

### Newsletter Octobre 2018

#### Dans ce numéro :

<b>Editorial</b>	P. 1
<b>Veille - Travail dissimulé et certificats A1</b>	P. 1
<b>Consécration législative d'un délit de travail dissimulé par « fraude à l'établissement »</b>	P. 2
<b>Aggravation des sanctions pour travail illégal</b>	P. 3
<b>Elargissement des pouvoirs d'enquête de la Direccte</b>	P. 3
<b>Des nouvelles obligations au titre du devoir de vigilance</b>	P. 4
<b>Veille - Sécurité sociale et durée de détachement</b>	P. 4

#### EDITORIAL

Au cours des seules années 2016 et 2017, pas moins de 5 lois, 1 ordonnance, 8 décrets et 8 circulaires ont été publiés affectant le cadre juridique et opérationnel de la lutte contre le travail illégal. Particulièrement sensible en matière de détachement, l'évolution continue du droit positif a été également sensiblement impactée par des décisions de la Cour de cassation – dont certaines rendues en Assemblée plénière – ainsi que de la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE), auprès de laquelle des questions préjudicielles importantes, notamment sur le volet indemnitaire en cas de détachement illicite, restent encore pendantes.

Si ce n'était assez, le 12 février 2018, 16 mesures ont été annoncées par la Commission nationale interministérielle de lutte contre le travail illégal afin de renforcer encore l'arsenal juridique. Nombre d'entre elles viennent d'être adoptées dans le cadre de la loi « pour la liberté de choisir son avenir professionnel », publiée au Journal Officiel ce 6 septembre.

Plusieurs dispositions du Code du travail touchant au détachement de salariés sont modifiées ou insérées, simplifiant pour partie le régime applicable – particulièrement pour les opérations de détachement en compte propre qui n'auront plus à faire l'objet d'une déclaration de détachement ni de désignation d'un représentant en France (art. L.1262-2-1 modifié du Code du travail) –, tout en privilégiant cependant une approche du sujet par la voie d'une répression aggravée.

Un nouveau cas de délit de travail dissimulé par dissimulation d'activité est ainsi inséré, consacrant le principe de la fraude à l'établissement (p.2), les sanctions sont renforcées (p.3), l'ensemble législatif modifié n'étant pas sans influencer sur l'étendue du devoir de vigilance et de prudence auquel tout maître d'ouvrage ou donneur d'ordre doit se conformer (p.4). Par cohérence, les possibilités de contrôle et d'échange d'informations au bénéfice de la DIRECCTE seront par ailleurs étendues (p.3).

L'importance de ces modifications dans un domaine où les entreprises sont particulièrement exposées – 8.000 à 9.000 affaires pénales de travail illégal par an en moyenne au cours des dernières années ; 541 millions d'euros de redressement pour la seule année 2017 – nous obligeait à y consacrer un numéro entier de notre Newsletter.

Celle-ci n'a malheureusement pas vocation à clore le sujet, en raison de sa complexité mais également d'évolutions proches d'ores et déjà annoncées : la transposition par voie d'ordonnance de la Directive 2018/957 modifiant la Directive 96/71 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, une modification des règlements européens en matière de sécurité sociale, sans oublier les actuels débats portant sur la loi contre la fraude et des ajouts toujours possibles dans le cadre de la loi de financement sur la sécurité sociale.

Plus que jamais, le recours à des prestations s'appuyant sur la mobilité internationale s'inscrit dans un droit en mouvement.

#### Veille – Travail dissimulé et certificats A 1

La Chambre criminelle vient de casser des condamnations prononcées contre plusieurs compagnies aériennes pour travail dissimulé. Tirant les conséquences des derniers arrêts rendus par la CJUE sur la portée des certificats E101 ou A1 (*notre Newsletter d'avril 2018*), elle censure les magistrats du fond pour les avoir écartés « sans avoir, au préalable, recherché si l'institution émettrice desdits certificats avait été saisie d'une demande de réexamen et de retrait de ceux-ci sur la base des éléments concrets recueillis dans le cadre de l'enquête judiciaire » (**Crim. 18 Septembre 2018, n°13-88.631, Air France et n°13-88.632, City Jet Ltd**).

En matière de détachement, le droit de l'Union Européenne commence ainsi à prendre sa place devant le juge pénal, précision faite cependant qu'était ici en cause une absence de déclarations aux organismes de protection sociale, et non une fraude à l'établissement.

## Consécration législative d'un délit de travail dissimulé par « fraude à l'établissement »

La commission nationale de lutte contre le travail illégal avait proposé, au motif de simplifier la répression des fraudes dans le recours au détachement de salariés, d'instituer un nouveau cas de travail dissimulé par dissimulation d'activité. Puisé dans la rédaction de l'article L.1262-3 du Code du travail, l'article L.8221-3 vise toute personne « *qui, se soustrayant intentionnellement à ses obligations (...) s'est prévaluée des dispositions applicables au détachement de salariés lorsque l'employeur de ces derniers exerce dans l'Etat sur le territoire duquel il est établi des activités relevant uniquement de la gestion interne ou administrative, ou lorsque son activité est réalisée sur le territoire national de façon habituelle, stable et continue* ».

Sont ainsi spécifiquement visées les hypothèses où l'entreprise située à l'étranger soit y serait dépourvue d'activité opérationnelle, soit interviendrait en France de manière permanente.

Les discussions parlementaires le relèvent cependant : il faut n'y voir aucune innovation juridique, voire ne lui conférer qu'une « *portée essentiellement symbolique* ». Réprimer le détachement par le biais d'une « *fraude à l'établissement* » constituait déjà l'une des approches usuelles des juridictions : l'absence d'établissement régulièrement déclaré ou immatriculé constituant une dissimulation d'activité. Le plaideur aura donc peu d'espoir d'invoquer la nouveauté de la disposition législative pour s'opposer aux procédures portant sur des faits plus anciens.

La création textuelle est justifiée par un souci de pédagogie : « *elle vise à faciliter et rendre de manière plus explicite et intelligible par les prestataires de service les dispositions présentées par la directive 2014/67 sur la licéité du recours du détachement, et a contrario les cas où ces dispositions sont dévoyées* ».

L'argument laisse sceptique : les règlements européens en matière de sécurité sociale, par exemple, envisagent qu'une entreprise, sans être pour autant une simple « *boîte aux lettres* », puisse ne pas avoir d'activité sur le territoire de l'Etat où elle est implantée, ses salariés intervenant régulièrement dans plusieurs Etats membres. A la lettre, cette hypothèse pourrait relever du travail dissimulé pour ses interventions sur le territoire national.

Réprimer l'existence d'un établissement existant de fait en France, dès lors qu'une activité « *habituelle, stable et continue* » existe, laisse également dubitatif. Si la Cour de Justice de l'Union Européenne a certes reconnu par l'arrêt Gebhard (aff. C-55/94) que ces critères définissent un établissement, il reste néanmoins que le départ avec une prestation de services peut s'avérer difficile, la CJUE constatant elle-même qu'« *aucune disposition du traité CE ne permet de déterminer, de manière abstraite, la durée ou la fréquence à partir de laquelle la fourniture d'un service ou d'un certain type de service ne peut plus être considérée comme une prestation de services* » (voir not. aff.357/10).

Afin d'éviter l'écueil d'une norme pénale peu intelligible, n'aurait-il pas mieux valu obliger à ce que l'analyse porte sur les conditions d'intervention des salariés, notamment dans le cadre des règlements européens de sécurité sociale, d'autant que l'un des objectifs affichés de lutte contre la fraude en matière de détachement vise à éviter le recours artificiel à des taux de cotisations plus avantageux ?

Récemment encore (6 sept. 2018, aff. C-527/16), la CJUE interrogée sur la pertinence de l'application d'un régime de détachement ne s'est nullement intéressée à la permanence de l'activité en cause dans l'Etat d'accueil – plusieurs années, pourtant - : l'interdiction de recourir au détachement pour remplacer un salarié intervenant au même poste de travail lui a suffi pour conclure à l'application du régime de sécurité social de ce même Etat d'accueil.

Reste, en attendant qu'une question préjudicielle soit peut être un jour posée, que le donneur d'ordre se devra d'être particulièrement vigilant dans le choix d'un co-contractant procédant à un détachement, particulièrement s'il a régulièrement recours à ses services.

La reconnaissance de la fraude à l'établissement comme cas à part entière d'une situation de travail illégal laisse sceptique quant à sa compatibilité avec le droit européen.

## Aggravation des sanctions pour travail illégal

Alors même que les amendes administratives pouvant être prononcées en cas de situation irrégulière d'un salarié détaché pouvaient sembler dissuasives, le législateur a prévu d'augmenter encore les montants encourus, allant au-delà de ce que proposait le gouvernement. Ainsi, le risque ne se montera plus à 2 000 euros par salarié, mais pourra atteindre un montant de 4 000 euros, pouvant être porté à 8 000 euros en cas de réitération dans un délai de deux ans. Le montant maximum reste cependant inchangé, plafonné à hauteur de 500 000 euros (art. L.1264-3 et L8115-3 du Code du travail).

La possibilité de suspendre les prestations internationales sont étendues, le « *name and share* » devient une peine de principe.

Afin de s'assurer de l'exécution et du recouvrement de ces sommes, il est en outre prévu que toute procédure d'opposition à exécution ou à poursuite sera dépourvue d'effet suspensif. Le prestataire devra donc régler les amendes exigées, même dans l'hypothèse d'un recours. Il y sera d'autant plus incité que l'interruption de ses prestations sur le territoire national devient, au motif d'une absence de paiement, susceptible d'être prononcée (art. L.1263-4-2 nouveau). Les maîtres d'ouvrage et donneurs d'ordre sont ainsi encouragés à s'assurer, avant tout début d'intervention, du paiement par leurs prestataires des éventuelles amendes administratives mises à leur charge, au risque de voir les missions qu'ils leur confient arrêtées par l'autorité administrative.

En parallèle, l'article L.8272-2 étend la possibilité pour l'autorité administrative de suspendre les prestations en cas de manquement grave ou bien de procès-verbal ou de rapport pour travail illégal : la mesure concerne toutes les activités et non plus les seuls chantiers du bâtiment et des travaux publics et, le cas échéant, peut s'appliquer à un site distinct de celui qui a fait l'objet des constats.

Enfin, au titre des sanctions pénales, le « *name and shame* » est fortement promu en matière de travail illégal. L'article L.8224-3 prévoit que, par principe, les condamnations pour travail dissimulé donneront lieu à une peine complémentaire de diffusion par le biais d'un site internet dédié. Si le texte prévoit que la sanction doit être obligatoirement prononcée, il est néanmoins précisé que les juridictions bénéficieront de la possibilité de passer outre, à condition toutefois de motiver spécialement leur décision. Le caractère « *semi-automatique* » de la peine constitue ainsi la principale modification par rapport à ce que la loi Savary du 10 juillet 2014 envisageait.

Sur ce dernier point, on rappellera que la CNIL avait considéré qu'une « *systématisation de la diffusion sur internet des condamnations, par la portée infamante qu'elle comporte, serait de nature à porter une atteinte excessive aux droits et libertés fondamentaux* » (Délibération n° 2015-312). Le gouvernement, suivant l'avis du Conseil d'Etat, avait envisagé que cette mesure ne soit en l'occurrence mise en œuvre que pour les cas les plus graves, découlant de la commission du délit en bande organisée. Le législateur a toutefois étendu la mesure à l'hypothèse où les faits auraient été commis contre des mineurs ou des personnes vulnérables. La rédaction choisie a incidemment inclus la circonstance de l'existence d'une pluralité de victimes – ce qui peut être fréquent. L'analyse de la CNIL méritera donc d'être rappelée aux juridictions du fond, le moment éventuellement venu.

## Elargissement des pouvoirs d'enquête de la Direccte

La Commission nationale interministérielle de lutte contre le travail illégal regrettait que l'inspection du travail demeure pratiquement le seul corps de contrôle à ne pas disposer d'un droit de communication élargi, comparable à celui d'autres corps comme les agents compétents en matière de consommation ou de concurrence, ou ceux des organismes fiscaux et sociaux. Un nouvel article L.8113-5-2 y pourvoit.

Pour la recherche et la constatation des infractions constitutives de travail illégal, les agents de contrôle disposeront d'un droit leur permettant d'obtenir, sans que s'y oppose le secret professionnel, communication de tout document, renseignement ou élément d'information utile à l'accomplissement de leur mission. Il s'exercera après de nombreux tiers (employeurs, personnes ayant la qualité de commerçant, entrepreneurs de transport, membres de certaines professions non commerciales...) y compris pour obtenir des données informatisées.

## Des nouvelles obligations au titre du devoir de vigilance

Le devoir de vigilance que maître d'ouvrage et donneur d'ordre doivent exercer à l'égard de leurs co-contractants s'étend, pour apprécier la responsabilité pénale, au-delà d'une application stricte des dispositions des articles D.8222-5 et D.8222-7 du Code du travail (v. Crim., 1er mars 2011, pourvoi n° 10-84.303). La consécration législative de la fraude à l'établissement en matière de détachement doit donc inciter à une forte prudence lors du choix du co-contractant.

**L'obligation nouvelle de vérifier que le prestataire étranger recourant à un détachement est à jour du paiement d'éventuelles amendes administratives** (art. L.1262-4-1 III nouveau) peut paraître par comparaison, secondaire, d'autant que le texte ne prévoit aucune solidarité pour cette dette, née au demeurant d'une prestation passée. Il faut cependant être réaliste : l'absence de vérification efficace peut être délétère, l'autorité administrative pouvant suspendre l'exécution d'une nouvelle prestation internationale en raison de l'absence de paiement des amendes administratives (art. L.1263-3 modifié et L.1263-4-2 nouveau), ce qui créerait des contraintes opérationnelles évidentes et nécessairement coûteuses pour le donneur d'ordre impacté. Le législateur présente au demeurant la suspension comme la « *sanction la plus dissuasive à la main de l'autorité administrative en cas de manquement du prestataire* ».

**En matière de détachement, une attestation en plus est à demander.**

Reste à en définir les modalités : **il conviendra de prévoir une attestation** indiquant soit l'absence de sanction, soit le fait que celle-ci a donné lieu à paiement – une contestation ne suffit pas : le recours n'est pas suspensif (art. L.1263-6). En ce dernier cas, le donneur d'ordre, qui sera de ce fait informé que son prestataire a déjà été sanctionné pour ses pratiques, devra redoubler de vigilance. Si la remise d'un document provenant du prestataire lui-même n'est certes pas idéale, il est espéré que par l'intermédiaire du service SIPSI, le prestataire pourra à terme bénéficier d'un certificat émis par l'administration elle-même.

Enfin, **pour l'entreprise prestataire est prévu un allègement des documents déclaratifs en cas de détachements de courte durée ou pour des événements ponctuels** (art. L.1262-6 nouveau) : les secteurs d'activité bénéficiant de cette exception seront définis par arrêté – il devrait s'agir des activités artistiques ou sportives ainsi que des foires, salons et colloques ; les journalistes et cadres dirigeants en voyages d'affaires pourraient être également visés. **Une simplification analogue est prévue pour les employeurs détachant de manière récurrente des salariés** (art.L.1263-8 nouveau), lesquels pourront faire la demande d'un aménagement des documents déclaratifs, pour un an maximum – renouvelable -. Pour toutes ces hypothèses, **la déclaration de détachement et la désignation du représentant ne seront plus exigées**. Le devoir de vigilance du donneur d'ordre s'en trouvera modifié d'autant. Il faudra surveiller cependant la publication des décrets d'application, attendus afin de définir les adaptations ou aménagements qui pourront être mis en place.

Au-delà des hypothèses de détachement, nul doute que **la publication des condamnations pour travail illégal** (v. p.3) **devra amener tout donneur d'ordre à s'assurer de la mention de ses co-contractants sur le site internet dédié** qui est prévu à cet effet et, le cas échéant, à renforcer ses vérifications. Il faudra néanmoins tenir compte tant du rythme de la justice – les condamnations risquent peu de révéler des pratiques récentes, ce même si l'exécution provisoire a été ordonnée – que de la durée limitée de leur diffusion.

## Veille – Sécurité sociale et durée de détachement

Une modification du Règlement européen portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale est en discussion dans le cadre des instances européennes. Parmi les changements notables envisagés, figure la possibilité de recruter une personne en vue de son détachement, à condition toutefois de justifier qu'elle est préalablement rattachée à la sécurité sociale de l'Etat d'envoi, depuis un temps minimum qui pourrait être fixé à trois mois.

La durée maximale du détachement resterait fixée à deux ans avant que la législation de sécurité sociale de l'Etat d'accueil ne s'applique. Il s'agirait alors d'une différence avec le régime de la Directive 2018/957, laquelle prévoit une application de « *toutes les conditions de travail et d'emploi* » de l'Etat d'accueil à échéance de douze mois.



PECH DE LACLAUSE, BATHMANABANE & ASSOCIÉS

8, Place Vendôme - 75001 Paris

Téléphone :

01.44.94.98.98

Télécopie :

01.44.94.98.99

Contacts Newsletter Pénale :

philippe@pechdelaclause.com

egouesse@pechdelaclause.com