

La fraude à la prestation de services et au détachement de salariés sur le territoire français : panorama de la jurisprudence française

par Hervé GUICHAOUA, Directeur du travail

PLAN

I. Le cadre juridique applicable à la prestation de services et au détachement de salariés

- A. Les articles 49, 56 et 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)
- B. La directive 96/71/CE du Parlement et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services
- C. Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles
- D. Les textes relatifs à la protection sociale des salariés détachés
- E. Le Code du travail

II. Les fraudes à la prestation de services ou l'illégalité du statut de l'activité économique exercée en France

- A. La fraude aux modalités d'exercice de l'activité économique
- B. La fraude à la nature de l'activité économique

III. Les fraudes au statut des salariés détachés

- A. Le détachement d'un salarié depuis un pays ou par une entreprise dans lesquels il n'a jamais travaillé
- B. Le détachement d'un salarié qui travaille en France
- C. Le détachement d'un salarié placé sous la subordination juridique d'une entreprise établie en France

L'intervention des entreprises étrangères (1) sur le territoire français, sous le régime de la libre prestation de services et du détachement de leurs salariés, a commencé à attirer l'attention des pouvoirs publics et des services de contrôle au cours des années 80, pour connaître son premier contentieux emblématique avec l'affaire *Rush Portuguesa* (2), entreprise de droit portugais dans le domaine du génie civil. En effet, l'adhésion de l'Espagne et du Portugal à l'Union européenne en 1986 a marqué le début d'une nouvelle réalité économique et sociale en France, consécutive à l'intervention d'entreprises établies hors des frontières, notamment dans le secteur du BTP. La présence de ces entreprises a considérablement crû avec l'entrée de dix nouveaux Etats dans l'Union européenne en 2004 (3), puis de deux autres en 2007 (4). Entre ces deux dates, les adhésions successives de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède en 1994 n'ont pas eu d'incidences remarquées dans le monde du travail en France.

Si l'intervention des entreprises établies dans l'Union européenne, l'Espace économique européen et la Suisse prédomine, il ne faut pas sous-estimer celle des pays tiers, notamment dans les domaines artistiques et de l'informatique, puisque la France fait bénéficier ces dernières entreprises de la même libre prestation de services (5).

Avant et depuis l'affaire *Rush Portuguesa*, initiée par des constats de l'inspection du travail sur le chantier de construction de la ligne du TGV Atlantique en septembre et décembre 1986, de très nombreuses affaires de prestation de services et de détachement de salariés ont donné lieu, la plupart du temps dans la plus grande discrétion, voire dans l'anonymat, à des décisions des juridictions françaises, et notamment de la Cour de cassation (6). Cette discrétion, qui persiste encore aujourd'hui, a pu laisser penser, à tort, que les services de contrôle et de recouvrement n'accordent pas toute l'attention requise à l'égard des entreprises étrangères intervenant sur le territoire français. Ou tout simplement que l'intervention des entreprises étrangères se fait dans la légalité, ce qui ne correspond pas la réalité.

(1) Par convention, sera appelé entreprise étrangère tout opérateur économique domicilié hors de France, qu'il soit domicilié dans l'Espace économique européen ou dans un pays tiers.

(2) CJCE C-113/89 du 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*.

(3) Chypre, Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Malte, Pologne, République tchèque, Slovaquie, Slovénie.

(4) Bulgarie et Roumanie.

(5) Etonnamment, la France ne fait aucune différence entre une entreprise établie dans l'UE et une entreprise établie dans un pays tiers. De fait, cette dernière est assimilée à une entreprise communautaire lorsqu'elle preste en France.

(6) Le présent article n'évoque que les décisions rendues en application du Code du travail ou du Code de la Sécurité sociale.

Par ailleurs, l'apport de ces décisions de justice n'étant pas valorisé, on a pu croire que seules les décisions de la Cour de justice de l'Union européenne, par contre largement citées et commentées, disent ou font le droit sur ce sujet.

Pourtant, les décisions des juridictions françaises, très significatives à la fois par leur ancienneté, leur nombre, leur nature et la variété des situations de fraude examinées, attestent de la vigilance constante et soutenue qui est portée en France depuis de nombreuses années à l'égard des activités des entreprises étrangères et de leurs donneurs d'ordre (7). Elles viennent par ailleurs très utilement préciser et compléter le cadre juridique dans lequel une entreprise établie hors de France peut prester en toute légalité sur le territoire français en y détachant les salariés nécessaires (I). Elles sont remarquablement utiles pour lutter contre les deux grands maux du contournement de la prestation de services (II) et du détachement (III) que sont la concurrence déloyale et le dumping social.

A ce titre, elles méritent d'être mieux connues au moment où est négociée à Bruxelles une proposition de directive destinée à assurer un meilleur respect de la directive 96/71/CE du Parlement et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services (8).

I. Le cadre juridique applicable à la prestation de services et au détachement de salariés

Cinq séries de normes ont vocation à s'appliquer à la prestation de services et au détachement de salariés sur le territoire français.

A. Les articles 49, 56 et 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)

L'article 49 du TFUE reconnaît le droit à tout acteur économique communautaire de s'établir dans un autre Etat de l'Union européenne. L'affirmation du droit à s'établir dans un autre Etat de l'Union est d'ailleurs cité dans le TFUE avant les deux articles 56 et 57 relatifs à la libre prestation de services, ce qui tend à considérer que le mode normal d'exercice d'une activité économique dans un Etat est d'abord la forme de l'établissement et ensuite, par exception, celui de la prestation de services.

La prestation de services est nécessairement temporaire ; elle est faite au bénéfice d'un destinataire et contre rémunération. Depuis l'arrêt *Steymann* (9), la CJUE est intervenue à plusieurs reprises pour préciser le contenu de cette formulation sibylline et assez peu opérationnelle en situation de contrôle (10). Elle a énuméré des critères susceptibles de faire la différence entre une activité économique relevant de la prestation de services et celle relevant de l'établissement, en laissant le soin aux juridictions nationales d'appliquer cette grille d'analyse.

B. La directive 96/71/CE du Parlement et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services

Les articles 1 et 2 de la directive 96/71 décrivent les cas de détachement, donnent une définition du salarié détaché et fixent les dispositions du droit du travail applicables au salarié détaché par son employeur dans un autre Etat de l'Union européenne (11).

La directive ne traite pas du droit au travail des ressortissants de pays tiers détachés par une entreprise communautaire dont ils sont salariés. Sur ce sujet, et en l'absence de texte spécifique, la CJUE a construit depuis l'arrêt *Rush Portuguesa* une jurisprudence prétorienne et à géométrie variable, en fonction de l'objet et des circonstances du détachement du salarié ressortissant d'un pays tiers (12).

Assez curieusement, la directive 96/71 considère que le détachement d'un salarié dans le cadre d'une mobilité internationale intragroupe relève de la prestation de services alors que cette mobilité ressort en général de la gestion individuelle du contrat de travail, et qu'aucune transaction marchande n'est réalisée et facturée.

A l'inverse, la directive passe sous silence le cas du détachement du salarié dans le cadre d'une prestation

(7) Compte tenu de leur nombre, seule une partie des décisions des juridictions françaises est citée dans cet article.

(8) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services (SWD(2012) 63 final).

(9) CJCE 196/87 du 5 octobre 1988, *Steymann*.

(10) Notamment. CJCE C-55/94 du 30 novembre 1995, *Gebhard* ; CJCE C-215/01 du 11 décembre 2003, *Schnitzer*.

(11) Les propositions de règlement et de directive sur le détachement actuellement en cours de discussion à la Commission ne modifient pas *a priori* les articles 1 et 2 de la directive du 16 décembre 1996.

(12) *Rush Portuguesa* précité ; CJCE C-43/93 du 9 août 1994, *Vander Elst* ; CJCE C-445/03 du 21 octobre 2004, *Grand Duché du Luxembourg* ; CJCE C-244/04 du 19 janvier 2006 *République fédérale d'Allemagne* ; CJUE C-307/09 du 10 février 2011, *Vicoplus* ; sur cette dernière affaire v. F. Muller "Détachement, mise à disposition, déplacement de travailleurs, prêt de main d'œuvre : what else ?", Dr. Ouv. 2011 p. 447.

faite au bénéfice de son propre employeur, situation qui est visée par la loi française pour éviter un vide juridique préjudiciable pour ce type de détachement (13).

C. Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles

Les articles 8 et 9 du règlement n° 593/2008 (14) précisent quelle est la loi applicable au contrat de travail, dès lors qu'il existe un élément d'extranéité dans la conclusion, l'exécution ou la rupture de la relation contractuelle. Ces articles tempèrent par ailleurs le choix de la loi applicable à la relation contractuelle par l'obligation de respecter les lois de police du juge saisi.

De façon générale, on peut dire que les dispositions de la directive 96/71 et du règlement n° 593/2008 se combinent et se complètent pour déterminer la totalité du droit du travail applicable au salarié détaché, en fonction de l'objet du litige.

Les décisions des juridictions françaises relatives à l'application de la Convention de Rome, puis du règlement n°593/2008 sont nombreuses (15), mais très peu portent sur des faits assimilables à une fraude au détachement de salariés (16).

D. Les textes relatifs à la protection sociale des salariés détachés

La protection sociale de certains salariés détachés en France, et par suite les obligations de leurs employeurs en la matière, sont organisées et assurées dans les conditions prévues par les textes communautaires ou les conventions bilatérales de Sécurité sociale (17). L'esprit général de ces textes a pour effet de permettre, dans des conditions dérogatoires précises, aux entreprises étrangères qui détachent temporairement leurs salariés sur le territoire français de ne pas y payer de cotisations sociales, au nom du principe de l'unicité du régime de protection sociale du salarié détaché. Le salarié détaché reste maintenu au régime de Sécurité sociale de son

pays d'emploi habituel. On voit immédiatement l'effet d'aubaine et l'intérêt financier conséquent pour les entreprises de se réclamer de ces textes dérogatoires à l'article L.311-2 du Code de la Sécurité sociale (18), ainsi que des fraudes et du dumping social qu'il peut générer.

Lorsque les entreprises étrangères ne peuvent bénéficier de ce système dérogatoire, elles doivent, selon le droit commun applicable de la protection sociale à tout employeur, s'immatriculer en France, via le guichet unique créé en 2004 par l'article L. 243-1-2 du Code de la Sécurité sociale, puis procéder à la déclaration unique d'embauche de chaque salarié détaché et enfin verser les cotisations sociales dans les mêmes conditions que les entreprises françaises (19).

E. Le Code du travail

Sensibilisée par les constats opérés en 1986 dans l'affaire *Rush Portuguesa*, puis par la réponse apportée par la CJCE à la question préjudicielle posée par le Tribunal administratif de Versailles, la France a réagi dans un premier temps par la publication de deux circulaires datées du 22 avril 1988 et du 2 mai 1991, circulaires dont la diffusion était nécessaire, mais insuffisantes pour créer et sécuriser le droit social applicable aux entreprises étrangères (20).

Puis la France s'est dotée, dès la fin de l'année 1993, d'un cadre juridique spécifique, inséré dans le Code du travail, précisant les règles de droit applicables aux entreprises étrangères détachant des salariés sur le territoire français. (21) La France a été le premier Etat de l'Union européenne à adopter un tel cadre, deux ans et demi avant la directive détachement 96/71. Aucune incompatibilité majeure n'a été décelée entre cette législation française précurseur et les normes européennes adoptées ultérieurement (22). Au contraire, la déclaration préalable de détachement instituée dès le mois de juillet 1994 par la France, qui avait suscité à l'époque quelques interrogations de la part de la Commission européenne, vient d'être reconnue et introduite par celle-ci, dix neuf ans plus tard, dans la

(13) Par exemple, le détachement de salariés pour démonter dans une entreprise française des machines-outils d'occasion achetées par leur employeur établi hors de France.

(14) Le règlement 593/2008 a remplacé la Convention de Rome.

(15) La plupart des décisions ont pour objet de déterminer le droit applicable à la rupture du contrat de travail.

(16) Cass. soc. n° 11-17.906 du 11 avril 2012, *Avient Ltd*.

(17) Règlement n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil portant sur la coordination des systèmes de Sécurité sociale, du règlement n° 987/2009 du Parlement et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement n° 883/2004. Règlement n° 465/2012 du 22 mai 2012 modifiant les deux règlements précédents. Règlement n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 et les 34 conventions bilatérales. Documents consultables sur le site du CLEISS.

(18) Le principe posé par l'article L. 311-2 du Code de la Sécurité sociale est que toute personne qui travaille en France est assujettie de plein droit au régime obligatoire de Sécurité

sociale, avec toutes les conséquences qui en découlent pour son employeur lorsque cette personne est un salarié.

(19) Centre national des firmes étrangères (CNFE) à l'Urssaf de Strasbourg.

(20) Circulaire DPM n°236 du 22 avril 1988 relative à l'emploi de main-d'œuvre étrangère par des entreprises étrangères effectuant des prestations de services sur le territoire français et circulaire DRT du 2 mai 1991 précisant les règles à appliquer aux entreprises de la Communauté économique européenne venant temporairement effectuer une prestation de services en France dans le domaine du bâtiment et du génie civil.

(21) Article 36 de la loi quinquennale n° 93- 1313 du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle et décret n° 94-572 du 11 juillet 1994 ; articles L. 1261-1 et suivants du Code du travail.

(22) Une observation de la Commission a porté sur la détermination de la convention collective applicable.

proposition de directive actuellement en discussion à Bruxelles (23).

Depuis sa création, le dispositif juridique français a fait l'objet de plusieurs ajustements, dont le dernier au mois de décembre 2007 (24).

L'application du Code du travail aux entreprises étrangères ne se limite pas cependant aux dispositions

spécifiques issues de la loi quinquennale de 1993. La quasi-totalité des décisions de justice rendues en France est en effet intervenue sur le fondement des textes relatifs à la lutte contre le travail illégal, qui couvrent un champ et des obligations bien plus larges, avec la mise en cause des donneurs d'ordre installés en France qui font appel à ces entreprises étrangères (25).

II. Les fraudes à la prestation de services ou l'illégalité du statut de l'activité économique exercée en France

Deux types de fraudes sont principalement rencontrés et identifiés : la fraude aux modalités d'exercice de l'activité économique sur le territoire français et la fraude à la nature de l'activité économique exercée en France. Ces deux types de fraude sont susceptibles de coexister lors de l'intervention de la même entreprise étrangère sur le territoire français. Elles ont donné lieu à de nombreuses réponses judiciaires.

A. La fraude aux modalités d'exercice de l'activité économique

La fraude aux modalités d'exercice de l'activité économique en France se manifeste elle-même sous plusieurs formes, qui ont fait chacune l'objet de contentieux particuliers auprès des juridictions françaises.

1. La coquille vide dans l'Etat de domiciliation officielle de l'entreprise étrangère

Dans cette situation, l'entreprise dispose d'une simple adresse postale dans l'Etat de domiciliation, mais n'y déploie aucune activité économique. Elle n'y justifie d'aucune consistance économique. Les tribunaux français ont considéré que ce type d'entreprise ne peut se réclamer de la libre prestation de services, d'une part parce qu'elle n'exerce dans ce pays aucune activité et d'autre part parce qu'elle exerce son activité réelle en France et de surcroît de façon stable, continue et permanente (26). L'entreprise étrangère ainsi structurée doit s'établir en France avec toutes les obligations déclaratives et de paiement des charges et contributions sociales et de paiement de l'impôt. A défaut, elle commet le délit de travail dissimulé prévu par les articles L. 8221-1 et suivants du Code du travail.

Bien que cet aspect du dossier n'ait pas donné lieu à un contentieux de cette nature, c'était le cas de l'entreprise *Rush Portuguesa* qui n'avait qu'une domiciliation de façade au Portugal, sans y exercer de réelle activité.

2. la délocalisation fictive d'une entreprise française à l'étranger

L'opération de délocalisation fictive consiste pour une entreprise, qui est installée en France depuis de nombreuses années et qui y a toujours exercé son activité, à transférer son siège social hors de France, de préférence dans un Etat moins disant socialement et fiscalement, tout en poursuivant son activité de façon identique sur le territoire français. L'entreprise considère alors ne plus être soumise à la loi française et ne s'acquitte plus de ses cotisations et de son impôt, qu'elle paie dans le pays qu'elle a choisi et où elle a élu domicile.

Ces pratiques ont été encouragées à une époque et ont connu un certain succès, à l'initiative d'une organisation de défense des commerçants et des artisans. Une circulaire de la direction de la Sécurité sociale avait appelé l'attention des services de contrôle et de recouvrement sur cette fraude concertée (27).

Plusieurs décisions de justice sont venues sanctionner ces pratiques (28), soit au titre du travail dissimulé, soit pour valider des procédures de recouvrement de cotisations sociales éludées qui étaient engagées par les organismes français de protection sociale.

3. l'absence d'activité normale et significative dans le pays de domiciliation de l'entreprise étrangère

L'entreprise étrangère déploie dans le pays de domiciliation une activité qui se limite à l'exécution de

(23) Article 9 1 (a) de la proposition de directive du 21 mars 2012 précitée.

(24) Décret n° 2007-1739 du 11 décembre 2007.

(25) Très peu de décisions rendues par les juridictions françaises portent directement sur le droit du travail spécifique dédié au détachement. Voir notamment Cass. crim. n° 05-81.902 du 10 mai 2006, *Meci* : obligation d'adhérer à la caisse des congés payés du BTP.

(26) Cass. crim. n° 98-84.501 du 27 mai 1999 *Interisa* ; Cass. crim. n° 99-80.560 du 5 janvier 2000, *Sprl Européenne du*

bâtiment ; Cour d'appel de Rennes du 10 juillet 1997, *Prati* ; Cour d'appel de Dijon n° 99/607 du 8 septembre 1999, *Gilles* ; Cour d'appel de Rennes du 7 décembre 2000, *Batch et Hayward* ; Tribunal de grande instance de Paris n° 9930990541 du 20 février 2001, *De Bretagne*.

(27) Circulaire DSS/SDFGSS/5B/99/495 du 23 août 1999.

(28) Cass. crim. n° 98-86.665 du 27 mai 1999, *Rodriguez* ; Cass. soc. n° 03-18.771 du 22 février 2006, *Hellegouarch* ; Cass. crim. n° 05-87.436 du 3 octobre 2006, *The Lovely Time SDT* ; Cour d'appel d'Agen du 14 mars 2002, *Caunézil*.

tâches purement administrative et de gestion. Le cœur de son métier, c'est-à-dire la mise en œuvre de son objet social, n'est pas réalisé dans ce pays, mais en France, voire dans d'autres pays de l'Union européenne.

Conformément à la jurisprudence communautaire (29), le juge français dénie à l'entreprise étrangère, dans cette hypothèse, le droit de se prévaloir de la libre prestation de services et en tire toutes les conséquences au regard du droit social qui doit être appliqué (30). L'activité économique en France doit donner lieu à la création d'un établissement, accompagnée d'une demande d'immatriculation au registre consulaire, si elle est obligatoire, et avec les déclarations fiscales et sociales afférentes à l'activité de cet établissement. A défaut, le délit de travail dissimulé est avéré et sanctionné.

4. la présence d'une activité stable, continue et permanente sur le territoire français

Le fait qu'une entreprise étrangère justifie d'une domiciliation hors de France, dans un pays où elle exerce une réelle activité économique, ne la dispense pas de créer un établissement en France dès lors qu'elle y déploie une activité stable, continue et permanente. En effet, la prestation de services est par nature temporaire. Si l'activité économique sur le territoire français devient pérenne ou est exercée sans limitation de durée, elle change de nature et ne peut relever de la prestation de services. Cette activité économique doit donner lieu à la création d'un établissement en France.

Lorsque cette fraude à l'établissement est constatée, elle constitue en particulier du travail dissimulé par dissimulation d'activité. La fraude à l'établissement est une réalité souvent constatée par les services de contrôle et de recouvrement.

De nombreuses décisions de justice sont intervenues pour réprimer cette fraude constatée dans plusieurs secteurs d'activité dont la prospection commerciale, le bâtiment, le transport routier de marchandises, la réparation automobile, le transport aérien, l'import-export (31).

B. La fraude à la nature de l'activité économique

La fraude à la nature de l'activité économique exercée en France vise le comportement d'entreprises étrangères dont l'intervention en France est susceptible de constituer

a priori de la vraie prestation de services, parce que temporaire, mais dont l'objet porte en réalité sur des opérations ou des activités interdites par le Code du travail ou non conformes au Code du travail.

On peut citer ainsi les opérations de fausse sous-traitance et les diverses activités d'intermédiation.

1. Les opérations de fausse sous-traitance.

A l'identique des pratiques qui existaient déjà entre entreprises françaises, des entreprises étrangères participent en France, et au bénéfice d'entreprises françaises, à de la fausse sous-traitance. Cette fausse sous-traitance, sous des montages commerciaux parfois sophistiqués, se manifeste soit par la fourniture de main-d'œuvre salariée prétendument détachée, soit par le recours à des pseudos travailleurs indépendants.

Cette fraude à la prestation de services, historiquement la première sanctionnée par les tribunaux français (32), affecte plusieurs secteurs d'activité économique et pas uniquement celui du BTP, traditionnellement sensible.

Pour caractériser ces fraudes transnationales à l'emploi et au travail, les tribunaux utilisent la même grille d'analyse et de requalification que celle résultant de la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation, fondée sur le transfert et l'exercice réel de la subordination juridique, pour ainsi faire la distinction entre vraie et fausse sous-traitance (33). En cette matière, l'un des intérêts, si ce n'est l'intérêt majeur, de cette jurisprudence est de mettre en cause à titre principal les donneurs d'ordre qui sont établis en France et qui tirent profit au premier chef de ces pratiques.

a) La mise à disposition illicite de salariés

L'une des premières affaires de fausse sous-traitance internationale, c'est-à-dire de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre, a été jugée par la Cour de cassation en 1998 (34) pour des faits commis sur un chantier de réparation navale. A l'époque, cette affaire avait fait grand bruit, car l'entreprise française titulaire du marché avait préféré sous-traiter le travail à un prestataire établi hors de France plutôt que d'employer la main-d'œuvre locale disponible et qualifiée qui se trouvait dans un bassin d'emploi touché par des restructurations récentes dans la "navale". L'enquête de terrain, diligentée conjointement par l'inspection du travail et la police de l'air et des frontières, avait révélé que cette sous-traitance apparente cachait une opération de trafics de main-

(29) CJCE 35/70 du 17 décembre 1970, *Manpower* ; CJCE C-202/97 du 10 février 2000, *Fitzwilliam*.

(30) Cass. crim. n° 11-82.949 du 14 février 2012, *Vinexpert*.

(31) Cass. crim. n° 00-86.281 du 24 avril 2001, *Eitel* ; Cass. crim. n° 02-86.287 du 25 mars 2003, *Mohamed* ; Cass. soc. n° 02-60.119 du 14 janvier 2004, *Agio Sigarenfabrieken* ; Cass. crim. n° 03-86.970 du 26 octobre 2004 *Holger* ; Cour d'appel de Paris n° RG 10/6129 du 8 novembre 2011 *Easyjet* ; Cour d'appel de Colmar du 13 octobre 2000, *Rhee*.

(32) Première décision rendue : Cass. crim. n° 95-80.772 du 16 janvier 1996, *Stim*.

(33) Cass. crim. n° 82-94.131 du 7 février 1984, *Alpha Informatique* ; Cass. crim. n° 84-91.628 du 25 juin 1985, *Altra* ; Cass. crim. 21 janvier 1986, *TMG* ; Cass. crim. n° 85-95.6585 du 23 juin 1987, *Kodak*.

(34) Cass. crim. n° 96-86.679 du 4 juin 1998, *Tessandier*.

d'œuvre étrangère, mise à la disposition de l'entreprise française qui l'utilisait comme son propre personnel.

C'est également dans cette affaire que la Cour de cassation a validé pour la première fois, outre les qualifications classiques de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre, l'analyse d'un juge du fond consistant à considérer le donneur d'ordre comme l'employeur de fait des salariés prêtés du pseudo sous-traitant, avec toutes les conséquences pénales relatives au travail dissimulé (encore appelé travail clandestin à l'époque) et à l'emploi d'étrangers sans titre de travail. Cette analyse est désormais acquise et est devenue habituelle (35).

Depuis cette période, de nombreuses décisions de justice sont intervenues pour condamner des opérations de prestation de services masquant en réalité du marchandage et du prêt illicite de main-d'œuvre : dans l'agriculture, la réfection de fours industriels, la serrurerie, le bâtiment, la manufacture, les transports routiers de marchandises, les travaux sous-marins offshore (36)...

b) Le recours à des faux travailleurs indépendants

Une fraude plus sophistiquée à la prestation de services internationale consiste, pour un donneur français, à recourir à des personnes présentées formellement comme des travailleurs indépendants, en provenance de leur pays d'origine, tout en les faisant travailler comme des salariés.

S'il est tout à fait loisible à un donneur d'ordre français de faire appel en sous-traitance à un ou plusieurs travailleurs indépendants établis hors de France, dans le cadre des articles 56 et 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, encore faut-il que ces travailleurs indépendants viennent prêter aux conditions suivantes : tout d'abord être connus en qualité de travailleurs indépendants dans le pays où ils sont domiciliés, y exercer habituellement leur activité économique et enfin ne pas être liés au donneur d'ordre par un lien de subordination juridique permanente.

A plusieurs reprises, les tribunaux ont sanctionné des donneurs d'ordre français qui recouraient, parfois massivement (37), à des faux travailleurs indépendants, souvent en provenance de l'Union européenne, soit directement, soit par le concours d'intermédiaires très actifs dans le placement rémunérateur de ces pseudos travailleurs indépendants. Ces donneurs d'ordre sont alors requalifiés en employeurs de fait de ces faux indépendants et condamnés pour dissimulation d'emploi

salarié, voire emploi de salariés sans titre de travail, s'il s'agit de ressortissants de pays tiers

Bien entendu, ces fraudes ne doivent rien au hasard et relèvent d'une organisation réfléchie de l'activité économique. L'intérêt pour les donneurs d'ordre de recourir à des faux indépendants dans le monde du travail est bien connu (38). Lorsque ces faux indépendants sont de surcroît domiciliés hors de France, deux avantages supplémentaires s'ajoutent : d'une part, un contrôle rendu complexe par la difficulté pour les services de contrôle et de recouvrement à obtenir, dans certains cas, les informations qui leur sont nécessaires dans le pays d'origine et, d'autre part, pendant la période transitoire applicable aux nouveaux Etats membres de l'Union européenne, le contournement de l'obligation de solliciter une autorisation de travail nécessaire pour employer directement ces personnes en qualité de salariés.

Les décisions de justice relatives au recours à de faux prestataires étrangers, avec un premier arrêt de la Cour de cassation dès l'année 1997, concernent notamment le BTP, la peinture industrielle, les produits manufacturés, le maraîchage, le sexage de volailles (39).

A ce propos, une attention plus particulière doit être accordée à la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la production et à l'emploi des artistes résidents dans l'Union européenne, en relation avec la modification récente du Code du travail que la France a dû consentir à la demande de la Commission européenne pour atténuer la portée de la présomption de salariat (40). Certains organisateurs de spectacles ont vu, dans cette modification législative, une opportunité pour s'affranchir *de facto* des effets attachés à cette présomption de salariat, en présentant d'office des artistes résidents dans l'Union européenne auxquels ils recouraient comme des travailleurs indépendants, ce qui leur évitait de se comporter en producteurs employeurs et de payer les cotisations sociales et les contributions à la caisse de congés payés.

Deux décisions de la Cour de cassation, intervenues depuis cette évolution législative, rappellent la force qui s'attache à cette présomption de salariat, qui continue à s'appliquer *a priori* pour les artistes résidents dans un autre Etat de l'Union européenne qui se produisent en France, faute pour l'organisateur d'apporter la preuve contraire d'un véritable statut de travailleur indépendant (41). La preuve contraire consiste pour l'organisateur du

(35) Arrêt de principe : Cass. crim. n° 05-80.833 du 31 janvier 2006, *ABC*.

(36) Cass. crim. n° 96-86.479 du 12 mai 1998, *Sogexpat* ; Cass. crim. 03-82.797 du 17 février 2004, *Efuba* ; Cass.crim. n° 10-82.626 du 12 octobre 2010, *JPV* ; Cass. crim. n° 10-82.636 du 1er mars 2011 *Norcolor* ; Cour appel de Dijon n° 99/607 du 8 septembre 1999, *Gilles*.

(37) 72 faux travailleurs indépendants dans une affaire de maraîchage : Tribunal de grande instance de Villefranche-sur-Saône n° 1251/06 du 19 décembre 2006.

(38) Notamment : pas de paiement de cotisations sociales et non-respect des minima de salaire et de la durée du travail.

(39) Cass. soc. n° 95-18.115 du 27 mars 1997, *Ladrisol* ; Cass. crim. 04-87.840 du 13 septembre 2005 *MPDC* ; Cass. crim. n° 08-82.843 du 9 décembre 2008 *Sidrom* ; Cass. crim. n° 09-85.044 du 2 février 2010, *Bak* ; Cass. crim. n° 07-87.289 du 8 juin 2010, *ESAF*, sur lequel F. Muller préc. spéc. p. 453.

(40) Article L. 7121-5 du Code du travail créé par la loi n° 2008-89 du 30 janvier 2008.

(41) Cass. crim. n°10-80.283 du 12 octobre 2010, *Volker* ; Cass. civ. 2, n° 11-14.505 du 4 avril 2012, *Office du tourisme du pays de Pamiers*.

spectacle à démontrer que les artistes à qui il fait appel sont connus dans leur pays de résidence pour y exercer habituellement la profession d'artistes en qualité de travailleurs indépendants.

2. Les activités d'intermédiation à destination du territoire français

Des entreprises étrangères proposent, par du démarchage très soutenu, à des employeurs français de la main-d'œuvre, soit en se réclamant du statut d'entreprise de travail temporaire, soit en se réclamant d'un autre statut d'intermédiation, souvent difficile à identifier. Certaines de ces pratiques, en marge de la légalité, ne sont pas récentes. Dès l'année 1995 (42), les pouvoirs publics ont commencé à constater leur caractère organisé, souvent alertés par les organisations professionnelles elles-mêmes, dont les adhérents étaient fortement sollicités pour employer des salariés présentés comme travailleurs exemplaires et bon marché. Plusieurs décisions de justice rappellent les règles à respecter en la matière, notamment à l'égard des utilisateurs français de cette main-d'œuvre.

a) Les activités licites mais exercées de façon illégale

– l'activité d'entreprise de travail temporaire.

Une entreprise de travail temporaire établie hors de France peut mettre à la disposition d'utilisateurs français des salariés intérimaires dans le cadre de la prestation de services (43). Le Code du travail précise à cet égard les règles applicables à ces prestations en France. Celles-ci sont sensiblement les mêmes que celles auxquelles sont tenues les entreprises de travail temporaire françaises, sauf à justifier, pour l'une de ces règles, du respect dans le pays de domiciliation d'une mesure d'effet équivalent pour les droits des salariés intérimaires (44).

Deux fraudes ont fait l'objet de décisions de la Cour de cassation, qui a confirmé des condamnations prononcées en appel :

- la fraude à l'établissement de la part d'une entreprise de travail temporaire qui ne justifiait pas d'une activité normale et significative dans l'Etat de domiciliation (45). Dans cette affaire, il a été considéré que les entreprises françaises de ces intérimaires devenaient leurs employeurs de fait. Cette fraude semble relativement répandue dans ce secteur d'activité. Elle est facilitée par l'utilisation maximale d'Internet à laquelle ces entreprises ont recours pour se faire connaître à distance et démarcher depuis un Etat dans lequel elles n'ont pas d'activité réelle. Il est

d'ailleurs très révélateur que certains de ces sites soient uniquement conçus en langue française, à l'exclusion même de la langue du pays de domiciliation.

- la fraude à la mise à disposition de salariés et au paiement des cotisations sociales en France, en utilisant abusivement le statut du détachement. Cette fraude résulte soit directement de la fraude à l'établissement, soit du rattachement indu des salariés intérimaires au système de protection sociale d'un pays dans lequel ils n'ont jamais travaillé et qui ne les connaissait pas auparavant (46).

Alors qu'il existe des entreprises de travail temporaire partout en France, on peut s'interroger sur les raisons qui conduisent une entreprise française à recourir à une entreprise de travail temporaire située à l'étranger, souvent inconnue et sans référence, et qui de surcroît risque de lui adresser des personnes qui ne parlent pas français, ce qui peut être une source de danger, voire d'accident du travail. L'une des explications réside sans doute dans le moindre coût de la prestation facturée par l'entreprise de travail temporaire étrangère qui supporte des charges sociales moins importantes qu'en France. Cet effet d'aubaine est d'autant plus avéré lorsqu'il se combine avec un processus de fraude à l'établissement, c'est-à-dire d'un contournement total de la loi française.

– l'activité d'agence de mannequins

Contrairement aux entreprises de travail temporaire, seules les agences de mannequins établies dans l'Union européenne et dans l'Espace économique européen bénéficient de la libre prestation de services (47). Une agence de mannequins installée en Suisse ou dans un pays tiers ne peut pas détacher de mannequins en France.

Le mannequin détaché en France a la qualité de salarié puisqu'il bénéficie de la présomption de salariat mentionnée dans le Code du travail. A l'identique de l'artiste, cette présomption de salariat peut cependant être écartée s'il est démontré que le mannequin est connu pour exercer habituellement ce métier comme travailleur indépendant, dans l'Union européenne ou l'Espace économique européen, et qu'il vient lui-même prêter à titre indépendant (48).

Deux types de fraude dans le secteur du mannequinat ont donné lieu à de la jurisprudence :

- le détachement en France de mannequins sous un statut de travailleurs indépendants, sans même démontrer l'existence de ce statut dans le pays où ils

(42) Notamment affaire *Domas Bau Limited*.

(43) La plupart des Etats de l'Union européenne ont des ETT dont l'activité est souvent réglementée, comme en France (voir www.prisme.eu).

(44) Pour la garantie financière prévue par les articles L. 1251-49 et suivants du Code du travail.

(45) Cass. crim. n°11-82.949 du 14 février 2012, *Vinexpert*.

(46) Cass. civ. 2 n° 05-21.596 du 5 avril 2007, *Serrurier obatoise* ; Cass. civ. 2, n° 07-11.096 du 20 mars 2008, *Elmat Ltd*.

(47) L'interdiction opportune de prêter en France faite aux agences de mannequins établies dans les autres Etats aurait pu être appliquée également aux ETT, ce qui était d'ailleurs le cas avant le décret du 11 décembre 2007 précité.

(48) Articles L. 7123-3 et L. 7123-4 du Code du travail, tempérés par l'article L. 7123-4-1.

sont réputés être installés et exercer habituellement leur activité (49). Ce type de fraude n'est pas isolé, compte tenu de la présomption de salariat en France.

- le détachement en France de mannequins salariés depuis une structure basée en Suisse, mais sans respecter les règles du Code du travail relatifs aux conditions d'exercice d'une agence de mannequins en France (50).

b) les activités d'intermédiation illicites

L'observation des pratiques des entreprises étrangères fait ressortir trois types d'activité d'intermédiation illicite et de fraude à la loi :

- la mise à disposition illicite de salariés, en dehors de tout cadre juridique. Des entreprises établies hors de France proposent la fourniture de salariés. Ces pratiques tombent directement sous le coup des infractions de marchandage et de prêt illicite de personnel (51) ;

- la mise à disposition de faux travailleurs indépendants. Des intermédiaires, souvent constitués en entreprises, offrent, moyennant rémunération, les services de personnes présentées comme des travailleurs indépendants, mais qui vont en réalité être employées comme des salariés. Parfois, ces personnes

ne justifient pas du statut de travailleur indépendant dans le pays où elles se déclarent résidents. Plusieurs décisions de justice ont sanctionné ces pratiques qualifiées de travail dissimulé, voire d'emploi d'étrangers sans titre de travail et complicité de ces deux infractions (52) ;

- la mise à disposition de faux stagiaires. Sur un schéma sensiblement identique à la mise à disposition de faux travailleurs indépendants, d'autres intermédiaires proposent à des entreprises françaises d'accueillir des ressortissants de l'Union européenne ou de pays tiers qui sont présentés comme des stagiaires, mais qui vont être employés également comme des salariés. Là encore, des décisions de justice attestent de ces fraudes transnationales qui tombent principalement sous le coup des mêmes incriminations que celles visant la mise à disposition de faux travailleurs indépendants (53).

Le dispositif juridique français, conforté par la vigilance des juridictions nationales, permet donc de faire face aux diverses fraudes au statut de l'activité économique exercée sur le territoire français par des entreprises se déclarant établies hors de France. Il en est de même pour lutter contre les fraudes au statut des salariés détachés.

III. Les fraudes au statut des salariés détachés

Les fraudes au statut des salariés détachés sont souvent, mais pas nécessairement, liées aux fraudes au statut de l'activité économique exercée en France. A ce titre, la distinction entre ces deux fraudes reste nécessaire.

Le détachement d'un salarié en France correspond à une appellation qui revêt deux acceptions juridiques, celle donnée par le Code du travail et qui s'inspire de la directive 96/71, et celle issue de la législation de Sécurité sociale.

Le salarié détaché au sens du Code du travail est celui qui travaille habituellement pour le compte d'un employeur régulièrement établi et exerçant son activité hors de France et qui, à la demande de celui-ci et sous son autorité, va travailler en France pour une durée déterminée. Le salarié peut être détaché pour trois raisons : pour permettre à son employeur d'exécuter une prestation de services (54), pour permettre à son employeur de réaliser un travail pour son propre compte,

sans destinataire, ou dans le cadre d'une mobilité internationale intragroupe.

Le salarié détaché au sens de la Sécurité sociale est celui qui est détaché au sens du Code du travail et qui reste maintenu, pendant cette période d'emploi en France, au régime de Sécurité sociale du pays dans lequel il travaille habituellement en qualité de salarié. Dans cette hypothèse, son employeur ne paie pas de cotisations sociales en France (55).

Les fraudes au détachement des salariés ont donc pour objet soit de s'affranchir de l'application pleine et entière du Code du travail, soit d'éviter le paiement des cotisations sociales en France lorsque cette faculté est offerte par les textes communautaires ou les conventions bilatérales, les deux effets d'aubaine pouvant être cumulés.

Plusieurs types de fraude au détachement du salarié ont donné lieu à de la jurisprudence.

(49) Cour d'appel de Versailles n° 1999-21380 du 9 octobre 2001.

(50) Tribunal de grande instance de Paris n° 0120590749 du 19 septembre 2006, *Richter*.

(51) Cass. crim. n° 07-81.043 du 3 mars 2009 *Earl Cidres* ; Cass. crim. n° 09-88.759 du 9 novembre 2010 *Tesi*, sur lequel F. Muller préc. spéc. p. 452 ; Tribunal de grande instance de Paris n° 0309490088 du 12 septembre 2006 *Pub irlandais* ; Tribunal de grande instance d'Albertville du 5 février 2007 *Miollex-Donjon*.

(52) Cass. crim. n° 08-82.843 du 9 décembre 2008 *Sidrom* ; Cass. crim. n° 07-87.289 du 8 juin 2010 *Esaf*.

(53) Cass. crim. n° 98-87.686 du 16 novembre 1999 *Wissing* ; Cass. crim. n° 09-86.095 du 26 mai 2010 *Actions langue* ; Cass. crim. n° 11-85.648 du 28 février 2012 *Agrinews* ; Cour d'appel de Rennes du 10 mars 2005 *Simon*.

(54) Y compris lorsque cet employeur est une entreprise de travail temporaire ou une agence de mannequins.

(55) Le maintien n'est pas de droit. Voir note 18. Voir également le site du centre des liaisons européennes et internationales de Sécurité sociale (www.cleiss.fr).

A. Le détachement d'un salarié depuis un pays ou par une entreprise dans lesquels il n'a jamais travaillé

L'entreprise étrangère rattache de façon purement administrative un salarié dans un pays au faible taux de cotisations sociales et couvert par les textes communautaires de coordination ou par les conventions bilatérales de Sécurité sociale, avant de le détacher sur le territoire français (56). Le salarié n'y justifie d'aucune antériorité d'emploi.

L'entreprise dispose bien entendu dans cet Etat d'une domiciliation, assortie ou non, selon les cas, d'une activité significative dans ce même Etat. Mais n'ayant jamais exercé dans celui-ci, le salarié n'a pas non plus travaillé préalablement dans l'entreprise qui l'envoie en France. Cette pratique, qui ne peut pas s'analyser en du détachement pour cette raison, est notamment le fait d'entreprises de travail temporaire établies hors de France ou de groupes internationaux pour optimiser la gestion sociale de leurs salariés en mobilité.

Cette opération ne devrait pas être en principe possible, puisqu'elle suppose que l'institution de Sécurité sociale du pays de domiciliation de l'entreprise délivre au salarié un certificat nominatif de détachement. Or, ce salarié, par définition, n'y est pas connu, au moment de la délivrance de ce certificat, comme un travailleur cotisant et assuré social. Le certificat de détachement est cependant remis par l'institution de Sécurité sociale (57) et permet ainsi à l'entreprise de ne pas payer de cotisations sociales en France.

La jurisprudence française, qui sur ce point prend ses distances avec la position de la CJUE sur la mise en cause de la validité du certificat de détachement (58), considère que, dans cette situation, le salarié ne peut être détaché ni au sens du Code du travail, ni au sens du Code de la Sécurité sociale. Il en résulte que l'article L. 311-2 du Code de la Sécurité sociale est applicable et que les cotisations sociales sont dues en France (59). Lorsque cette analyse est faite par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, ces faits reçoivent la qualification de travail dissimulé par défaut de déclaration sociale et par dissimulation d'emploi salarié.

(56) Voir *supra* l d).

(57) La délivrance complaisante du certificat de détachement permet à l'institution de Sécurité sociale de recevoir les cotisations sociales relatives à l'emploi d'un assuré social qui ne travaille pas sur son territoire.

(58) CJCE C-202/97 du 10 février 2000 *Fitzwilliam* ; CJCE C-2/05 du 26 janvier 2006 *Herbosch* : le certificat de détachement ne peut être remis en cause et retiré que par l'institution de Sécurité sociale qui l'a délivré. Add. sur la jurisprudence *Fitzwilliam* Circulaire DSS/DACI n° 2001-34 du 18 janvier 2001, Dr. Ouv. 2001 p. 376.

B. Le détachement d'un salarié qui travaille en France

Le rattachement fictif des salariés à un pays ou une entreprise dans lesquels ils n'ont jamais travaillé concerne parfois des salariés qui travaillent et cotisent habituellement en France. Ainsi qu'il existe des délocalisations fictives d'activité économique hors de France, il existe également des délocalisations fictives de salariés à l'initiative de leur employeur, le salarié continuant à travailler en France. Cette délocalisation se fait toujours dans un pays dans lequel les charges sociales sont moins élevées.

Outre le fait que plus aucune cotisation n'est versée en France, que le salarié est privé de la protection sociale française et que son contrat de travail précise qu'il est soumis au droit du travail du pays de domiciliation, ces pratiques pénalisent les entreprises françaises respectueuses de la loi qui supportent nécessairement un coût du travail plus élevé.

Une illustration de ces fraudes vient des entreprises de travail temporaire établies hors de France qui détachent sur le territoire français et auprès d'utilisateurs français des intérimaires français qui ont toujours travaillé en France (60). On voit immédiatement l'intérêt de ces fraudes de la part d'entreprises qui facturent principalement des heures de travail, c'est-à-dire de la main-d'œuvre.

Des fraudes similaires ont été identifiées, d'une part, dans le secteur des spectacles enregistrés (61) du fait d'entreprises étrangères employant en France des techniciens recrutés en France et, d'autre part, dans une activité de formation (62).

C. Le détachement d'un salarié placé sous la subordination juridique d'une entreprise établie en France

Cette fraude est sans doute la plus fréquente dans l'univers du détachement de salarié en France. Tant la directive 96/71 que le Code du travail précisent que le salarié détaché reste sous la subordination et l'autorité de son employeur établi à l'étranger (63). Cette précision, qui va de soi, n'est pas inutile car elle rappelle fort opportunément que l'employeur réel du salarié, détaché

(59) Cass.civ.2 n° 05-21.596 du 5 avril 2007 *Serrurerie objtoise*, Cass. civ. 2, n° 07-11.096 du 20 mars 2008 *Elmat Limited* ; Cass.crim. n°11-82.949 du 14 février 2012 *Vinexpert*.

(60) Arrêt *Serrurie objtoise* précité.

(61) Pour le tournage de films.

(62) Tribunal de grande instance de Paris n° 9930990541 du 20 février 2001 *De Bretagne*.

(63) Cette exigence se retrouve dans le guide pratique UE du mois de mai 2010 : législation applicable aux travailleurs détachés dans l'UE, l'EEE et la Suisse.

ou non, est celui qui, sous son autorité, l'encadre et le dirige (64).

Une très abondante jurisprudence française atteste de la grande attention qui est portée à l'identification de l'employeur réel du salarié détaché, afin que cet employeur n'élide pas ses obligations sociales en France. Cette jurisprudence tire toutes les conséquences, notamment en faisant application des textes relatifs à la lutte contre le travail illégal, du constat d'un transfert de la subordination juridique au profit d'un employeur français, sous le couvert d'appellations et de montages divers destinés à maintenir l'apparence d'un détachement.

En l'occurrence, cette fraude à l'emploi direct de salarié, sous couvert de détachement, a fait l'objet de contentieux dans les deux situations suivantes.

1. Les opérations de fausse sous-traitance

Les opérations de fausse sous-traitance, lorsqu'elles sont avérées dans le cadre transnational, présentent la particularité d'être à la fois une fraude à la nature de l'activité économique exercée sur le territoire français (65) et une fraude au détachement des salariés. En effet, en application de la jurisprudence de la Cour de cassation, le donneur d'ordre et utilisateur des salariés prêtés par l'entreprise sous-traitante est considéré comme l'employeur de fait de ces derniers, en raison du transfert de la subordination juridique inhérente au prêt de personnel (66).

Les salariés ne sont plus détachés par un employeur établi hors de France ; ils sont employés directement par une entreprise française. Les premiers arrêts de la Cour de cassation relatifs aux fraudes transnationales ont d'abord visé cette fraude à l'emploi (67).

Un raisonnement identique vaut lorsque la fausse sous-traitance se traduit par le recours à des pseudos travailleurs indépendants placés dans un lien de subordination juridique permanente. Ces derniers ne sont plus des prestataires intervenant en France sous le régime du détachement, mais des salariés de leur donneur d'ordre français.

Appliquant la même analyse qu'à l'égard des relations entre entreprises françaises, la Cour de cassation a validé de nombreuses condamnations de cours d'appel intervenues dans des affaires de fausse prestation de services et portant sur les quatre incriminations majeures relevant de la sphère du travail illégal : le marchandage, le

prêt illicite de personnel, le travail dissimulé et l'emploi d'étranger sans titre de travail (68).

2. La mobilité internationale intra groupe du salarié

A l'origine, fort prisée des grands groupes internationaux, la mobilité intra groupe du salarié a suscité au fil du temps, faute d'encadrement suffisamment précis, des effets d'aubaine, notamment dans des secteurs d'activités totalement étrangers à ces pratiques il y a encore quelques années.

La mobilité internationale intra groupe consiste pour une entreprise située hors de France à affecter temporairement un de ses salariés dans une autre entreprise du groupe établie en France pour y effectuer une mission bien déterminée. Ce détachement, appelé parfois impatriation, est évoqué de façon directe, mais très sibylline, par l'article 3 b) de la directive 96/71, par l'article L. 1262-1 2° du Code du travail et davantage par son article R. 5221-30, mais qui est limité aux seuls salariés des pays tiers.

Bien que ces précisions ne ressortent pas des deux premiers textes précités, les responsables de la mobilité dans les groupes internationaux s'accordent à reconnaître que la mobilité intragroupe relève de la gestion individuelle du contrat de travail et de la carrière d'un cadre, en lien avec des compétences de haut niveau ou des fonctions d'expertise, associée à un niveau de rémunération en relation avec ces compétences ou ces fonctions.

Assez curieusement, les questions relatives à la novation du contrat de travail du salarié en mobilité intragroupe et surtout au transfert de la subordination juridique vers l'entreprise d'accueil (69) établie en France sont absentes des textes et des analyses touchant à cette pratique.

Les juridictions françaises sont intervenues à plusieurs reprises, tant sur des situations de mobilité intra groupe individuelle qu'à l'égard de pratiques de mobilité collective, pour préciser le droit applicable.

- Tout d'abord, la mobilité internationale intra groupe du salarié ne peut lui être imposée. Elle doit être acceptée par le salarié puisqu'il s'agit d'une novation de son contrat de travail (70).

- D'autre part, il convient de tenir compte des conditions et des effets de l'affectation temporaire du salarié dans l'entreprise d'accueil en France, pour vérifier

(64) Cass. crim. n° 00-86.281 du 24 avril 2001 *Eitel* ; Cass. civ. 2, n° 06-21.089 du 20 décembre 2007 *Foe*.

(65) Voir *supra* II b 1.

(66) Not. Cass. crim n° 05-80.833 du 31 janvier 2006 *ABC*.

(67) Premier arrêt rendu : Cass. crim. n° 95-80.772 du 16 janvier 1996 *Stim*.

(68) Cf. les arrêts cités en notes 33, 35 et 36 ; Voir également Cass.crim. n° 11-82952 du 22 février 2012 *Timlux*.

(69) La proposition de directive 2010/0209 du 13 juillet 2010 du Parlement et du Conseil établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers dans le cadre d'un détachement intragroupe n'évoque pas non plus ce sujet.

(70) Cass. soc. 8 avr. 2009, Bull. civ. V n° 104, Dr. Ouv. 2010 p. 17, n. A. Chirez ; Cass. soc. 13 mai 2009, n° 08-42.485, *Groupe Rohm et Haas*.

l'existence ou non du transfert de la subordination juridique vers celle-ci. Si ce transfert est effectif, ce qui est souvent le cas (71), le salarié n'est plus en situation de détachement, mais se trouve en emploi direct en France auprès d'un employeur établi sur le territoire français (72).

En rattachant indûment des salariés en mobilité internationale intragroupe au statut du détachement, à la fois au titre du droit du travail et au titre de la Sécurité sociale, les entreprises d'accueil en France échappent ainsi fort opportunément au paiement des cotisations sociales (73). Cette situation est d'autant plus préjudiciable aux ressources de la Sécurité sociale qu'il s'agit assez fréquemment de salariés percevant des hautes rémunérations et provenant de pays ayant signé des conventions bilatérales de Sécurité sociale avec la France.

- Enfin, ces dernières années, s'est développée une mobilité collective intragroupe de salariés, via un montage qui reste sensiblement le même, quel que soit le secteur d'activité concerné (bâtiment, informatique, transport aérien, transport routier de marchandises, hôtellerie saisonnière). Dans ce schéma, le groupe international (74), dont souvent la maison-mère est située hors de France, crée en France un établissement, mais qui volontairement n'emploie pas directement de salariés ou très peu. L'activité normale de l'établissement français n'est pas assurée par des salariés en emploi direct. Elle est assurée par du personnel venant de la maison-mère ou d'une autre filiale et qui est mis à la disposition de l'établissement français, sous le statut de détaché, ce qui évite notamment de payer les cotisations sociales en France et de mettre en place les institutions représentatives du personnel.

En étant placés sous l'autorité de l'établissement français pour exécuter des tâches qui relève de l'activité normale de celui-ci, ces salariés nécessaires à son fonctionnement ne peuvent relever du statut du détachement (75). Ils sont salariés de l'établissement français et les cotisations sociales doivent être payées en France, malgré la possession des certificats de détachement ; les institutions représentatives du personnel doivent être créées.

Depuis 1986, et à l'examen de la jurisprudence des juridictions françaises, il est difficile de considérer que l'exercice de la libre prestation de services en France, et

le détachement des salariés qui l'accompagne, se font dans le respect des règles communautaires et nationales. Ils ont donné lieu à un florilège de fraudes assez inquiétant touchant plusieurs secteurs d'activité économique. Ces fraudes ne sont pas marginales ou anecdotiques et vont perdurer. Elles vont en effet se poursuivre puisqu'elles jouent, d'une part, sur la nature même de la prestation de services et du détachement qui est transnationale, qui rend leur contrôle global et rapide très difficile à plus d'un titre et d'autre part sur la différence du coût du travail en partie due au niveau des cotisations sociales.

Pour autant, la France peut continuer à mobiliser sereinement et utilement son dispositif juridique solide et efficace, qui a fait ses preuves pour lutter contre ces contournements, notamment grâce à deux outils : la requalification de la situation de travail ou de la relation contractuelle, cheville ouvrière de la lutte contre la fraude (76) et la mise en cause des donneurs d'ordre français.

Dans ce contexte, les discussions en cours à Bruxelles sur la proposition de directive du 21 mars 2012 relative à l'exécution de la directive de 96/71 ne doivent pas avoir pour effet d'affaiblir, même très indirectement, ce dispositif juridique, fruit d'une sensibilité politique et sociale ancienne sur ce sujet et qui n'est pas nécessairement partagée dans tous les autres Etats de l'Union européenne.

Dans ce domaine, la proposition de directive apportera par ailleurs une véritable plus-value à la France si les deux objectifs suivants sont atteints : la construction d'un meilleur système d'échange d'informations intra communautaire, en qualité et en réactivité, pour mieux identifier et caractériser ces fraudes et la possibilité de pouvoir recouvrer dans les Etats de domiciliation des entreprises prestataires les cotisations éludées dues en France aux différents organismes de recouvrement et aux caisses de congés payés (77). Aujourd'hui, ce qui n'est pas payé spontanément à ces institutions par les entreprises étrangères est irrémédiablement perdu, ce qui génère un manque à gagner important pour ces organismes et un avantage financier déloyal qui pénalisent les entreprises françaises.

Hervé Guichaoua

(71) Il est rare en effet que le salarié en mobilité intragroupe ne soit pas intégré aux équipes de l'entreprise d'accueil, ne travaille pas sur des projets ou des commandes de cette entreprise et ne relève pas au quotidien de l'autorité et de la gestion de celle-ci (horaires, congé, mode opératoire, rendu compte).

(72) Cass.civ.2 n°03-30.324 du 8 mars 2005 *Halliburton* ; Cass. soc. n° 08-44.480 du 20 janvier 2010 *Takeuchi Manufacturing* ; Cour administrative d'appel de Paris n° 08PA00423 du 10 octobre 2010 *Turkish Airlines*.

(73) Lorsque le salarié est envoyé en France depuis un autre Etat de l'Union européenne ou depuis un Etat qui a conclu avec la France un accord bilatéral de Sécurité sociale.

(74) Souvent de création récente et de taille très modeste.

(75) Cass. crim. n° 06-82.353 du 20 mars 2007 *MTLF* ; Cour d'appel de Paris n° 11/0008 du 31 janvier 2012 *Vueling* (pourvoi en cours).

(76) Par la technique du faisceau d'indices et de l'appréciation *in concreto*.

(77) La très grande majorité des prestations de services échappe en effet à la solidarité financière des donneurs d'ordre prévue par les articles L. 8222-1 et suivants du Code du travail car les conditions légales de sa mise en œuvre ne sont pas réunies. De surcroît, les cotisations dues aux caisses de congés payés, qui représentent par exemple 20,20% de la masse salariale dans le BTP, en sont exclues.