

Lutte contre les fraudes au détachement transnational : quand l'ordre administratif fait primer les droits fondamentaux des travailleurs sur la liberté d'entreprendre

par Caroline DECLEIR, Directrice adjointe du travail

PLAN

- I. Liberté d'entreprendre et droit au travail : deux principes inégaux
- II. Le juge administratif et la liberté d'entreprendre : des sanctions administratives motivées par l'évidence
- III. La lutte contre le « dumping social » : vers une accrue du trouble à l'ordre public social

En 1791, le décret D'Allard, suivi de la loi *Le Chapelier*, dont on retient surtout la suppression de la liberté d'association et des corporations, ont énoncé le principe de liberté du commerce et de l'industrie, devenu l'un des principes généraux du droit français, fondé sur la liberté d'entreprendre : « *Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession [...], mais elle sera tenue [...] de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits.* » Fondement de la liberté d'entreprendre, le texte prévoit, dès l'origine, son corolaire, la conformité à des restrictions imposées, dans l'intérêt général, par la loi ou le règlement.

Aussi, la loi encourt-elle la sanction du Conseil constitutionnel qui a jugé qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résultera pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi.

Corolairement, le juge administratif apprécie toute restriction, définitive ou temporaire, apportée à la liberté d'entreprendre par l'autorité administrative en fonction de la réalité du trouble porté à l'ordre public. En la matière, deux décisions récentes du Conseil d'État donnent à la défense des droits fondamentaux des travailleurs une place nouvelle parmi les critères traditionnellement retenus.

I. Liberté d'entreprendre et droit au travail : deux principes inégaux

Dans le domaine du droit social, le Conseil constitutionnel doit souvent concilier deux principes perçus, si ce n'est comme contradictoire, à tout le moins difficilement conciliable : la liberté d'entreprendre et le droit pour chacun d'obtenir un emploi (1) dans des conditions conformes à la réglementation. Il s'agit ainsi de poser les règles propres à assurer le droit à chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre.

L'alinéa 5 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 affirme que « *chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* ». Cette disposition consacre un « *droit au travail* » ou « *droit à obtenir un emploi* », selon la formulation du Conseil constitutionnel.

L'acception du Conseil constitutionnel avait initialement une portée large, puisque le droit au travail s'entendait comme devant être rattaché au principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, dégagé par la Cour de cassation. Les différents termes employés doivent être rassemblés sous une même notion, celle de liberté du travail (2), qui rejoint la formulation adoptée dans l'article 23 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 : « *Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage* ».

À la lecture des débats relatifs à l'adoption de la Constitution de 1946, il apparaît que l'Assemblée constituante n'entendait néanmoins pas reconnaître

(1) Préambule de la constitution de 1946.

(2) J. Savatier, « Liberté du travail », Rép. Dalloz, Travail, ... entendue comme la liberté pour chaque individu d'entreprendre, d'exercer, voire de refuser une activité professionnelle quelconque.

à l'individu le droit à obtenir un emploi, à réclamer l'exercice d'une activité, mais plutôt signifier une obligation de moyen à la charge de l'État.

Ainsi, la poursuite de l'objectif constitutionnel du droit d'obtenir un emploi ne permet qu'une limitation de la liberté d'entreprendre : il ne justifie pas des atteintes à cette liberté qui, par leur ampleur, seraient excessives (3).

Cette confrontation est intéressante en ce qu'elle oppose un droit d'essence profondément libérale, la liberté d'entreprendre, et un objectif constitutionnel d'ordre social, relevant d'une vision de l'État protecteur, nécessairement interventionniste.

La jurisprudence sur la liberté d'entreprendre a fluctué au cours des vingt dernières années, oscillant autour du degré de protection de ce principe, ainsi qu'autour de l'intensité du contrôle de sa limitation par le Conseil Constitutionnel.

Dans une décision de 1989 (4), il formule que « la liberté d'entreprendre n'est ni générale, ni absolue ; qu'il est loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée », offrant une protection dite « minimaliste » à cette liberté.

Cependant, depuis une décision de janvier 2001 relative à l'archéologie préventive, la liberté d'entreprendre n'occupe plus de rang subalterne au sein des libertés et le Conseil vérifie que la conciliation opérée par le législateur entre cette liberté et d'autres exigences constitutionnelles ou des motifs d'intérêt général antagonistes n'est pas excessivement ou inutilement déséquilibrée (5).

La décision du Conseil d'invalider l'essentiel de la loi dite *Florange* (6), engagement symbolique du précédent quinquennat, faisant obligation à un chef d'entreprise de donner suite, sous peine de pénalité, à un repreneur sérieux en cas de projet de fermeture, a fait obstacle à l'objectif même de cette loi, « visant à reconquérir l'économie réelle », déplaçant l'obligation de résultat de l'employeur vers une obligation de moyen, au nom de la liberté d'entreprendre et de propriété.

Au-delà de la conciliation de principes constitutionnels parfois antagonistes, l'appréciation du Conseil s'exerce aussi sur le champ de l'intérêt général défendu et des enjeux économiques et sociétaux induits par les dispositions qui lui sont soumises. Dans le cas d'espèce, la liberté d'entreprendre a été priorisée aux devenirs des individus et à la défense du tissu économique et industriel.

L'interdiction ou l'encadrement du travail du dimanche génère un contentieux régulier et fourni. Par une jurisprudence constante, le Conseil Constitutionnel se positionne traditionnellement non pas en regard des droits fondamentaux des travailleurs, mais de deux principes supérieurs : l'intérêt général d'encadrer les conditions de la concurrence et les exigences du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1846, qui dispose que « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* » (7).

La défense de l'ordre public social trouve parfois son salut dans des considérations tirées non pas de ce principe, mais d'autres, plus surprenants. Ainsi, dans la décision dite *Uber* (8), le Conseil a été appelé à examiner, dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, la conformité des dispositions du Code des transports réservant aux taxis l'activité consistant à stationner et à circuler sur la voie publique en quête de clients, en vue de leur transport. Dans ce cadre, les sociétés requérantes faisaient valoir que l'interdiction de la « maraude électronique » portait notamment atteinte à leur liberté d'entreprendre et au principe d'égalité devant la loi.

Le Conseil constitutionnel a écarté cette argumentation. Il a relevé que le législateur avait entendu, pour des motifs d'ordre public de police de la circulation et du stationnement, garantir le monopole légal des taxis qui en découle, arguant ainsi d'une considération purement économique plutôt que d'un intérêt général de lutte contre l'atomisation du salariat.

(3) Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 : « *Considérant qu'il incombe au législateur, dans le cadre de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, d'assurer la mise en œuvre des principes économiques et sociaux du Préambule de la Constitution de 1946, tout en les conciliant avec les libertés constitutionnellement garanties ; que, pour poser des règles propres à assurer au mieux, conformément au cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi, il peut apporter à la liberté d'entreprendre des limitations liées à cette exigence constitutionnelle, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* ».

(4) Décision n° 89-254 DC du 4 juillet 1989.

(5) Décision n° 2000-439 DC du 16 janvier 2001, Loi relative à l'archéologie préventive.

(6) Décision n° 2014-692 DC du 2 mars 2014.

(7) Décision n° 2011-157 QPC du 05 août 2011 – Considérants 7 et 8.

(8) Décision n° 2015-468/469/472 QPC du 22 mai 2015, *Société Uber France SAS et a.*

II. Le juge administratif et la liberté d'entreprendre : des sanctions administratives motivées par l'évidence

L'autorité administrative peut apporter des restrictions à la liberté d'entreprendre par de nombreux actes : délivrance ou non d'une autorisation (9), interdiction de l'édification de construction, décision de démolition (10), interdiction d'exercer une profession (11)...

En matière d'ordre public, la sanction de l'autorité administrative s'exerce essentiellement par les arrêtés de fermeture temporaire ou définitive qu'elle peut être amenée à prendre. Dans ce domaine, la jurisprudence est abondante, et le juge administratif n'hésite pas à confirmer les arrêtés pris, pour des faits portant atteinte à l'ordre public (volume sonore ou ivresse sur la voie pour des établissements de nuit), la santé ou la moralité, en raison d'actes délictueux ou criminels ou portant atteinte à un monopole (vente de tabac, salle de jeux).

Le trouble à l'ordre public social n'est que plus modérément sanctionné. Les arrêtés pris, et la jurisprudence incidente, concernent essentiellement des cas de réitération de faits constitutifs de travail dissimulé (absence de déclaration préalable à l'embauche et emploi de salariés étrangers dépourvus de titre de travail), toujours analysés à l'aune de la situation financière de l'entreprise (12).

Dans ce domaine, l'argument d'une menace grave sur la pérennité économique de l'entreprise est fréquemment invoqué devant le juge administratif afin d'obtenir l'annulation des arrêtés préfectoraux. Ont par exemple été évoqués le risque de résiliation du contrat de franchise à défaut de démontrer que la

fermeture n'est pas irrémédiablement acquise (13) ou le fait que la fermeture prive de recettes l'entreprise en fin d'année, période cruciale pour son activité (14).

Dans une décision du 4 novembre 2016 (15), le Conseil d'État a confirmé l'arrêté du 26 septembre 2016 du préfet de la Seine-Saint-Denis ordonnant la fermeture, pour une durée d'un mois, d'un établissement de fabrication et de distribution de pain industriel, dans lequel il avait été relevé la présence de 4 salariés non déclarés. Des faits similaires ayant été constatés en 2014, et la réitération étant dès lors une circonstance aggravante, le juge considérait que, si la liberté d'entreprendre constitue une liberté fondamentale, cette liberté s'entend de celle d'exercer une activité économique dans le respect de la législation et de la réglementation en vigueur et conformément aux prescriptions qui leur sont légalement imposées. L'autorité administrative ne commet ainsi pas d'abus de pouvoir, ni ne porte une atteinte manifestement illégale à la liberté d'entreprendre.

Les délits de prêt illicite de main-d'œuvre et de marchandage, tout comme le travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié dans le cas de faux-statuts notamment, sont également susceptibles de motiver une décision de fermeture temporaire. Jusqu'en 2016, l'absence de jurisprudence en la matière témoignait, à tout le moins, de la faiblesse, voire de l'inexistence, d'arrêtés pris pour ces motifs. Cette situation est-elle révélatrice de la frilosité de l'autorité administrative en regard des enjeux économiques ou de sa difficulté à se saisir d'une matière technique et complexe ?

III. La lutte contre le « dumping social » : vers une analyse accrue de la notion de trouble à l'ordre public social

Les lois *Savary*, *Macron* et *El Khomri* ont renforcé les obligations pesant sur les entreprises étrangères détachant des salariés en France et les moyens confiés aux corps de contrôle pour sanctionner les situations frauduleuses. La question de l'intérêt général appliquée à la fraude au détachement renvoie à la lutte contre le dumping social, aux conséquences induites sur le droit des travailleurs et sur le financement des systèmes de protection

sociale. Elle revêt également des enjeux fiscaux importants. Cette concurrence déloyale désorganise également le marché sur un secteur d'activité donné. Le consensus sociétal dégagé autour de cette problématique a-t-elle rendu l'autorité administrative, et consécutivement le juge, plus audacieux ? C'est ce qui pourrait être déduit de deux ordonnances de 2016, peu commentées, des juridictions administratives.

(9) CE 23 mai 2012, n° 348.909, *Régie autonome des transports parisiens*.

(10) CE n° 341.537 du 06 octobre 2010.

(11) CE n° 340.570 du 15 septembre 2010.

(12) En ce sens, CE n° 379.422 du 9 mai 2014.

(13) CE n° 406.029 du 21 décembre 2016.

(14) CE n° 405.801 du 22 décembre 2016.

(15) Décision n° 404.470 du juge des référés du Conseil d'État.

Dans la première affaire, les services de l'inspection du travail des Pyrénées-Atlantiques enquêtent sur une situation de détachement intra-groupe. Cette modalité de détachement permet la mise à disposition de personnel à but non lucratif entre entreprises d'un même groupe ou établissements d'une même société, ayant, par exemple, pour objet une mission, une période de formation... En l'espèce, une dizaine de salariés étaient détachés d'une entreprise espagnole vers un établissement français. Ces salariés détachés représentaient l'intégralité de l'effectif ouvrier de l'entreprise étrangère, qui n'exploitait, par ailleurs, plus aucun chantier en Espagne depuis plusieurs années. Les agents de contrôle en déduisent donc que l'activité stable et continue en France de l'entreprise espagnole ne lui permet pas de se prévaloir des dispositions relatives au détachement et caractérise le travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié.

Suite au rapport adressé par l'inspection du travail, le préfet ordonne la fermeture des chantiers sur lesquels intervient l'entreprise espagnole, pour une durée d'un mois, et son exclusion des contrats administratifs pour une durée de deux mois.

Saisi par l'entreprise, le juge des référés du Tribunal administratif de Pau rejette la requête en annulation par ordonnance du 31 mars 2016 pour défaut d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

Le 21 avril 2016, le Conseil d'État (16) confirme l'ordonnance du tribunal administratif. Il relève que les conditions d'emploi des salariés espagnols sont susceptibles de constituer l'infraction de travail dissimulé, sans qu'y fasse obstacle la circonstance que les salariés soient régulièrement affiliés au système de protection sociale de leur pays d'origine. Il note, par ailleurs, qu'alors que les services d'inspection du travail avaient sollicité une fermeture d'une durée de trois mois, le préfet avait tenu compte de la mise en conformité progressive de la situation d'une partie des salariés en regard du droit du travail français, et qu'en fixant ainsi le quantum de la peine, il n'avait commis ni erreur de droit, ni erreur manifeste d'appréciation de nature à caractériser une atteinte grave à la liberté d'entreprendre.

Dans un arrêt encore plus récent, datant du 22 décembre 2016, le Conseil d'État (17), statuant sous forme de référé, s'est également positionné sur le terrain du juge pénal en analysant les conditions réelles d'emploi de salariés occupés sur un chantier du bâtiment. Dans cette affaire, suite à plusieurs contrôles, les services de l'inspection du travail étaient amenés à adresser au préfet un rapport visant à la fermeture administrative de deux chantiers pour des

faits susceptibles de caractériser du travail dissimulé.

En l'espèce, une entreprise française sous-traitait, depuis mai 2015, une partie de ces chantiers à deux entreprises de droit portugais, agissant sous couvert d'une prestation de service internationale. L'analyse des conditions réelles d'emploi des salariés a conduit les agents de contrôle à écarter le contrat commercial et, au regard du lien de subordination exercé par l'entreprise française sur ces salariés, à considérer cette dernière comme leur employeur de fait. Les sous-traitants ne disposant d'aucune autonomie sur les chantiers, et la prestation se bornant uniquement à la fourniture de main-d'œuvre d'exécution, à l'exclusion de tout encadrement, la société française devenait employeuse de fait de 56 ouvriers, ce fait caractérisant le délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié.

L'arrêté du préfet du Rhône du 9 décembre 2016 ordonnait l'arrêt de l'activité de l'entreprise française sur deux chantiers, pour un délai d'un mois. Le 16 décembre 2016, le juge des référés du Tribunal administratif de Lyon rejette la requête de l'entreprise fondée sur l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, c'est-à-dire sur le pouvoir du juge des référés de prendre toute mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale.

La requérante soutenait en la matière que l'arrêté préfectoral portait une atteinte grave et illégale à la liberté d'entreprendre, à la liberté du commerce et de l'industrie, à la liberté d'aller et de venir et au droit du travail et concluait, dès lors, que l'autorité administrative portait une atteinte manifestement disproportionnée au regard du préjudice économique induit, à savoir les pénalités de retard et le risque de perte des chantiers. Sur le fond, la société évoque un détournement de pouvoir et argue que les infractions relevées concernent son seul sous-traitant et que le seul non-règlement des cotisations sociales ne porte pas atteinte à l'ordre public.

Le Conseil d'État déboute la société en dernière instance, et valide donc l'analyse de l'inspection du travail sur le caractère illicite de la sous-traitance et les conséquences qui en découlent, et ce avant que le juge pénal ne se prononce sur le fond.

Il s'agit, à notre connaissance, de la seule ordonnance poussant aussi loin l'analyse des conditions d'emploi de personnel en l'absence de jugement pénal. En effet, les arrêts rendus jusqu'alors concernaient des situations d'infractions d'évidence, et sanctionnaient, par des fermetures temporaires, le défaut de déclaration préalable à l'embauche ou l'emploi de salarié étranger dépourvu d'autorisation de travail.

(16) CE n° 398.782 du 21 avril 2016.

(17) CE n° 406.202 du 22 décembre 2016.

Dans ces exemples récents, il s'agissait, outre la défense des droits fondamentaux des travailleurs, de défendre le système de protection sociale national et de sauvegarder la compétitivité des entreprises face à une concurrence déloyale induite par des pratiques frauduleuses. À la défense de l'ordre public social s'ajoutait ainsi la défense du marché économique intérieur, plaçant ainsi le juge aux côtés de l'« État régulateur ».

Le Plan national de lutte contre le travail illégal (PNLTI 2016-2018) fixe comme objectif aux préfets de prendre des décisions de fermeture temporaire d'établissement dans le cadre du travail dissimulé. L'autorité administrative et les corps de contrôle

compétents vont-ils s'emparer pleinement de ces dispositifs ?

Alors que la majorité des fermetures temporaires prononcées aujourd'hui se cantonnent trop systématiquement aux constats d'évidence, les arrêts susmentionnés sont porteurs d'une orientation sans équivoque sur l'ouverture des juges aux situations complexes. Même si elles ne se réduisent, à ce jour, qu'au travail dissimulé, ces avancées donnent un nouveau poids à l'ordre public social dans son statut protecteur des salariés victimes de situations frauduleuses et dans la balance qui l'oppose à la liberté d'entreprendre.

Caroline Declair

TRAVAIL ILLÉGAL Constat d'infractions – Sanctions administratives – Fermeture provisoire de chantiers (deux espèces) – Détachement de travailleurs – Activité réalisée en France de façon habituelle, stable et continue – Inopposabilité du certificat A1 (première espèce) – Référé liberté – Constestation de l'arrêt de chantier (deuxième espèce).

Première espèce :

CONSEIL D'ÉTAT (Juge des référés) 21 avril 2016

Société Goizuetako Estructuras SL (req. n°398.782)

1. En vertu de l'article L.521-2 du code de justice administrative : " Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures " .

2. Par un arrêté du 31 mars 2016, le préfet des Pyrénées-Atlantiques a prononcé la sanction administrative de fermeture des chantiers de l'établissement Goizuetako Estructuras SL pour une durée d'un mois à compter de la notification de cet arrêté, ainsi que son exclusion, pour une durée de deux mois, des contrats administratifs. La société Goizuetako Estructuras SL a introduit, sur le fondement des dispositions de l'article L.521-2 du code de justice administrative, une demande tendant à la suspension de l'exécution de cet arrêté. Elle fait appel de l'ordonnance par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Pau a rejeté sa demande pour défaut d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

3. Aux termes de l'article L.8272-2 du code du travail : " Lorsque l'autorité administrative a connaissance d'un procès-verbal relevant une infraction prévue aux 1° à 4° de l'article L.8211-1 ou d'un rapport établi par l'un des agents de contrôle mentionnés à l'article L.8271-1-2 constatant un manquement prévu

aux mêmes 1° à 4°, elle peut, si la proportion de salariés concernés le justifie, eu égard à la répétition et à la gravité des faits constatés et à la proportion de salariés concernés, ordonner par décision motivée la fermeture de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction, à titre provisoire et pour une durée ne pouvant excéder trois mois. (...) / Les modalités d'application du présent article ainsi que les conditions de sa mise en œuvre aux chantiers du bâtiment et des travaux publics sont fixées par décret en Conseil d'État. ". Aux termes de l'article L.8211-1 du même code : " Sont constitutives de travail illégal, dans les conditions prévues par le présent livre, les infractions suivantes : 1° Travail dissimulé (...) ". Il résulte de ces dispositions combinées que le travail dissimulé constitue une infraction de nature à justifier le prononcé de la sanction administrative de fermeture provisoire de l'établissement où cette infraction a été relevée.

4. Aux termes des deuxième et troisième alinéas de l'article R.8272-9 du code du travail, pris pour l'application de l'article L.8272-2 du même code, " Pour les chantiers du bâtiment ou de travaux publics, la fermeture administrative, décidée par le préfet du département dans le ressort duquel a été constatée l'infraction (...), prend la forme d'un arrêt de l'activité de l'entreprise sur le site concerné, après avis du maître d'ouvrage le cas échéant ou, à défaut, du responsable du chantier. (...) / La décision du préfet est portée à la connaissance du public par voie d'affichage sur les lieux du chantier ". Il résulte de ces dispositions que, dans le cas d'une entreprise du

bâtiment et des travaux publics dont l'activité s'exerce sur des chantiers, la fermeture administrative ne peut porter que sur les chantiers où l'infraction aux 1° à 4° de l'article L.8211-1 de ce code a été constatée.

5. Aux termes de l'article 1^{er} de l'arrêté contesté : " *Est prononcée pour une durée d'un mois, à compter de la notification du présent arrêté, la fermeture et l'arrêt des chantiers de l'établissement Goizuetako Estructuras SL (...)* ". Il ressort toutefois des motifs de cet arrêté, qui n'analyse que la situation des chantiers de Saint-Jean-de-Luz et d'Hendaye, ainsi que du courrier du préfet des Pyrénées-Atlantiques, en date du 31 mars 2016, notifiant l'arrêté à la société requérante, qui prescrit un affichage sur le seul chantier d'Hendaye, et il a été confirmé à l'audience, que la fermeture et l'arrêt des chantiers de l'entreprise ne concerne que les chantiers dans lesquels l'administration a relevé des faits qu'elle a qualifiés de travail dissimulé et qui étaient encore en activité à la date de cet arrêté. Dès lors, l'arrêté contesté n'a eu pour effet que d'arrêter le seul chantier de la résidence Lauturu à Hendaye et non les autres chantiers de la société requérante. Il en résulte que les moyens tirés de la méconnaissance de l'article R.8272-9 du code du travail et de la méconnaissance de la procédure contradictoire en ce qui concerne les chantiers d'Anglet doivent être écartés comme inopérants.

6. Il résulte des énonciations non contestées de l'arrêté du 31 mars 2016 qu'il a été pris après la transmission au préfet d'un rapport établi le 12 novembre 2015 par la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE), indiquant que les contrôleurs du travail avaient constaté la présence de huit salariés détachés de la société Goizuetako Estructuras SL sur son chantier de Saint-Jean-de-Luz et de quatre salariés détachés sur celui d'Hendaye. Il ressort de l'instruction, et notamment des indications données à l'audience, que ces salariés composaient à cette date la totalité du personnel ouvrier de la société, qui depuis plusieurs années n'exploitait plus aucun chantier en Espagne.

7. Aux termes de l'article L.1262-3 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, " *Un employeur ne peut se prévaloir des dispositions applicables au détachement de salariés lorsqu'il exerce, dans l'État dans lequel 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. (...)* / *Dans ces situations, l'employeur est assujéti aux dispositions du code du travail applicables aux entreprises établies sur le territoire national* ". Il résulte des faits énoncés au point 6 que l'activité de la société Goizuetako Estructuras SL doit être regardée comme réalisée en France de façon habituelle, stable et continue. La

société ne peut dès lors se prévaloir des dispositions applicables au détachement de salariés.

8. Aux termes de l'article L.8221-5 du code du travail, " *Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur : / 1° Soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L.1221-10, relatif à la déclaration préalable à l'embauche ; / 2° Soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L.3243-2, relatif à la délivrance d'un bulletin de paie (...)* / *3° Soit de se soustraire intentionnellement aux déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale en vertu des dispositions légales* ". Il résulte de ce qui est dit au point 7 que l'emploi en France par la société Goizuetako Estructuras SL de salariés, sans avoir accompli les formalités mentionnées aux 1° et 2° de l'article L.8221-5 cité ci-dessus, est susceptible de constituer l'infraction de travail dissimulé, sans qu'y fasse obstacle la circonstance, invoquée par la société requérante, que les salariés concernés étaient titulaires de l'imprimé E101 devenu A1 attestant de la régularité de leur inscription au régime de sécurité sociale espagnol.

9. Aux termes du premier alinéa de l'article R.8272-8 du code du travail, " *Le préfet tient compte, pour déterminer la durée de fermeture d'au plus trois mois de l'établissement relevant de l'entreprise où a été constatée l'infraction conformément à l'article L.8272-2, de la nature, du nombre, de la durée de la ou des infractions relevées, du nombre de salariés concernés ainsi que de la situation économique, sociale et financière de l'entreprise ou de l'établissement* ". Pour fixer à un mois la durée de la fermeture prononcée par l'arrêté contesté, alors que la DIRECCTE demandait que la durée de cette sanction soit fixée à trois mois, le préfet a pris en compte le nombre de salariés concernés, la gravité et la persistance des infractions relevées, mais aussi " *la mise en conformité progressive de la situation d'une partie des salariés au regard du droit du travail français (...)* ". Il ne s'est pas fondé sur les conditions de travail des salariés, qui avaient été qualifiées de " *déplorables* " par la DIRECCTE dans le rapport mentionné au point 6. En fixant ainsi le quantum de la sanction, le préfet des Pyrénées-Atlantiques n'a commis ni une erreur de droit, ni une erreur manifeste d'appréciation qui soient de nature à caractériser une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales que constituent la liberté d'entreprendre et la liberté du commerce et de l'industrie qui en est une composante.

10. Il résulte de tout ce qui précède que, sans qu'il soit besoin d'examiner si l'arrêt d'un chantier à Hendaye pour une durée d'un mois et l'exclusion des

contrats administratifs pour une durée de deux mois sont de nature à caractériser une situation d'urgence, la société Goizuetako Estructuras SL n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de Pau a rejeté sa demande.

11. Les dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise

à la charge de l'Etat, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme réclamée par la société Goizuetako Estructuras SL au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens.

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête de la société Goizuetako Estructuras SL est rejetée.

(SCP Lyon-Caen, Thiriez, av.)

Deuxième espèce :

CONSEIL D'ÉTAT 22 décembre 2016

Société Sape (req. n° 406.202)

1. Aux termes de l'article L.521-2 du code de justice administrative : " Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale ". En vertu de l'article L.522-3 du même code, le juge des référés peut, par une ordonnance motivée, rejeter une requête sans instruction ni audience lorsque la condition d'urgence n'est pas remplie ou lorsqu'il apparaît manifeste, au vu de la demande, que celle-ci ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative, qu'elle est irrecevable ou qu'elle est mal fondée.

2. La société SAPE est titulaire de deux marchés de travaux signés respectivement le 17 mars 2015 et le 31 juillet 2015, relatifs aux opérations " La Grande Halle ", à Lyon, et " Fireworks ", à Rillieux-la-Pape. Elle a délégué une partie de ses prestations sur ces deux chantiers à deux sous-traitants, les sociétés de droit portugais Efficiency Ocean II et Polebile Internacional. Le 27 octobre 2016, la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) Auvergne-Rhône-Alpes a adressé au préfet du Rhône deux fiches de signalement émises par ses services, relatives à de probables infractions relatives au travail dissimulé. Par un arrêté du 9 décembre 2016, pris sur le fondement de l'article L.8272-2 du code du travail, le préfet a ordonné l'arrêt pour un mois de l'activité de l'entreprise sur les chantiers " Fireworks " et " La Grande Halle ". La société SAPE relève appel de l'ordonnance du 16 décembre 2016 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Lyon, statuant sur le fondement de l'article L.521-2 du code de justice administrative, a rejeté les conclusions de la société tendant à la suspension de cet arrêté.

3. En premier lieu, le moyen tiré par la société SAPE de ce que l'arrêté préfectoral du 9 décembre 2016 serait insuffisamment motivé n'est pas, en tout état de cause, de nature à caractériser une atteinte grave

et manifestement illégale aux libertés fondamentales invoquées.

4. En deuxième lieu, si la société SAPE soutient que l'arrêté contesté se fonde à tort sur des faits remontant à mai 2015, très antérieurs aux contrats de sous-traitance relatifs aux chantiers litigieux, il ressort de l'examen de cet arrêté que cette date y est seulement mentionnée comme celle à partir de laquelle l'entreprise SAPE a bénéficié d'un apport de main d'oeuvre de la part des sociétés Polebile Internacional et Efficiency Ocean II, et non pour dater les contrats de sous-traitance qu'elle a passés avec ces deux sociétés pour les chantiers " La Grande Halle " et " Fireworks " ayant fait l'objet de l'arrêt temporaire d'activités.

5. En troisième lieu, si la société SAPE soutient que l'arrêté contesté repose sur des faits matériellement inexacts s'agissant du lien de subordination entre son personnel et le personnel des sociétés sous-traitantes et de l'absence pour ces sociétés de matériel et d'un encadrement propres, qu'il qualifie à tort les faits de travail illégal par dissimulation de salariés en bande organisée et par emploi de salariés extracommunautaires sans autorisation de travail, qu'il est entaché d'une erreur d'appréciation au regard des conditions légales définies par l'article L.8272-2 du code du travail et qu'il est manifestement disproportionné tant parce qu'il n'est pas établi que les faits reprochés sont graves et répétés qu'au regard du préjudice économique induit, elle n'apporte en appel aucun élément de nature à remettre en cause l'appréciation portée par le juge des référés de première instance. Il y a donc lieu, sur ces différents points, d'écarter son argumentation par adoption des motifs retenus dans l'ordonnance attaquée.

6. Il résulte de tout ce qui précède que l'appel de la société SAPE doit être rejeté, y compris les conclusions tendant à l'application de l'article L.761-1 du code de justice administrative, selon la procédure prévue par l'article L.522-3 de ce code.

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête de la société SAPE est rejetée. (SCP Monod, Colin, Stoclet, av.)