usage personnel ou familial

.- Vérifications préventives à effectuer par ce particulier donneur d'ordre pour tout contrat d'un montant **égal ou supérieur à 5 000 euros HT**

.- Vérifications préventives à effectuer avant le début d'exécution du contrat, puis tous les 6 mois

Document (en français ou traduits en français) à se faire remettre par le cocontractant	Commentaire	Particulier donneur d'ordre pour son usage personnel ou familial
<p>1) Soit document mentionnant le numéro individuel d'identification fiscal ou document mentionnant l'identité et l'adresse ou, le cas échéant, les coordonnées de son représentant fiscal en France</p> <p>2) -Soit document attestant de la régularité de la situation sociale du cocontractant (Règlement CE n° 883/2004 du 29 avril 2004 ou convention internationale de sécurité sociale) - et, lorsque la législation du pays de domiciliation le prévoit, attestation émanant de l'institution de sécurité sociale de pays mentionnant être à jour de ses déclarations et du paiement des cotisations</p> <p>-Soit (si pas détaché sécurité sociale), attestation de fourniture de déclarations sociales et de paiement des cotisations et contributions sociales prévue l'article L.243-15 du CSS émanant de l'organisme français de protection sociale.</p> <p>3) Si obligation d'immatriculation à un registre professionnel dans le pays de domiciliation:</p> <ul style="list-style-type: none"> • soit document émanant des autorités tenant le registre professionnel ou document équivalent certifiant l'inscription • soit devis, document publicitaire ou professionnel • soit document émanant de l'autorité habilitée à recevoir l'inscription au registre professionnel et attestant de la demande d'immatriculation 	<p>le numéro individuel est attribué par les services fiscaux français</p> <p>le certificat de détachement est délivré par l'institution de sécurité sociale de l'Etat d'origine</p> <p>guichet unique : CNFE Strasbourg, Urssaf Alpes Maritimes, Urssaf du Gard ou MSA Alsace</p> <p>en cours de validité</p> <p>comportant des mentions obligatoires*</p> <p>datant de moins de 6 mois</p>	<p>Le particulier donneur d'ordre se fait remettre l'un de ces 3 documents</p> <p>Les documents mentionnés en 2) ne datent pas nécessairement de moins de 6 mois</p> <p>Le particulier donneur d'ordre vérifie l'authenticité de l'attestation de fourniture et de paiement auprès de l'organisme français qui l'a délivrée</p> <p>Uniquement pour l'entreprise étrangère en cours de création</p>

***Mentions obligatoires :** nom ou dénomination sociale, adresse complète, nature de l'inscription au registre professionnel

Nota La remise de ce document s'ajoute à celle du document remis au particulier donneur d'ordre au titre de la vigilance relative à la lutte contre l'emploi de salarié étranger sans titre de travail (voir infra annexes 121. et 122.2).

ANNEXE 113-1. Travail dissimulé Solidarité financière du maître d'ouvrage (MO)**Sur signalement d'un agent de contrôle habilité****Article L.8222-5 du code du travail**

Cette procédure s'applique au maître d'ouvrage (MO), privé ou public, professionnel ou particulier assimilé à un professionnel (hors usage personnel ou familial)

Quel que soit le montant du contrat.

Actes de procédure	Commentaire
<p>1) Un agent de contrôle habilité constate du travail dissimulé du fait d'un sous-traitant qui n'est pas cocontractant du MO</p>	<p>Quelle que soit la forme du travail dissimulé</p> <p>Entreprise cocontractante établie en France ou à l'étranger</p> <p>Les constats et les actes de procédures peuvent être également accomplis par un IRP ou une OP ou une OS</p>
<p>2) Il informe par écrit le MO que ce sous-traitant pratique du travail dissimulé</p>	<p>Pas de délai fixé par la loi entre la date du constat et la date de l'écrit</p>
<p>3) Le MO enjoint aussitôt à son entreprise cocontractante de faire cesser sans délai le travail dissimulé</p>	<p>Injonction par lettre recommandée avec accusé de réception</p>
<p>4) Second constat de l'agent de contrôle pour vérifier si le MO a obtenu la cessation du travail dissimulé</p>	<p>L'agent de contrôle apprécie librement la date du second constat</p>
<p>5) A défaut, le MO relève de plein droit de la solidarité financière</p>	<p>Obligation de résultat de faire cesser le travail dissimulé</p>
<p>6) Si non cessation du travail dissimulé, transmission par l'agent de contrôle de ses actes et de ses constats aux organismes de recouvrement et au(x) salarié(s) victime(s)</p>	

Cette procédure se combine avec celle de l'article L.8222.2 et celle de l'article L.8222-6 du code du travail (voir annexes 112.1, 112.2, et 113.2), ainsi qu'avec celle de l'article L.8254-2-1 relative à l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail (voir infra annexe 123).

ANNEXE 113.2. Travail dissimulé Donneur d'ordre public (DOP)**Sur signalement d'un agent de contrôle habilité****Article L.8222-6 du code du travail**

Cette procédure ne s'applique qu'au donneur d'ordre public (personne morale de droit public)

Quel que soit le montant du contrat

Actes de procédure	Commentaire
1) Un agent de contrôle habilité constate du travail dissimulé du fait d'une entreprise cocontractante d'un DOP	Quelle que soit la forme du travail dissimulé Entreprise cocontractante établie en France ou à l'étranger
2) Il informe par écrit le DOP que son entreprise cocontractante pratique du travail dissimulé	Pas de délai fixé par la loi entre la date du constat et la date de l'écrit
3) Le DOP enjoint aussitôt à son entreprise cocontractante de faire cesser sans délai le travail dissimulé	Injonction par lettre recommandée avec accusé de réception
4) L'entreprise cocontractante apporte au DOP, dans un délai de 2 mois, la preuve qu'elle a mis fin au travail dissimulé	A défaut, le contrat peut être rompu par le DOP, sans indemnité, aux frais et risque de l'entreprise cocontractante
5) Le DOP informe l'agent de contrôle des suites données par son cocontractant à son injonction	Pas de délai prévu par le code du travail
6) A défaut d'avoir enjoint (étape 3) son cocontractant, le DOP relève de plein droit de la solidarité financière	
7) A défaut d'avoir informé l'agent de contrôle (étape 5) des suites données par son cocontractant, le DOP relève de plein droit de la solidarité financière	Juridiquement impossible, car le code du travail ne fixe pas de délai au DOP pour informer l'agent de contrôle
8) En cas de poursuite du contrat, et à défaut d'avoir apporté la preuve à l'agent de contrôle dans les 6 mois qui suivent l'injonction, de la fin du travail dissimulé, le DOP relève de plein droit de la solidarité financière	

Cette procédure se combine avec celle de l'article L.8222-2 et de l'article L.8222-5 du code du travail (voir supra annexes 112.1, 112.2 et 113.1), ainsi qu'avec celle de l'article L.8254-2-1 relative à l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail (voir infra annexe 123).

1. Solidarité financière relatives au travail illégal

12. Emploi d'un salarié étranger sans titre de travail

ANNEXE 121. Emploi d'un salarié étranger sans titre de travail**Périmètre et bénéficiaires de la solidarité financière****Article L.8254-2 du code du travail**

Sommes couvertes	Créanciers bénéficiaires
<p>Salaires et accessoires du salaire</p> <p>Au titre du salaire, minimum de 3 mois de salaire, sauf preuve contraire d'une durée d'emploi différente</p>	<p>Salarié étranger employé sans titre de travail, y compris sous un faux statut de bénévole, de stagiaire, de travailleur indépendant ou de détaché</p> <p>Le salarié étranger employé sans titre de travail et dissimulé peut opter pour la solidarité financière de l'article L.8222-2 du code du travail (<i>voir supra annexe 111</i>)</p> <p>Une organisation syndicale peut se substituer au salarié et saisir d'initiative le conseil de prud'hommes, si le salarié, informé, ne s'y est pas opposé</p>
<p>Indemnités versées au titre de la rupture de la relation de travail : indemnité compensatrice de congés payés, indemnité de préavis, indemnité forfaitaire équivalente à 3 mois de salaire, indemnité de licenciement, indemnité de rupture anticipée du CDD, indemnité de précarité d'emploi</p>	<p>Idem</p>
<p>Contribution spéciale</p>	<p>OFII</p>
<p>Contribution forfaitaire de réacheminement</p>	<p>OFII solidarité théorique car le décret d'application n'a pas été pris</p>

ANNEXE 122.1 Emploi d'un salarié étranger sans titre de travail Solidarité financière directe du donneur d'ordre

Solidarité financière et vigilance à l'égard de l'entreprise française ou étrangère cocontractante (articles D.8254-2, D.8254-3 et D.8254-5 du code du travail)

Donneur d'ordre professionnel et particulier assimilé à un professionnel (hors usage personnel ou familial)

- Vérifications préventives à effectuer par ce donneur d'ordre pour tout contrat d'un montant **égal ou supérieur à 5 000 euros HT**

.- Vérifications préventives à effectuer avant le début d'exécution du contrat, puis tous les 6 mois

Document à se faire remettre par le cocontractant	Commentaire	Donneur d'ordre professionnel et particulier assimilé (hors usage personnel ou familial)
<p>1) soit, la liste nominative des salariés étrangers affectés à la réalisation du contrat commercial, comportant pour chaque salarié les mentions suivantes : .-la date d'embauche, .-la nationalité .-le type et le numéro d'ordre du titre valant autorisation de travail</p> <p>2). soit, si le cocontractant est une entreprise de travail temporaire, le contrat de mise à disposition du salarié intérimaires, lorsque le contrat contient ces informations nominatives</p>	<p>à défaut, remise de la liste nominative visée en 1)</p>	<p>Obligation identique pour le cocontractant établi en France et le cocontractant établi à l'étranger</p>

Nota La remise de ce document s'ajoute à celle du document remis au donneur d'ordre professionnel au titre de la vigilance relative à la lutte contre le travail dissimulé (voir supra annexes 112-1, 112-2. et 112-3.)

ANNEXE 122.2 Emploi d'un salarié étranger sans titre de travail Solidarité financière directe du donneur d'ordre

Solidarité financière et vigilance à l'égard de l'entreprise française ou étrangère cocontractante (articles D.8254-2, D.8254-3, D.8254-4 et D.8254-5 du code du travail)

Particulier donneur d'ordre, pour son usage personnel ou familial

- Vérifications préventives à effectuer par ce particulier donneur d'ordre pour tout contrat d'un montant **égal ou supérieur à 5 000 euros HT**

.- Vérifications préventives à effectuer avant le début d'exécution du contrat

Document à se faire remettre par le cocontractant	Commentaire	Particulier donneur d'ordre pour son usage personnel ou familial
<p>1) soit, la liste nominative des salariés étrangers affectés à la réalisation du contrat commercial, comportant pour chaque salarié les mentions suivantes : .-la date d'embauche, .-la nationalité .-le type et le numéro d'ordre du titre valant autorisation de travail</p> <p>2). soit, si le cocontractant est une entreprise de travail temporaire, le contrat de mise à disposition du salarié intérimaires, lorsque le contrat contient ces informations nominatives</p>	<p>à défaut, remise de la liste nominative visée en 1)</p>	<p>Obligation identique pour le cocontractant établi en France et le cocontractant établi à l'étranger</p> <p>La remise du document s'effectue avant le début d'exécution du contrat ; elle n'est pas renouvelée tous les six mois</p>

Nota La remise de ce document s'ajoute à celle du document remis au particulier donneur d'ordre au titre de la vigilance relative à la lutte contre le travail dissimulé (voir supra annexe 112-4.).

ANNEXE 123. Emploi d'un salarié étranger sans titre de travail Solidarité financière du maître d'ouvrage (MO), du donneur d'ordre (DO) et du cocontractant du donneur d'ordre

Sur signalement d'un agent de contrôle habilité

Article L.8254-2-1 du code du travail

Cette procédure s'applique à tout donneur d'ordre (DO), privé ou public, professionnel ou particulier (sans réserve), ainsi qu'à tout cocontractant du DO

Quel que soit le montant du contrat.

Actes de procédure	Commentaire
1) Un agent de contrôle habilité constate l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail dans la chaîne de sous-traitance du DO	Employeur établi en France ou à l'étranger Les constats et les actes de procédures peuvent être également accomplis par un IRP ou une OP ou une OS Le DO peut être le MO
2) Il informe par écrit le DO que son cocontractant ou un sous-traitant quelconque emploie ce salarié étranger sans titre de travail	Pas de délai fixé par la loi entre la date du constat et la date de l'écrit
3) Le DO enjoint aussitôt à son entreprise cocontractante de faire cesser cet emploi illégal	Pas de précision sur le formalisme de l'injonction écrite. Par précaution, lettre recommandée avec accusé de réception ?
4) L'entreprise cocontractante, si elle n'est pas l'employeur du salarié étranger, enjoint à l'employeur sous-traitant du salarié étranger de faire cesser cet emploi illégal.	
5) Second constat de l'agent de contrôle pour vérifier si le DO et son cocontractant ont obtenu la cessation de l'emploi illégal du salarié étranger	L'agent de contrôle apprécie librement la date du second constat
6) A défaut, le DO et son cocontractant relèvent de plein droit de la solidarité financière	Obligation de résultat de faire cesser l'emploi du salarié étranger sans titre de travail
7) Si non cessation de l'emploi du salarié étranger sans titre de travail, transmission par l'agent de contrôle de ses actes et de ses constats à l'OFII et au(x) salarié(s) victime(s)	

Cette procédure se combine avec toutes les procédures relatives à la solidarité financière pour travail dissimulé (voir supra annexes travail dissimulé).

Nota Lorsque l'agent de contrôle constate à l'étape 5) que l'emploi du salarié étranger sans titre de travail n'a pas cessé, il peut relever contre le DO et le cocontractant l'infraction de recours, par personne interposée, à un employeur d'un salarié étranger sans titre de travail.

2. Vigilance et solidarité financière relatives au dumping social

21. Salaire minimal légal ou conventionnel non respecté ou impayé

22. Hébergement collectif indigne des salariés

2. Vigilance et solidarité financière relatives au dumping social

21. Salaire minimal légal ou conventionnel non respecté ou impayé⁴⁶⁸

211. Article L.1262-4-3 du code du travail *entreprise étrangère (loi Macron)*

212. Article L.3245-2 du code du travail *entreprise établie en France (loi Savary)*

⁴⁶⁸ Le mécanisme de vigilance prévu par l'article L.8281-1 du code du travail n'est pas décrit en annexe car il n'ouvre aucun droit civil aux victimes du dumping social.

**ANNEXE 211.1. Entreprise étrangère Salaire minimal non respecté ou salaire impayé
Maître d'ouvrage (MO) et donneur d'ordre (DO)**

Périmètre et bénéficiaires de la solidarité financière

Articles L.1262-4-3, R.1263-15 et suivants du code du travail (loi Macron)

Sommes couvertes	Créanciers bénéficiaires
Salaire inférieur au SMIC ou au minimum conventionnel (étendu ou non)	Salarié détaché, dissimulé ou non Une organisation syndicale peut se substituer au salarié détaché et saisir d'initiative le conseil de prud'hommes, si le salarié, informé, ne s'y est pas opposé
Rappel de salaires (uniquement sur la base de ces deux montants ?) : .- heures normales non payées .- heures supplémentaires non payées	Salarié détaché, dissimulé ou non Une organisation syndicale peut se substituer au salarié détaché et saisir d'initiative le conseil de prud'hommes, si le salarié, informé, ne s'y est pas opposé
Indemnités Indemnités visées par l'alinéa 2 de l'article L.1262-4-3, mais non visées par l'alinéa 1 ^{er} de cet article (problème de cohérence rédactionnelle ?)	Salarié détaché, dissimulé ou non Quelles indemnités? Une organisation syndicale peut se substituer au salarié détaché et saisir d'initiative le conseil de prud'hommes, si le salarié, informé, ne s'y est pas opposé
Charges dues (aux organismes de protection sociale): .- cotisations et contributions sociales : oui .- pénalités ? .- majorations ?	Régime de base : Urssaf, MSA, CGSS, Enim... Caisse de retraite complémentaire Pôle Emploi

ANNEXE 211-2 Entreprise étrangère Salaire minimal non respecté ou salaire impayé Maître d'ouvrage (MO) et donneur d'ordre (DO)

Articles L.1262-4-3, R.1263-15 et suivants du code du travail (loi Macron)

Cette procédure ne s'applique qu'à l'entreprise étrangère qui détache un ou plusieurs salariés en France

Elle vise tout maître d'ouvrage (MO) et tout donneur d'ordre (DO), y compris le particulier assimilé à un professionnel (hors usage personnel ou familial)

Quel que soit le montant du contrat

Actes de procédure	Commentaire
1) Un agent de contrôle habilité (L.8271-1-2 du code du travail) constate le non paiement partiel ou total du SMIC ou du minimum conventionnel dû à un salarié détaché par l'entreprise étrangère cocontractante du MO ou du DO, ou par une autre entreprise étrangère de la chaîne de sous-traitance	Uniquement employeur établi à l'étranger Inclu a priori le non paiement des heures supplémentaire Nécessite de voir préalablement le bulletin de paie
2) Il informe par écrit le MO ou le DO que cette entreprise étrangère, cocontractante ou non, ne respecte pas ce paiement légal ou conventionnel	Pas de délai fixé par la loi entre la date du constat et la date de l'écrit L'agent de contrôle peut écrire à la fois au MO et au DO
3) Le MO ou le DO enjoint aussitôt : .- à l'entreprise étrangère défaillante, cocontractante ou non, .- au donneur d'ordre de cette entreprise étrangère de faire cesser cette situation	Par précaution, lettre recommandée avec accusé de réception Faire cesser la situation ne signifie pas régulariser le passé et effectuer des rappels de salaire
4) L'entreprise étrangère dispose d'un délai de 7 jours pour régulariser la situation	Régularisation pour l'avenir (et rappel de salaire pour le passé ?) Expression ambiguë.
5) L'entreprise étrangère, ou le DO de celui-ci, informe dans ce délai le MO de la régularisation	
6) Le MO ou le DO transmet aussitôt cette information à l'agent de contrôle, ou au plus tard à l'expiration du délai de 7 jours	
7) Si l'entreprise étrangère ne régularise pas dans le délai, le MO ou le DO doit dénoncer le contrat de prestation de services	Pas de délai pour dénoncer le contrat de prestation de services Quel contrat de prestation de services est à dénoncer si le MO et le DO n'ont pas cocontracté avec l'entreprise étrangère défaillante ?
8) A défaut de régularisation et de dénonciation du contrat de prestation de services, le MO ou le DO relève de plein droit de la solidarité financière.	Obligation de résultat Mais pour payer quels rappels de salaires et d'indemnités et les cotisations dues sur ces rappels de salaire. Et sur quelle période ? <i>A contrario</i> , sont exclus les salariés détachés hors contrat de prestation de services : mobilité intragroupe et pour compte propre Comment le salarié détaché peut bénéficier de cette solidarité financière puisqu'il n'est destinataire d'aucune information ou document de la part de l'agent de contrôle ?

Cette solidarité et cette procédure peuvent se combiner avec le mécanisme décrit aux annexes 212.1. et 212.2. Infra.

ANNEXE 212.1. Entreprise établie en France Salaire minimal non respecté ou salaire impayé Maître d'ouvrage (MO) et donneur d'ordre (DO)

Périmètre et bénéficiaires de la solidarité financière

Articles L.3245-2, R.3245-1 et suivants du code du travail (loi Savary)

Sommes couvertes	Créanciers bénéficiaires
Salaire inférieur au SMIC ou au minimum conventionnel (étendu ou non)	<p>Tout salarié, dissimulé ou non</p> <p>Une organisation syndicale peut se substituer au salarié et saisir d'initiative le conseil de prud'hommes, si le salarié, informé, ne s'y est pas opposé</p>
<p>Rappel de salaires (uniquement sur la base de ces deux montants ?) :</p> <ul style="list-style-type: none"> .- heures normales non payées .- heures supplémentaires non payées 	<p>Tout salarié, dissimulé ou non,</p> <p>Une organisation syndicale peut se substituer au salarié et saisir d'initiative le conseil de prud'hommes, si le salarié, informé, ne s'y est pas opposé</p>
<p>Indemnités</p> <p>Indemnités visées par l'alinéa 2 de l'article L.1262-4-3, mais non visées par l'alinéa 1^{er} de cet article (problème de cohérence rédactionnelle ?)</p>	<p>Tout salarié, dissimulé ou non,</p> <p>Quelles indemnités?</p> <p>Une organisation syndicale peut se substituer au salarié et saisir d'initiative le conseil de prud'hommes, si le salarié, informé, ne s'y est pas opposé</p>
<p>Charges dues (aux organismes de protection sociale ?):</p> <ul style="list-style-type: none"> .- cotisations et contributions sociales ? .- pénalités ? .- majorations ? 	<p>Régime de base : Urssaf, MSA, CGSS, Enim...</p> <p>Caisse de retraite complémentaire</p> <p>Pôle Emploi</p>

ANNEXE 212-2. Entreprise établie en France Salaire minimal non respecté ou salaire impayé Maître d'ouvrage (MO) et donneur d'ordre (DO)

Articles L.3245-2, R.3245-1 et suivants du code du travail (loi Savary)

Cette procédure s'applique à l'entreprise établie en France

Elle vise tout maître d'ouvrage (MO) et tout donneur d'ordre (DO), y compris le particulier assimilé à un professionnel (hors usage personnel ou familial)

Quel que soit le montant du contrat.

Actes de procédure	Commentaire
1) Un agent de contrôle habilité (L.8271-1-2 du code du travail) constate le non paiement partiel ou total du SMIC ou du minimum conventionnel dû à un salarié d'une entreprise cocontractante du MO ou du DO, ou d'une autre entreprise de la chaîne de sous-traitance	Entreprise établie en France Inclu a priori le non paiement des heures supplémentaire Nécessite de voir préalablement le bulletin de paie
2) Il informe par écrit le MO ou le DO que cette entreprise, cocontractante ou non, ne respecte pas ce paiement légal ou conventionnel	Pas de délai fixé par la loi entre la date du constat et la date de l'écrit L'agent de contrôle peut écrire à la fois au MO et au DO
3) Le MO ou le DO enjoint aussitôt à l'entreprise défaillante, cocontractante ou non, de faire cesser cette situation	Par précaution, lettre recommandée avec accusé de réception Faire cesser la situation ne signifie pas régulariser le passé et effectuer des rappels de salaire
4) L'entreprise défaillante informe dans un délai de 7 jours le MO ou le DO des mesures prises pour régulariser la situation	Régulariser la situation ne signifie pas régulariser le passé et effectuer des rappels de salaire Simple information ; pas de transmission de documents justificatifs. Donc pas de transmission de bulletin de salaire
5) Le MO ou le DO transmet aussitôt une copie de cette information à l'agent de contrôle	
6) A défaut de réponse de l'entreprise défaillante dans le délai de 7 jours, le MO ou le DO en informe également aussitôt l'agent de contrôle	
7) Si le MO ou le DO ne respecte pas les étapes 3, 5 et 6 , il relève de plein droit de la solidarité financière	Simple obligation de moyen pour s'exonérer de la solidarité financière
8) L'agent de contrôle informe le salarié qu'il peut saisir le conseil de prud'hommes.	Le salarié ne reçoit de la part de l'agent de contrôle aucun document rédigé ou établi en application de cette procédure

Cette solidarité et cette procédure peuvent se combiner avec le mécanisme décrit aux annexes 211.1 et 211.2. supra.

2. Vigilance et solidarité financière relatives au **dumping social**

22. Hébergement collectif indigne des salariés

ANNEXE 221. Hébergement collectif indigne des salariés Maître d'ouvrage (MO) et donneur d'ordre (DO)

Périmètre de l'obligation de vigilance et de la prise en charge

Articles L.4231-1, R.4231-1 et suivants du code du travail (loi Savary)

Périmètre	Commentaire
Hébergement de salariés	<p>Périmètre plus large que la loi du 27 juin 1973 sur l'hébergement collectif</p> <p>Dans le cadre de leur activité professionnelle</p> <p>Y compris des membres de la famille de l'hébergeur</p> <p>Quelle que soit la nationalité des salariés, détachés ou non</p>
Hébergement collectif	<p>Plus d'un salarié sur le même lieu, le même local ou le même site</p> <p>Pas nécessairement plusieurs occupants dans la même chambre ou la même pièce</p>
Hébergement hôtelier ou en gîte visé par la l'article L.4231-1 du code du travail qui ne renvoie pas à la loi du 27 juin 1973	Notamment si sur occupation d'une chambre d'hôtel ou d'un gîte ou d'un mobil home
Hébergement assuré par quiconque	Employeur, donneur d'ordre ou un tiers
Hébergement pouvant avoir fait l'objet d'une déclaration en préfecture et à l'inspection du travail	Distinction entre hébergement déclaré et/ou hébergement indigne et insalubre

ANNEXE 222. Hébergement collectif des salariés Maître d'ouvrage (MO) et donneur d'ordre (DO)

Procédure

Articles L.4231-1, R.4231-1 et suivants du code du travail (loi Savary)

Cette procédure s'applique quelque soit l'hébergeur des salariés

Elle vise tout maître d'ouvrage (MO) et tout donneur d'ordre (DO), y compris le particulier assimilé à un professionnel (hors usage personnel ou familial)

Actes de procédure	Commentaire
1) Un agent de contrôle habilité (L.8271-1-2 du code du travail) constate un hébergement collectif de salariés indigne au sens de l'article 225-14 du code pénal	Quels que soient l'hébergeur et la nationalité des salariés La verbalisation n'est pas nécessaire puisque plusieurs agents habilités n'ont pas la capacité à verbaliser ce non respect de la loi
2) les salariés sont employés par une entreprise qui intervient nécessairement, directement ou en sous-traitance directe ou indirecte, pour un DO ou un MO	L'entreprise est établie en France ou à l'étranger Elle n'est pas nécessairement l'hébergeur de ses salariés
3) L'agent de contrôle informe par écrit le MO ou le DO que les salariés de cette entreprise, cocontractante ou non, sont hébergés dans des conditions indignes	Pas de délai fixé par la loi entre la date du constat et la date de l'écrit L'agent de contrôle peut écrire à la fois au MO et au DO Par précaution, lettre recommandée avec accusé de réception
4) Le MO ou le DO enjoint aussitôt par écrit à l'entreprise de faire cesser sans délai la situation	Obligation de résultat
5) L'entreprise informe dans un délai de 24h le MO ou le DO des mesures prises pour faire cesser la situation	Obligation de résultat Simple information ; pas de transmission de documents justificatifs
5) Le MO ou le DO transmet aussitôt cette réponse à l'agent de contrôle	
6) A défaut de réponse de l'entreprise défaillante dans le délai de 24h, le MO ou le DO en informe également l'agent de contrôle dès la fin de ce délai	
7) A défaut de cessation de l'hébergement indigne au plus tard sous 24h, le MO ou le DO est tenu de prendre en charge sans délai l'hébergement des salariés, dans les conditions de salubrité et de sécurité conforme au code du travail	Obligation de résultat
8) A défaut de prise en charge par le MO ou le DO, quid de leur mise en cause pénale pour hébergement indigne ? Quel texte d'incrimination ?	L'article 225-14 du code pénal leur est-il applicable d'office ? L'hébergeur défaillant reste passible de l'article L.225-14 du code pénal

**PROPOSITIONS POUR AMELIORER LA
VALORISATION DES DROITS DES VICTIMES**

Propositions pour améliorer la valorisation des droits des victimes du travail illégal et du dumping social

Il s'agit de propositions minimalistes, mais essentielles, pour améliorer sensiblement la mise en œuvre effective des droits des victimes du travail illégal et du dumping social.

.A) Propositions relatives aux droits des salariés

.1). Requalifier en délit le non respect du Smic ou des rémunérations minimales conventionnelles étendues

Le non respect du Smic ou des rémunérations minimales conventionnelles étendues dû au salarié est constitutif d'une simple contravention de 5^e classe ou de 4^e classe, alors que le non respect de ces niveaux de rémunération est assurément un des facteurs déterminants du dumping social, du fait d'entreprises françaises ou d'entreprises établies à l'étranger qui détachent des salariés en France.

Dans la mesure où le législateur et les pouvoirs publics considèrent, à juste titre, que la lutte contre le dumping social et la concurrence sociale déloyale sont un enjeu prioritaire de politique publique, le niveau contraventionnel de la sanction du non respect du Smic ou des minima conventionnels n'est pas suffisant, dissuasif et cohérent. Ce niveau ne correspond pas à la gravité de ce manquement.

Par ailleurs, la requalification de ces manquements en délit sera plus appropriée pour lutter contre l'esclavage moderne et les abus de vulnérabilité.

Le non respect du Smic ou des rémunérations minimales conventionnelles étendues mérite de faire l'objet d'une sanction plus dissuasive, correspondant à celle de la commission d'un délit.

La requalification en délit aura nécessairement un effet dissuasif auprès des employeurs et un effet bénéfique pour les salariés victimes de ces pratiques.

La sanction de ce nouveau délit correspondrait à celle prévue pour sanctionner le travail dissimulé.

.2). Créer une responsabilité pénale du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage qui recourent en toute connaissance de cause à une entreprise qui ne respecte pas le Smic ou les rémunérations minimales conventionnelles étendues

Le non respect du Smic ou des rémunérations minimales conventionnelles étendues de rémunération constitue assurément un des facteurs déterminants du dumping social, du fait

d'entreprises françaises ou d'entreprises établies à l'étranger qui détachent des salariés en France.

Le donneur d'ordre, en recours direct, ou le maître d'ouvrage, en recours indirect, qui fait appel à l'une de ces entreprises, peut arguer légitimement de sa bonne foi et déclarer ignorer que cette entreprise verse à ses salariés des rémunérations inférieures au Smic ou aux minima conventionnels étendus.

Cette déclaration n'est plus recevable dès lors que cette information est portée officiellement à la connaissance du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage par les services de l'Etat ou par les services de recouvrement et qu'il continue de bénéficier des prestations de l'entreprise défaillante. Dans cette hypothèse, sa responsabilité pénale peut être légitimement engagée, pour pratiquer du dumping social et recourir à une entreprise qui s'affranchit du Smic ou des minima conventionnels étendus.

A cet effet, le code du travail doit être complété pour sanctionner le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui, dûment informé, recourt directement ou indirectement à une entreprise qui ne respecte pas le Smic ou les minima conventionnels étendus.

A l'identique de ce que prévoit le code du travail en matière de lutte contre le travail dissimulé, cette responsabilité pénale s'ajoute à la solidarité financière mentionnée à l'article L.3245-2 du code du travail.

.3). Transformer en obligation de résultat la vigilance du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage qui recourent en toute connaissance de cause à une entreprise qui ne respecte pas le Smic ou les rémunérations minimales conventionnelles étendues

L'article L.3245-2 du code du travail, issu de la loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale, a créé un mécanisme de solidarité financière civile à l'égard du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage qui recourent à une entreprise établie en France ou à l'étranger qui ne respecte pas le Smic ou les rémunérations minimales conventionnelles étendues. Ce mécanisme est censé bénéficier aux salariés victimes de ce dumping social.

Séduisante dans son principe, cette disposition est d'une portée et d'un intérêt particulièrement limités, car elle fait peser sur le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage une simple obligation de moyen. Le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage peuvent en effet se dégager de cette solidarité financière par l'envoi d'une lettre à l'entreprise défaillante, lui demandant de respecter la loi. L'entreprise défaillante n'est pas tenue de procéder aux rappels de rémunération due aux salariés lésés.

Pour donner une réelle consistance et une portée effective à l'article L.3245-2 du code du travail, l'obligation de moyen (envoi d'une lettre à l'entreprise défaillante) pesant sur le

donneur d'ordre et le maître d'ouvrage doit être transformée en obligation de résultat, c'est-à-dire obtenir le versement effectif des rappels de rémunération par l'entreprise étrangère.

La transformation de l'obligation de moyen en obligation de résultat s'effectue par une modification de l'alinéa 4 de l'article L.3245-2 du code du travail.

.4). Lever le secret professionnel en faveur du salarié victime du travail illégal ou du dumping social

Depuis 1991, des lois successives ont mis en place des mécanismes qui permettent au salarié de s'adresser au donneur d'ordre de son employeur, voire au maître d'ouvrage, pour lui demander de lui payer, sous certaines conditions, les sommes qui lui sont dues par cet employeur.

Ces dispositifs ont vocation à s'appliquer au salarié dissimulé, au salarié étranger employé sans titre de travail et au salarié détaché.

Ces dispositifs sont restés lettre morte, malgré leur pertinence et leur grand intérêt.

En effet, lorsque les conditions fixées par le code du travail sont objectivement réunies pour utiliser ces mécanismes et s'adresser au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage, le salarié n'en a jamais connaissance, car elles relèvent soit de la confidentialité des relations commerciales entre l'employeur et le donneur d'ordre, soit elles sont couvertes par le secret professionnel auquel est astreint l'agent de contrôle qui les a constatées.

La loi doit être complétée pour permettre au salarié d'obtenir de la part de l'agent de contrôle les informations et les documents nécessaires à la mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage. De surcroît, les sommes récupérées par le salarié auprès du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage seront soumises à cotisation sociale.

.5). Rendre effectif les droits sociaux du salarié étranger employé sans titre de travail

La (très) forte médiatisation des fraudes au détachement des salariés sur le territoire français a presque fait oublier l'emploi d'autres salariés à bas coût, que sont les salariés étrangers sans titre de travail. En transposition de la directive du 18 juin 2009, il a été introduit dans le code du travail par la loi du 16 juin 2011⁴⁶⁹ un article L.8252-4 destiné à garantir le paiement des sommes dues à ces salariés victimes du travail illégal.

La rédaction très restrictive de l'article L.8252-4 du code du travail a privé cette disposition de tout effet utile. En 2012, un seul salarié étranger a bénéficié du paiement de son salaire,

⁴⁶⁹ Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011.

en application de cet article du code du travail, en 2013, aucun et un seul en 2014⁴⁷⁰. Les cotisations sociales susceptibles d'être récupérées dans le cadre de l'application de l'article L.8252-4 du code du travail sont du même ordre de grandeur, c'est-à-dire insignifiantes et dérisoires.

L'article L.8252-4 du code du travail doit faire l'objet d'une nouvelle rédaction pour rendre effective la transposition de la directive du 18 juin 2009 et obtenir, par voie de conséquence, le paiement effectif des sommes dues au salarié étranger employé sans titre de travail, ainsi que le paiement des cotisations sociales éludées lors de l'emploi illégal de cette catégorie de salariés.

.6). Etendre la saisine d'initiative judiciaire des organisations syndicales

Le code du travail contient trois dispositions permettant aux organisations syndicales de saisir d'initiative le conseil des prud'hommes pour faire valoir les droits du salarié dissimulé, du salarié étranger employé sans titre de travail et du salarié détaché.

Cette compétence reconnue aux organisations syndicales justifie d'être étendue à la saisine du TASS pour les affaires relatives aux accidents du travail et aux maladies professionnelles dont sont victimes ces salariés. Il s'agit de la même logique de valorisation des droits sociaux de salariés vulnérables ou à statut précaire.

.7). Supprimer l'obligation d'établir un procès verbal pour mettre en œuvre la solidarité financière du donneur d'ordre dans les affaires de travail dissimulé

Lors du vote de la loi du 31 décembre 1991 qui a créé la solidarité financière, le législateur avait fait le choix judicieux et justifié de mettre en cause le donneur d'ordre par deux procédures relevant de deux régimes juridiques différents et autonomes : d'une part la procédure pénale pour recours, initiée par un procès verbal d'un agent de contrôle habilité et aux mains du procureur de la République, et d'autre part la solidarité financière fondée sur un manque de vigilance, dissociée du pénal, et aux mains et à la discrétion des seuls créanciers, sans dépendance de l'action de l'agent de contrôle habilité.

Dans cette logique, le créancier, notamment le salarié dissimulé, pouvait agir librement contre le donneur d'ordre, sans être lié et contraint par l'engagement préalable d'une action pénale, dès lors que les conditions de la solidarité financière prévues par la loi du 31 décembre 1991 étaient réunies.

⁴⁷⁰Pour mémoire, on estime entre 250 000 et 400 000 le nombre de salariés étrangers employés sans titre de travail.

L'article 71 de la loi du 13 août 2004 a modifié de façon radicale cette logique, en interdisant toute action des créanciers tant qu'un procès verbal d'un agent de contrôle n'est pas établi. On ignore la motivation de ce revirement, alors que ce mécanisme civil fonctionnait avec satisfaction et sans contestation juridique. Rien ne justifie en droit la nécessité d'un procès verbal pour mettre en œuvre une procédure civile de recouvrement de cotisations sociales.

Outre la confusion juridique créée par cette modification législative, l'exigence d'un procès verbal paralyse depuis 2004 l'action du salarié dissimulé, qui ne peut plus agir au civil pour la défense de leurs intérêts tant qu'un contrôle des services de l'Etat n'a pas été effectué et qu'il a donné lieu à l'établissement d'un procès verbal. L'action du salarié dissimulé contre le donneur d'ordre dans le cadre de la solidarité financière est de fait totalement neutralisée, puisqu'il ne peut plus agir d'initiative contre ce donneur d'ordre, contrairement à ce que permettait la loi entre 1991 et 2004.

La mise en œuvre de la solidarité financière par le salarié dissimulé doit rester une procédure purement civile, et non pas une procédure hybride, et sans doute exorbitante du droit commun, conditionnée par un acte préalable d'un agent de contrôle de l'Etat. Il est nécessaire de revenir à l'esprit et à la lettre de la loi du 31 décembre 1991 et supprimer, dans le code du travail, la condition de l'existence préalable d'un procès verbal relevant les infractions de travail dissimulé et de recours à travail dissimulé. Cette condition n'existe pas pour la mise en œuvre de la solidarité financière du donneur d'ordre lors de l'emploi d'un salarié étranger dépourvu de titre de travail, qui est restée calée sur l'architecture originelle de la loi du 31 décembre 1991.

.8). Compléter les mentions du bulletin de paie remis au salarié détaché

L'article R.1263-1 II du code du travail énumère les mentions que comporte le bulletin de paie remis au salarié détaché. Ces mentions sont insuffisantes pour s'assurer du respect du code du travail par l'entreprise étrangère, en particulier en matière de niveau de rémunération effectivement versée. Doivent être ajoutés les mentions relatives au montant et à la nature des accessoires de salaire (primes et indemnités de toute nature), ainsi que le montant et la nature des diverses retenues (cotisations sociales, remboursement ou autres prélèvements). Ces ajouts permettraient d'avoir un bulletin de salaire plus précis et plus proche de celui prévu pour les autres salariés, ce qui était le cas avant le décret du 11 décembre 2007 qui a dégradé le contenu du bulletin de paie remis au salarié détaché.

.9). Restaurer l'incrimination pénale pour le défaut de déclaration d'un accident du travail survenu à un salarié détaché et reformuler la rédaction de l'article L.1262-4-4 du code du travail

La loi Travail, en introduisant l'article L.1262-4-4 dans le code du travail, a apporté plusieurs modifications substantielles au cadre juridique qui régissait depuis le décret du 11 juillet 1994 la déclaration d'accident du travail survenu à un salarié détaché.

Ces modifications ont pour effet de réduire le niveau de protection sociale du salarié détaché victime d'un accident du travail, ou de ses ayants droit. En effet,

.-l'article L.1262-4-4 supprime toute déclaration de l'accident du travail à la sécurité sociale, puisque la déclaration est désormais adressée uniquement à l'inspection du travail, y compris lorsque le salarié détaché est assujéti à la sécurité sociale française, c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas en possession d'un certificat de détachement, contrairement à ce que prévoyait le décret du 11 juillet 1994. La sécurité sociale, pas informée de la survenance de cet accident, ne pourra pas prendre en charge le salarié détaché, sauf à être prévenu par la victime, ou ses ayants droits, ce qui est contraire aux règles qui régissent la protection sociale des accidentés du travail. Ne plus déclarer à la sécurité sociale l'accident du travail d'un salarié assujéti n'est pas compréhensible.

.-l'article L.1262-4-4 dépénalise le défaut de déclaration d'accident, pour l'assortir d'une amende administrative, ce qui entraîne plusieurs conséquences.

- ⇒ la dépénalisation du défaut de déclaration d'accident du travail ne permet plus au salarié détaché de porter plainte auprès du procureur de la République ; celui-ci ne peut plus diligenter une enquête et engager des poursuites. Les services de gendarmerie et de police ne sont plus compétents. Cette différence de traitement juridique du défaut de déclaration d'accident du travail pour une catégorie de salariés assujéti ne se justifie par aucun élément objectif.
- ⇒ l'absence de procès pénal empêche le salarié détaché d'avoir accès au dossier et à la procédure ; il ne peut plus se constituer partie civile et éclairer le juge sur les circonstances de son accident .Il n'y aura plus de débat contradictoire qui, au-delà de la seule absence de déclaration d'accident du travail, permettrait de caractériser d'autres manquements à la loi.
- ⇒ la reconnaissance de la faute inexcusable de son employeur devient difficile pour le salarié détaché, car souvent cette reconnaissance s'appuie sur le procès pénal et les éléments produits et débattus à cette occasion.
- ⇒ le salarié détaché n'aura pas accès au dossier d'enquête administrative, qui ne sera pas rendu public et qui sera couvert par le secret professionnel de l'inspection du travail, du Direccte et du Dieccte. Il ne pourra pas en faire état devant le TASS dans le cadre d'une procédure en reconnaissance de faute inexcusable.

.- l'article L.1262-4-4 ne prévoit pas de sanction administrative contre l'entreprise étrangère qui ne procède pas à la déclaration d'accident du travail (lorsque le salarié victime est détaché dans le cadre d'une prestation pour compte propre); seule une sanction est prévue contre le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage.

.- la nature de la sanction pour défaut de déclaration de d'accident du travail n'est pas la même selon la qualité de la victime. S'il s'agit d'un salarié en emploi direct par une entreprise française, la sanction est pénale ; s'il s'agit d'un salarié détaché, la sanction est administrative. Rien ne justifie cette différence de traitement, d'autant que la sanction administrative est 2,5 fois plus lourde que la sanction pénale.

.- l'article L.1262-4-4 ne précise pas comment et dans quel délai le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage, qui fait la déclaration d'accident du travail à la place de l'employeur, est informé par celui-ci de la survenance de cet accident.

En outre, l'article L.1262-4-4 contient des malfaçons rédactionnelles à rectifier :

.- le texte assimile et confond les qualités de donneur d'ordre et de maître d'ouvrage qui sont deux entités juridiques différentes.

.- les qualités de donneur d'ordre et de maître d'ouvrage n'existent juridiquement pas lorsque le salarié est détaché dans le cadre d'une mobilité intragroupe ou d'une prestation pour compte propre ; qui procède alors à la déclaration d'accident du travail ?

L'article L.1262-4-4 du code du travail doit être modifié sur l'ensemble de ces points, notamment pour restaurer la sanction pénale et la déclaration de l'accident du travail à la sécurité sociale lorsque le salarié détaché est assujetti, dans l'intérêt de celui-ci.

.10). Permettre à l'inspection du travail de suspendre temporairement l'activité d'une entreprise étrangère qui pratique du dumping social

La loi Macron n° 2015-990 du 6 août 2015, complété par la loi Travail n° 2016-1088 du 8 août 2016, a introduit dans le code du travail des articles L.1263-3 et suivants qui autorisent la suspension temporaire de l'activité d'une entreprise étrangère qui ne respecte pas la législation en matière de SMIC, de minima de salaire conventionnels, de repos quotidien et hebdomadaire, de durée du travail et d'hébergement collectif à l'égard de ses salariés détachés.

Il s'agit dans son principe d'une très bonne mesure, mais qui est sensiblement vidée de sa substance et de son intérêt par les modalités de sa mise en œuvre ; son effet utile pour le salarié détaché est très limité.

La suspension d'activité n'est pas en effet à la main de l'inspection du travail, contrairement aux autres suspensions d'activité pour manquement à la loi mentionnées dans le code travail. Pourquoi ?

La suspension est prononcée par le Direccte ou le Dieccte, après une procédure administrative nécessairement longue et donc incompatible avec le caractère temporaire de l'intervention de l'entreprise étrangère.

Le droit du travail est d'application directe et immédiate. Il s'applique de plein droit. Pourquoi dès lors donner à l'entreprise étrangère un délai pour « régulariser » des manquements majeurs, avant de suspendre éventuellement son activité ? Ce délai de « régularisation » n'existe pas lorsqu'est constaté un risque de chute de hauteur ou d'ensevelissement ; il n'existe pas non plus pour les entreprises françaises qui ne respectent pas, par exemple, le Smic.

Ce délai aurait pour objet de permettre à l'entreprise étrangère de « régulariser » la situation. Or, on ne peut pas régulariser le non respect des repos ou des durées maximales de travail⁴⁷¹. L'infraction est consommée. On peut simplement demander de respecter à l'avenir le code du travail. Pourquoi alors donner un délai pour respecter à l'avenir le code du travail qui s'applique de plein droit ?

La suspension d'activité ne concerne pas les entreprises françaises qui commettent les mêmes manquements, ce qui fragilise juridiquement la mesure qui peut être analysée comme une entrave à la libre prestation de services des entreprises étrangères.

Le délai accordé à l'entreprise étrangère pour « régulariser » l'application du code du travail pénalise objectivement la valorisation des droits du salarié détaché qui est en droit d'attendre le respect de la loi sans délai.

Pour donner un effet réellement utile à la suspension d'activité, il faut confier la mesure à l'inspection du travail puisqu'il s'agit du non respect du code du travail. La suspension d'activité doit être prononcée dès le constat, sans accorder de délai à l'entreprise, ainsi qu'il en est pour le risque de chute de hauteur ou d'ensevelissement. En outre, la suspension d'activité doit être étendue au non respect du repos dominical, à la dissimulation d'emploi salarié et à l'emploi de salarié sans titre de travail. Elle doit s'appliquer, sans discrimination, à toutes les entreprises sur le territoire français et notamment aux entreprises françaises qui commettent les mêmes manquements à la loi.

Il doit être interdit au maître d'ouvrage ou au donneur d'ordre, dûment informé de la mesure de suspension, de recourir à une entreprise dont l'activité est suspendue.

⁴⁷¹ Pas plus qu'on ne peut « régulariser » un excès de vitesse commis sur la route.

Le non respect de la suspension d'activité, ou du recours à une entreprise en suspension d'activité, est assorti d'une pénalité administrative dissuasive prononcée par le Direccte ou le Dieccte.

Cette pénalité s'applique de plein droit ; elle n'est pas à la discrétion du Direccte ou du Dieccte.

.11). Créer une sanction pénale en cas de non respect par le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage de son obligation de prise en charge de l'hébergement collectif des salariés du sous-traitant

L'article 4 de la loi n°2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale, dite loi Savary, prévoit que le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre, lorsqu'il a été informé par un agent de contrôle, que les salariés de son sous-traitant sont logés dans des conditions indignes, doit prendre en charge l'hébergement de ces salariés dès lors que cette situation n'a pas été régularisée. Aucune sanction pénale n'est prévue si le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre n'assume pas cette prise en charge et que les salariés restent logés dans des conditions indignes.

Dès lors, il faut créer une sanction pénale explicite et spécifique, en cas de défaillance du maître d'ouvrage ou du donneur d'ordre dans cette prise en charge ; le quantum serait celui prévu par l'article 225-14 du code pénal qui réprime les conditions d'hébergement contraires à la dignité humaine.

.12). Réduire le délai de déclaration de l'ouverture d'un hébergement collectif

La loi Savary du 10 juillet 2014 et la loi Macron du 6 août 2015 ont montré leur intérêt pour mieux garantir aux salariés détachés des conditions d'hébergement décentes. La loi Macron rend désormais l'inspection du travail destinataire de la déclaration d'hébergement collectif, prévue par la loi du 27 juin 1973, lorsqu'il concerne des salariés.

L'article 2 du décret du 20 janvier 1975 d'application de la loi du 27 juin 1973 accorde à l'hébergeur un délai de trente jours pour procéder à cette déclaration. Ce délai trop long n'est pas adapté aux modalités de logement temporaire des salariés détachés qui résident pendant une courte période en France⁴⁷². Ce délai n'est pas non plus pertinent dès lors qu'un hébergement indigne de plusieurs salariés peut exister pendant trente jours, à l'insu des autorités administratives compétentes. L'article 2 du décret du 20 janvier 1975 n'est plus en phase avec la volonté du législateur, telle qu'elle résulte de la loi Savary et de la loi Macon, de mieux lutter contre les hébergements indignes de salariés.

⁴⁷² La même remarque vaut pour les salariés saisonniers qui sont hébergés.

Le délai de déclaration d'un hébergement collectif de salariés en préfecture et à l'inspection du travail doit être ramené à 48 heures.

.B) Propositions relatives aux droits des organismes de protection sociale

.1). Introduire dans le code de la sécurité sociale et le code rural une disposition rendant possible une action récursoire de la CPAM et de la caisse de MSA contre le donneur d'ordre qui recourt à l'employeur d'un salarié dissimulé ou d'un salarié étranger sans titre de travail, victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle

La rédaction actuelle du troisième alinéa de l'article L.471-1 du code de la sécurité sociale et de l'article L.751-37 du code rural doit être complétée pour élargir le périmètre de l'action récursoire de la caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) et de la caisse de MSA, afin de leur permettre de mettre en cause le donneur d'ordre qui a recouru à l'employeur d'un salarié dissimulé ou d'un salarié étranger sans titre de travail, victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

En l'état actuel de la législation, seul l'employeur peut être mis en cause par la caisse primaire d'assurance maladie et la caisse de MSA pour leur rembourser le montant des frais et dépenses exposés lors d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

L'intérêt de cette action récursoire est notamment de permettre à la CPAM et à la caisse de MSA de récupérer le coût de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle auprès d'un débiteur plus solvable.

L'action récursoire et l'obligation de rembourser seraient fondées sur le non respect par le donneur d'ordre des vérifications mentionnées à l'article L.8222-1 et à l'article L.8254-1 du code du travail.

.2). Dynamiser la procédure de flagrance sociale afin de la rendre effective

L'article 128 de la loi n° 2011-1906 du 21 décembre 2011 de financement de la sécurité sociale pour 2012 a créé la procédure de flagrance sociale en insérant l'article L.243-7-4 dans le code de la sécurité sociale.

L'article L.243-7-4 du code de la sécurité sociale prévoit que dès lors qu'un procès-verbal de travail illégal a été établi et que la situation et le comportement de l'entreprise ou de ses dirigeants mettent en péril le recouvrement des cotisations dissimulées, l'inspecteur du recouvrement peut dresser un procès-verbal de flagrance sociale comportant l'évaluation du montant des cotisations dissimulées.

Au vu du procès-verbal de travail illégal et du procès-verbal de flagrance sociale, le directeur de l'organisme de recouvrement peut solliciter du juge de l'exécution l'autorisation de

pratiquer sur les biens du débiteur l'une ou plusieurs mesures conservatoires mentionnées aux articles 74 à 79 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

Excellente mesure dans son principe pour garantir le paiement des cotisations sociales dues aux organismes de recouvrement; cette procédure est cependant très peu mise en œuvre; il n'existe d'ailleurs aucun bilan de cette mesure.

Les principales raisons de cette timidité administrative peu compréhensible, tant la mesure paraît pertinente, sont sans doute les suivantes :

.- une fragilité juridique originelle de la procédure car l'article L.243-7-4 du code de la sécurité sociale est mal rédigé ; l'infraction de travail illégal qui y est mentionnée n'existe pas. Il faut viser dans cet article l'infraction de travail dissimulé.

.- les Urssaf, les caisses de retraite complémentaire et Pôle Emploi n'ont reçu aucune instruction, aucun mode opératoire détaillé, aucune formation pour utiliser cette procédure, rédiger un procès verbal ad hoc et le faire tenir devant le juge,

.- les inspecteurs du recouvrement ne savent pas quels sont les biens dont disposent l'entreprise, personne morale ou personne physique, et ses dirigeants ; ils n'ont pas une connaissance exhaustive des comptes bancaires qui peuvent exister. Rien n'est dit ou prévu pour accéder à ces informations capitales.

.- faute de mention de cette procédure dans le code rural, la MSA n'est pas en capacité de mettre en œuvre la flagrance sociale.

Il convient de soutenir et de dynamiser l'application de cette disposition, peu effective à ce jour.

.3). Lever le secret professionnel entre l'OFII et les organismes de protection sociale et les caisses de congés payés

L'article L.8252-4 du code du travail habilite l'OFII à intervenir auprès de l'employeur d'un salarié étranger employé sans titre de travail et auprès de son donneur d'ordre pour assurer le paiement des rémunérations dues à ce salarié. Cependant le mécanisme de garantie institué par l'article L.8252-4 du code du travail ne s'étend pas au paiement des cotisations et contributions sociales dont le recouvrement n'est pas envisagé et assuré dans ce cadre.

La loi doit être modifiée afin que l'OFII puisse informer en toute sécurité juridique les organismes de protection sociale et les caisses de congés payés du versement des sommes effectué dans le cadre de cette disposition du code du travail.

.4). Procéder à l'extension de la solidarité financière du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage au non paiement des cotisations sociales, hors situation de travail dissimulé

La solidarité financière, créée par la loi du 31 décembre 1991⁴⁷³, permet notamment de réclamer au donneur d'ordre et au maître d'ouvrage le paiement des cotisations sociales éludées, dues par l'entreprise défaillante qui pratique du travail dissimulé, qu'elle soit établie en France ou à l'étranger.

La mise en œuvre de cette solidarité financière est conditionnée par la constatation d'une situation de travail dissimulé, telle qu'elle est définie et décrite par les articles L.8221-1 à L.8222.5 du code du travail.

S'agissant des cotisations sociales, le travail dissimulé est constitué, en application de ces dispositions du code du travail, lorsque l'entreprise n'a pas procédé à ses déclarations sociales auprès des organismes de protection sociale. Le défaut de paiement des cotisations sociales ne constitue donc pas en tant que tel et à lui seul du travail dissimulé (et ceci contrairement à une idée reçue et fortement répandue).

Cette distinction essentielle entre **le défaut de déclarations** sociales et **le défaut de paiement** des cotisations sociales résulte d'un choix historique délibéré et logique du législateur pour qui le travail dissimulé se caractérise par le fait générateur du défaut de transparence (absence de déclaration ou de mention ou de délivrance) et non par d'autres comportements frauduleux commis lors de l'exercice d'une activité professionnelle ou lors de l'emploi de salarié.

Ainsi, une entreprise qui procède aux déclarations sociales de l'ensemble de ses salariés et qui ne verse que la moitié des cotisations sociales afférent à l'emploi de ces salariés ne commet pas l'infraction de travail dissimulé. La mise en œuvre de la solidarité financière n'est donc pas possible dans cette hypothèse contre le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage, alors que la fraude à la loi est avérée par le non paiement des cotisations.

Pour étendre la solidarité financière à toutes les situations de non paiement frauduleux des cotisations sociales en lien avec l'emploi salarié, y compris lorsque les déclarations sociales ont été effectuées, une modification de l'article L.8222-2 du code du travail est nécessaire. Cette modification viserait les entreprises françaises et les entreprises étrangères.

.5). Supprimer l'obligation d'établir un procès verbal pour mettre en œuvre la solidarité financière en matière de travail dissimulé

Voir supra la proposition .A.6) relative à la mise en œuvre de la solidarité financière par le salarié dissimulé, en application de l'article L.8222-2 du code du travail.

⁴⁷³ Loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991: première grande loi structurante sur le travail illégal.

.c) Propositions relatives aux droits des caisses de congés payés et intempéries

.1). Etendre le périmètre de la solidarité financière au paiement des cotisations dues aux caisses de congés payés et intempéries

Les caisses de congés payés ne sont pas des organismes de protection sociale. Cependant, elles interviennent pour collecter des cotisations qui sont dues par les entreprises françaises ou étrangères, dans des secteurs très sensibles au travail dissimulé : le bâtiment, les travaux publics et les spectacles vivants et enregistrés.

Le taux de cotisation est de 21,42 % de la masse salariale pour les secteurs BTP et de 14,70% pour le secteur des spectacles. Les caisses du BTP perçoivent également les cotisations intempéries. Ces pourcentages de la masse salariale ne sont pas anodins.

Le fait pour les entreprises assujetties de ne pas payer les cotisations aux caisses de congés payés ne constitue pas juridiquement du travail dissimulé. Il s'agit cependant d'une pratique indiscutable de dumping social et de concurrence déloyale marqués.

S'agissant plus particulièrement des entreprises étrangères qui interviennent sur le territoire français, la rédaction des textes inscrits dans le code du travail, combinée à la jurisprudence de la Cour de cassation, a pour effet de rendre systématiquement obligatoire le paiement de ces cotisations en France par ces entreprises; les cas d'exonérations sont exceptionnels. Or ces cotisations sont très rarement versées et les actions en recouvrement engagées par les caisses de congés payés à l'encontre des entreprises étrangères sont marginales, d'autant que les caisses n'ont pas connaissance de l'intervention des entreprises étrangères sur le territoire français.

Depuis 1986, ce sont donc également des centaines de millions d'euros qui n'ont pas été versés aux caisses de congés payés par les entreprises étrangères qui interviennent sur le territoire français⁴⁷⁴. Et ce n'est pas la création de la carte d'identification professionnelle dans le BTP qui permettra de récupérer les cotisations dont le paiement est quasi systématiquement éludé par ces entreprises.

Pour obtenir un meilleur recouvrement des cotisations dues aux caisses de congés payés par les entreprises françaises ou étrangères, le bénéfice d'un mécanisme spécifique de solidarité financière, hors travail dissimulé, doit être accordé à ces organismes, ce qui leur permettra de récupérer les cotisations auprès du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage.

En effet, faute d'avoir la qualité d'organisme de protection sociale, les caisses de congés payés sont actuellement privées du mécanisme de la solidarité financière.

⁴⁷⁴ Il serait instructif de demander aux caisses de congés payés, sur ces 5 dernières années, le nombre d'entreprises étrangères qui ont adhéré et le montant des cotisations versé.

Dans la logique de lutte contre la fraude économique et financière qu'est le dumping social, il n'est pas compréhensible de persister à priver de la solidarité financière les caisses de congés payés, alors que des sommes aussi considérables échappent à leur collecte.

.2). Etendre la levée du secret professionnel

L'alinéa 2 de l'article L.8271-5 du code du travail autorise, de façon ponctuelle et limitée, la levée du secret professionnel entre les agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé et les caisses de congés payés et intempéries.

L'encadrement de la levée du secret professionnel prévu cette disposition du code du travail ne permet aux caisses de congés payés de récupérer toutes les informations et documents nécessaires au recouvrement des cotisations.

Une rédaction plus ouverte de la levée du secret professionnel aurait pour effet de transmettre davantage d'informations aux caisses de congés payés.

.3). Permettre aux caisses de congés payés (et intempérie) de consulter la base nationale des déclarations de détachement

Peu d'entreprises étrangères qui détachent des salariés en France versent leurs cotisations aux caisses de congés (et intempéries), lorsqu'elles y sont tenues. Les caisses ne disposent d'aucune information relative à la présence de ces entreprises sur le territoire français, ce qui les prive de toute action d'initiative à l'égard de ces entreprises pourtant assujetties.

Pour pallier cette carence d'information, les caisses doivent être habilitées à consulter la base nationale des déclarations de détachement, lorsqu'elle sera opérationnelle.

INDEX ALPHABETIQUE

Les numéros renvoient aux pages

A

Accident du travail

- action récursoire 61-67-162-286
- organisation syndicale 205-279
- partie civile 60-89-107
- salarié détaché 59 et sq.-111 et sq.-281
- salarié dissimulé 51-55-58 et sq.-88-237 et sq.
- salarié étranger employé sans titre de travail 63-65 et sq.-105 et sq.-242 et sq.
- sanction 58 et sq.-65 et sq.-89

Affichage 69-202

AGRASC 15

Artiste

- artiste amateur 29-86-103-127
- présomption de salariat 28-40 et sq.75-86-103-126-138 et sq.-169.182-193
- prestataire établi hors de France 41-104-139-193 et sq.

AUDIENS 174-182-193-199

B

Bénévole

- artiste amateur 29-86-103-127
- critères 27 et sq.-124 et sq.-182
- droits 54-75-103-169-181 et sq.
- présomption de salariat 28-86 et sq.-103-126 et sq.-182

Bûcheron

- bénévole 87-105
- présomption de salariat 28 et sq.-40-43 et sq.-75-87-96-103-105-126 et sq.-141
- prestataire établi hors de France 43 et sq.-105-138-141 et sq.

Bulletin de paie

- dissimulation d'emploi salarié 19-50-56-195
- dissimulation d'heures de travail 19-20-51 et sq.-56-81 et sq.
- document équivalent 23-118
- entreprise étrangère 23-118-195
- salarié détaché 23-118-144-195-280

C**Cadre autonome** 53-83**Cadre dirigeant** 21-53-84-118**Caisse des congés payés et intempéries**

- artiste 182-193
- carte d'identification professionnelle 201
- certificat de détachement 177
- déclaration de détachement 289
- entreprise étrangère 175 et sq.-195 et sq.
- faux bénévole 181 et sq.
- faux stagiaire 183 et sq.
- faux travailleur indépendant 187 et sq.
- marchandage prêt illicite de main d'œuvre 179 et sq.
- mise à disposition 178
- présomption de salariat artiste
- salarié détaché 175 et sq.-195 et sq.-201
- secret professionnel 200-289

- solidarité financière 198-287

Carte d'identification professionnelle BTP 201

Certificat de détachement

- assurance chômage 118 et sq.
- caisse de congés payés 177
- organismes de protection sociale 116-143 et sq.
- salarié détaché 91-119-143 et sq.
- solidarité financière 167
- travailleur indépendant 36-91-117-134 et sq.-189

CLEISS 36-114-117-135-189

CODAF 149-152-162 et sq.-169-199-200

Co emploi 76-96

Congés payés

- Audiens 174-182-193-199
- caisse de congés payés 173 et sq.
- droits équivalents 176
- entreprise étrangère 175 et sq.-195 et sq.-201
- salarié détaché 175 et sq.-195 et sq.-201

Convention bilatérale de sécurité sociale 36-117-119-135-189

Convention de forfait 21-51 et sq.-83 et sq.-118

D

Dissimulation d'heures de travail 20-51-81-170

- salarié détaché 23-118-144-195-280

DPAE 18-24-26-50-56-81-121-124-144-178-180-195

- entreprise étrangère 23

Domages et intérêts

- AGRASC 15

- caisses de congés payés et intempéries 179-196-198 et sq.
- entreprise concurrente 212
- organisations professionnelles 208
- organisations syndicales 204
- organismes de protection sociale 122-155et sq.-163 et sq.-179
- salarié détaché 144 et sq.
- salarié dissimulé 50 et sq.-73-89-144-238 et sq.
- salarié étranger employé sans titre de travail 62 et sq.-107-243 et sq.

Donneur d'ordre

- déclaration accident du travail salarié détaché 59-281
- faux travailleur indépendant 34-74-84-95-132-187
- hébergement indigne 110-284
- solidarité financière dumping social 108-149-269-276-277
- solidarité financière travail dissimulé 76 et sq.-146
- solidarité financière salarié étranger sans titre de travail 96 et sq.

Donneur d'ordre public 76-78 et sq.

E

Élément intentionnel

- accident du travail 89-107
- maladie professionnelle 90-108
- salarié dissimulé 18 et sq.-56-81 et sq.
- salarié étranger sans titre de travail 65

Employeur de fait 24-85-121-178-181

Entraide 27-88-95-105-124-181

Entreprise d'accueil

- mise à disposition 26-47-121 et sq.-146-169-179-181-196 et sq.
- stagiaire 31-129-184 et sq.

Entreprise de travail temporaire 34-46-85-102-132-145-187-196

Entreprise utilisatrice 25-46-75-85-96-104-121-145-179-196

F

Faux bénévole

- accident du travail 55
- critères 27-84-102-124-181

Faux salarié détaché

- accident du travail 55
- critères 45-84-143-195

Faux stagiaire

- accident du travail 55
- critères 30-84-128-183

Faux travailleur indépendant

- accident du travail 55
- critères 34 et sq.-54-84-102-132-187
- établi en France 34 et sq.-54-116-132-187
- établi à l'étranger 34 et sq.-54-116-132-187

Fausse sous-traitance 34 et sq.-45-54-84-102-132-144-187-196

Flagrance sociale 170-285

Forfaitisation des heures de travail 20 et sq.-53-82 et sq.-117 et sq.

G

Guichet unique 22-119-257 et sq.

Guso 115-174

H

Hébergement indigne 31-70-111-273 et sq.-284

I

Indemnité forfaitaire 3 mois de salaire salarié étranger 55-62-63-64 et sq.-93 et sq.-101

Indemnité forfaitaire 6 mois de salaire travail dissimulé 51-55-64-72-73-80-84-122-179

J

Junior-Entreprise 33-131-186

L**Loi**

- loi Cherpion 24 et sq.-121 et sq.-179 et sq.
- loi Macron 49-67 et sq.-108 et sq.-205-267 et sq.
- loi Madelin 39 et sq.-138-192
- loi Savary 49-67 et sq.-108 et sq.-205-267 et sq.
- loi Travail 23-59-69-111-118-202-281

M**Maladie professionnelle**

- action récursoire 162-285
- déclaration 60-66-90-107
- salarié dissimulé 60-90
- salarié étranger employé sans titre de travail 66-107

Mannequin

- bénévole 28-87
- présomption de salariat 28-40-42 et sq.-75-87-104-126-140

- prestataire établi hors de France 42-87-105-140

Maître d'ouvrage

- affichage 69
- déclaration accident du travail salarié détaché 59-281
- hébergement indigne 70-284
- solidarité financière dumping social 49-108 et sq.-153-168-268 et sq.-276-277
- solidarité financière travail dissimulé 79 et sq.-151-166-241-259
- solidarité financière salarié étranger sans titre de travail 98 et sq.-246-265

Marchandage

- caisse de congés payés 179-196
- dommages et intérêts organisation syndicale 204
- dommages et intérêts Urssaf 179
- employeur de fait 24 et sq.-34-45-132-144 et sq.-187
- paiement des cotisations et contributions sociales 114-121 et sq.-132-144 et sq.-169
- salarié détaché 144 et sq.

Mise à disposition

- mise à disposition illicite 26-46-75-96-121-145-178-196
- mise à disposition licite 25 et sq.-123-145-179-196

Mobilité internationale intragroupe 13-46-75-85-95-109-145-154-169-181-197

O

OFII 100-247-262 et sq.-286

Organisations syndicales 73-77-78-80-94-99-152-203 et sq.-254-262-268-279

Organisations professionnelles 80-99-152-207 et sq.

Organismes de protection sociale

- action récursoire 162
- certificat de détachement 143 et sq.
- dommages et intérêts 155-164

- faux bénévole 124
- faux stagiaire 128
- faux travailleur indépendant 132-138 et sq.-
- flagrance sociale 170-285
- marchandage prêt illicite de main d'œuvre 144
- mise à disposition 145
- partie civile 155-164
- prescription 156-158-159-170
- secret professionnel 148-151 et sq.-160-165
- société mère 155
- solidarité financière donneur d'ordre 146
- solidarité financière maître d'ouvrage 151

P

Partie civile

- caisses de congés payés et intempéries 199 et sq.
- entreprise concurrente 212
- organisations professionnelles 208
- organisations syndicales 204
- organismes de protection sociale 155-164
- salarié détaché 60
- salarié dissimulé 73 et sq.-89-90
- salarié étranger employé sans titre de travail 93 et sq.-107 et sq.

Prescription

- salarié dissimulé 55-65-72-73-81
- salarié étranger 93
- organismes de protection sociale 156-158-159-170

Présomption de non salariat 40-138-192

Présomption de salariat

- artiste 29-40 et sq.-75-86-96-103-126-127-139-182-188-193
- bûcheron 43 et sq.-75-87-96-105-126-141
- mannequin 42 et sq.-75-87-87-96-104-126-140

Prêt illicite de main d'œuvre

- caisse de congés payés 179-196
- dommages et intérêts organisation syndicale 204
- dommages et intérêts Urssaf 179
- employeur de fait 24 et sq.-34-45-132-144 et sq.-187
- paiement des cotisations et contributions sociales 114-121 et sq.-132-144 et sq.-169
- salarié détaché 144 et sq.

Protection sociale

- salarié détaché 59-281
- salarié dissimulé 57 et sq.-88 et sq.
- salarié étranger employé sans titre de travail 65 et sq.-105 et sq.

R**Refus des aides publiques** 161**Refus des exonérations et des abattements** 158**Règlements communautaires de sécurité sociale** 119 et sq.-177**Remboursement des aides publiques** 162-171-254**Remboursement des exonérations et des abattements** 159 et sq.**S****Salaires minimum conventionnel** 13-49-67 et sq.-108 et sq.-149 et sq.-153-168**Salarié détaché**

- accident du travail 59 et sq.-111 et sq.-281
- bulletin de paie 23-118-144-195-280

- certificat de détachement 91-119-143 et sq.
- congés payés 173 et sq.-175 et sq.-195 et sq.-201
- dissimulation d'heures de travail 23-118-144-195-280
- hébergement indigne 31-70-111-273 et sq.-284
- maladie professionnelle 60-90
- organisation syndicale 73-77-78-80-203 et sq.
- salarié dissimulé 21 et sq.
- smic ou salaire conventionnel 13-49-67 et sq.-108 et sq.-149 et sq.-153-168-204
- solidarité financière dumping social 49 et sq.-67 et sq.-108-266 et sq.
- solidarité financière travail dissimulé 76-79-253 et sq.

Salarié dissimulé

- accident du travail 51-55-58 et sq.-88-237
- cadre autonome 53-83
- cadre dirigeant 21-53-84-118
- convention de forfait 21-51 et sq.-88 et sq.-118
- dissimulation d'heures de travail 21-51 et sq.-83 et 118
- dommage et intérêts 50 et sq.-73-89-144-238 et sq.
- forfaitisation des heures de travail 20 et sq.-53-82 et sq.-117 et sq.
- indemnités de rupture 50 et sq.-236 et sq.
- indemnité forfaitaire 6 mois de salaire 51-55-64-72-73-80-84-122-179
- maladie professionnelle 60-90
- partie civile 73 et sq.-89-90
- procédure de licenciement 50 et sq.-236 et sq.
- protection sociale 51 et sq.-88-158
- organisations syndicales 73-77-78-80-203 et sq.
- rupture de la relation de travail 50 et sq.-236 et sq.
- salarié détaché 21 et sq.
- salarié étranger employé sans titre de travail 47-61-92

- solidarité financière 76- et sq.-253

Salarié étranger employé sans titre de travail

- accident du travail 65-106
- dommage et intérêts 62 et sq.-107-242 et sq.
- indemnités de rupture 62-242 et sq.
- indemnité forfaitaire 3 mois de salaire 62-63-64 et sq.-93 et sq.-101-242 et sq.
- indemnité forfaitaire 6 mois de salaire 55-65-244
- maladie professionnelle 66-107
- OFII 100-247-262
- organisations syndicales 73-77-78-80-203 et sq.
- partie civile 93 et sq.-107 et sq.
- procédure de licenciement 62 et sq.-242 et sq.
- protection sociale 65 et sq.-105 et sq.
- rupture de la relation de travail 62 et sq.-242 et sq.-278
- salarié dissimulé 47-61-92
- solidarité financière 96 et sq.-242 et sq.

Smic 13-49-67 et sq.-108 et sq.-149 et sq.-153-168-204

Secret professionnel

- caisses de congés payés 200-289
- OFII 286
- organisations syndicales 205-278
- organismes de protection sociale 148-150 et sq.-160-165
- salarié 54-60-77-79 et sq.-98-99-109-111-278-281

Société mère 155

Solidarité financière

- certificat de détachement 167
- solidarité financière travail dissimulé donneur d'ordre 76-254 et sq.-260
- solidarité financière travail dissimulé maître d'ouvrage 79-259

- solidarité financière salarié étranger sans titre de travail donneur d'ordre 96-262 et sq.
- solidarité financière salarié étranger sans titre de travail maître d'ouvrage 98-265

Stagiaire 30 et sq.-54-84-102-128 et sq.-183 et sq.

I

Travailleur indépendant

- certificat de détachement 36-91-117-134 et sq.-189
- établi à l'étranger 34 et sq.91-116-117-134 et sq.-189
- établi en France 34 et sq.-116
- faux travailleur indépendant 34 et sq.-84-91-102-132
- présomption de non salariat 40-138-192
- présomption de salariat artiste 29-40 et sq.-75-86-96-103-126-127-139-182-188-193
- présomption de salariat bûcheron 43 et sq.-75-87-96-105-126-141
- présomption de salariat mannequin 42 et sq.-75-87-87-96-104-126-140