

Le dévoiement de la mobilité internationale intragroupe du salarié : une forme recherchée de travail illégal et de dumping social sur le territoire français

par Hervé GUICHAOUA, Directeur du travail

PLAN

I. Le cadre de la mobilité internationale intragroupe du salarié

- A. La forme originelle de la mobilité internationale intragroupe
- B. Les normes applicables à la mobilité internationale intragroupe

II. Le dévoiement de la mobilité internationale intragroupe du salarié

- A. L'optimisation de la mobilité internationale intragroupe
- B. Les réponses du juge national français

La mobilité internationale intragroupe (I) a pour objet original d'affecter de façon temporaire en France un salarié qui travaille habituellement dans une unité du groupe établie hors du territoire français, la maison-mère du groupe étant elle-même domiciliée soit en France, soit à l'étranger. Le dispositif juridique applicable à cette mobilité internationale, qui relevait initialement de la gestion individuelle du contrat de travail d'un cadre ou d'un expert de haut niveau, est suffisamment souple (I) pour avoir généré des effets d'aubaine qui s'amplifient. En effet, lorsque cette affectation temporaire se fait sous la forme du détachement du salarié en France, on observe, depuis plusieurs années, des pratiques d'entreprise bien éloignées d'un souci de bonne gestion partagée des compétences du salarié en mobilité, qui visent uniquement à s'affranchir du droit social français, et notamment du paiement des cotisations sociales, par le biais de trafics de main-d'œuvre transnationaux (II).

I. Le cadre de la mobilité internationale intragroupe du salarié

La mobilité internationale intragroupe vers la France, parfois appelée « l'impatriation » (2), a longtemps prospéré sous le seul régime de la culture et des impératifs du groupe (3), avant d'être très partiellement et progressivement encadrée par des normes juridiques.

A. La forme originelle de la mobilité internationale intragroupe

Il suffit de consulter les sites spécialisés dédiés au conseil à la mobilité internationale intragroupe (4) pour se rendre compte que, dans les groupes ayant notoriété, la mobilité intragroupe s'adresse à un public salarié bien identifié ; elle relève de la gestion individuelle du contrat de travail et s'inscrit dans la valorisation des compétences du salarié, qui se bonifient par une ou des expériences de travail à l'international.

La mobilité internationale intragroupe s'adresse à des cadres, souvent de niveau supérieur, ou à des

salariés justifiant d'une expertise pointue, assortie de rémunérations élevées. Il s'agit d'un public qui vient s'imprégner de la culture et du savoir-faire de l'entreprise d'accueil en France ou qui, en raison de son profil professionnel, va se livrer dans l'entreprise d'accueil à une mission de recherche, d'analyse, d'audit, de lancement, d'accompagnement, de suivi ou d'évaluation d'un nouveau process de travail ou d'une nouvelle politique définie par la maison-mère.

Dans ce contexte, la mobilité internationale intragroupe relève de la gestion choisie, personnalisée et attentionnée, du contrat de travail de ces salariés « haut de gamme ». L'intérêt du groupe, face à une opération de gestion de ressources humaines qui lui coûte cher et qui doit réussir, est de rendre cette mobilité la plus attractive possible pour le salarié pressenti. Le groupe va ainsi s'attacher à assortir cette mobilité d'avantages significatifs, en matière de

(1) Cette appellation, bien que très usitée et consensuelle, n'est pas formellement reprise dans les différentes normes juridiques qui lui sont applicables.

(2) Par opposition à l'expatriation d'un salarié français.

(3) À l'origine, les premières mobilités internationales intragroupes vers la France sont venues des sociétés américaines.

(4) Notamment le site du Cercle Magellan ou ceux des entreprises spécialisées dans cette activité, dites sociétés de relocation. Voir également le guide « Doing business in France – Janvier 2014 » de l'Agence française pour les investissements internationaux (AFII), au titre de la politique d'attractivité de la France.

rémunération, de protection sociale et de paiement de l'impôt sur les revenus (5). Des avantages en nature non négligeables sont ajoutés pour le salarié (6) et, éventuellement, pour la famille qui l'accompagne (7).

L'accueil du salarié en France se fait par un avenant à son contrat de travail initial, dont le contenu, extrêmement ciselé et varié, relève de la politique de ressources humaines propre à chaque groupe ; cet accueil se finalise soit par une embauche directe par la structure d'accueil en France, sous un contrat de droit français, avec, bien entendu, maintien de la relation initiale de travail avec l'entreprise d'origine, soit par un détachement au sens de l'article L. 1262-1 2° du Code du travail. Dans les deux cas, une clause de retour ou de réintégration dans l'entreprise d'origine est insérée dans l'avenant, pour sécuriser l'emploi du salarié et emporter son adhésion.

B. Les normes applicables à la mobilité internationale intragroupe

Cette forme de mobilité a été progressivement encadrée par des normes hétérogènes, assez peu contraignantes, car souvent libellées en termes généraux et non spécifiques à cette situation.

1. En premier lieu, plusieurs normes supranationales sont susceptibles de s'appliquer à la mobilité internationale.

En matière de droit du travail, la convention de Rome a été le premier outil juridique à régir et à déterminer la loi applicable au contrat de travail à exécution transnationale ou à parties transnationales. Cette convention limite objectivement la liberté contractuelle du groupe qui souhaite envoyer son salarié en mobilité internationale en rendant, notamment, applicables les lois sociales impératives (8) et les lois de police de l'État d'accueil (9). S'appliquent également les règles de l'État d'accueil avec lequel le salarié en mobilité a des liens étroits (10) ou dans lequel il travaille effectivement et habituellement (11).

L'article 1^{er} 3. b) de la directive 96/71/CE du Conseil et du Parlement du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services vise expressément le salarié en mobilité intragroupe, sans d'ailleurs utiliser formellement ce vocable ; il s'agit alors de « *détacher un travailleur sur le territoire d'un État membre, dans un établissement ou dans une entreprise appartenant au groupe, pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise d'envoi et le travailleur pendant la période de détachement* » (12). La directive pose quatre exigences qui limitent les initiatives du groupe en matière de mobilité internationale :

- le salarié doit travailler habituellement dans le pays d'envoi ;
- une relation de travail doit exister entre l'entreprise d'envoi et le salarié en mobilité pendant la période de détachement ;
- la mobilité doit être temporaire (13) ;
- enfin, le noyau dur du droit du travail du pays d'accueil, tel que défini par la directive, s'applique.

Pour autant, un tel salarié n'est pas nécessairement en situation de détachement, puisque le groupe peut décider de le faire embaucher par l'entreprise d'accueil en France.

Le régime de protection sociale applicable peut relever des règlements communautaires de coordination de sécurité sociale (14), ainsi que de l'un des 37 accords bilatéraux de sécurité sociale, si le salarié travaille dans l'un des États non communautaires signataires de ces accords (15). À défaut, le salarié en mobilité est couvert de plein droit par le système français de protection sociale, qu'il soit en détachement ou en emploi direct (16).

La gestion de la mobilité du salarié est régie également par la directive 2014/66/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers dans le cadre d'un transfert tempo-

(5) Le niveau et les modalités de la protection sociale, ainsi que le régime fiscal de l'impatrié, sont, sans doute, tout aussi déterminants que les aménagements apportés à son contrat de travail.

(6) Fourniture ou prise en charge du voyage, du logement, d'une voiture de service ; démarches pour obtenir le titre de travail et le titre de séjour dans le pays d'accueil.

(7) Par exemple, recherche d'un établissement scolaire pour les enfants et d'un emploi sur place pour le conjoint ; obtention d'un titre de travail et d'un titre de séjour pour les intéressés.

(8) Cass. Soc. n°01-44654 du 12 mars 2008, *Sportive il Gabbiarno*.

(9) CJUE C-369/96 du 23 novembre 1999, *Arblade* ; Cass. Ch. mixte n°06-14006 du 30 novembre 2007, *Agintis*.

(10) Cass. Soc. n°09-66797 du 19 janvier 2011, *INF* ; Cass. Soc. n°11-11374 du 25 janvier 2012, *Sodexo*.

(11) Cass. Soc. n°00-41452 du 9 octobre 2001, *Banco de la Nacion Argentina*.

(12) L'inclusion du salarié détaché dans le cadre de la mobilité intragroupe dans le champ de la directive 96/71 est une curiosité juridique dans la mesure où la mobilité intragroupe n'est pas de la prestation de services telle que définie par les articles 56 et 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

(13) La directive ne donne aucun indicateur pour déterminer et apprécier ce qu'est le caractère temporaire d'une mobilité intragroupe.

(14) Règlement (CE) n°883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 et règlement (CE) n°987/2009 du 16 septembre 2009.

(15) Voir le site du CLEISS.

(16) En application de l'article L.111-2-2 du Code de la Sécurité sociale.

raire intragroupe, lorsque le salarié est un ressortissant de pays tiers. Si l'objet premier de la directive est la police administrative du droit au séjour et du droit au travail de ces salariés, dans la perspective d'une fluidité de cette immigration au sein de l'Union européenne, ce texte contient cependant des précisions très utiles sur le profil professionnel particulièrement ciblé du salarié en mobilité. Selon les articles 2 1. et 3 e) et f) de la directive, il s'agit exclusivement d'un cadre supérieur ou d'un expert qui possède des connaissances spécialisées indispensables, voire d'un stagiaire titulaire d'un diplôme de l'enseignement supérieur. Elle fixe une durée minimale d'ancienneté dans le groupe avant la mobilité (17) ; elle limite la durée du transfert (18) et instaure le principe d'un délai de carence entre deux transferts, à fixer par chaque État.

2. Ces normes supranationales sont complétées, de façon éparse, par quelques dispositions insérées dans le Code du travail.

Il n'existe pas, en effet, dans le Code du travail, contrairement à ce qui touche au salarié expatrié (19), de disposition spécifique relative au contrat de travail et au statut du salarié impatrié (c'est-à-dire au sein d'un groupe), hormis l'article L. 1262-1 2° qui reprend, au titre de la transposition, les termes de la directive du 16 décembre 1996 (20).

Cen'estquedefaçonindirectequel'articleR. 5221-30 du Code du travail évoque cette catégorie de salarié, dénommé à cette occasion *salarié en mission*, pour fixer les conditions de délivrance de son autorisation de travail, lorsqu'il est ressortissant de pays tiers. À cette occasion, le Code du travail distingue entre le

salarié en mission qui devient salarié de l'entreprise française qui l'accueille et le salarié en mission qui reste détaché ; dans ce second cas, le salarié vient nécessairement apporter son expertise, ce qui caractérise toujours le même profil professionnel bien identifié, conforme à l'esprit de la mobilité internationale.

On peut aussi se référer à l'article L. 8241-2 du Code du travail, issu de la loi *Cherpien* du 28 juillet 2011 (21), qui fixe les conditions du prêt de main-d'œuvre licite sans but lucratif entre deux entreprises (22). Mais cette disposition, qui n'a pas été conçue spécifiquement pour traiter et gérer la mobilité internationale du salarié vers la France, en particulier pour la consultation préalable des institutions représentatives du personnel, prévue à l'article L. 8241-2 du Code du travail, pose problème lorsque ces institutions n'existent pas en tant que telles dans l'entreprise d'envoi du groupe établi hors de France.

Enfin, le salarié en mobilité internationale intragroupe relève, en principe, des articles du Code du travail qui précisent que le salarié mis à disposition peut être électeur et éligible dans l'entreprise utilisatrice (23).

Ce cadre juridique, supranational comme de droit français, reste cependant muet sur plusieurs sujets, et notamment sur la question centrale du transfert et de l'exercice de la subordination juridique à l'occasion et pendant la mobilité du salarié dans l'entreprise d'accueil en France. Le silence des textes sur ces sujets a généré des effets d'aubaine et des pratiques d'entreprise que l'on croyait révolues, renouant avec de véritables trafics internationaux de main-d'œuvre.

II. Le dévoiement de la mobilité internationale intragroupe du salarié

Le dévoiement de la mobilité internationale intragroupe est l'une des formes, sans doute la moins visible, de la fraude au détachement transnational d'un salarié (24). Aucun des textes précités, susceptibles de s'appliquer à la mobilité internationale intra-

groupe (25), n'évoque, en effet, le sujet du transfert de la subordination juridique du salarié en mobilité, pas plus que le niveau des qualifications, le volume des salariés concomitamment en mobilité dans une même entreprise d'accueil ou le pourcentage de ces salariés

(17) Entre trois et douze mois.

(18) Trois ans au plus.

(19) Article L. 1231-5 du Code du travail.

(20) Les dispositions relatives au régime général du détachement de travailleurs figurent notamment à l'article L. 1262-4 ainsi qu'aux articles R. 1262.1 et s du code du travail.

(21) Loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 relative au développement de l'alternance et à la sécurisation des parcours professionnels.

(22) A. Martinon, « L'organisation de la mobilité dans les groupes », JCP S 2013.1079 ; D. Métin, « Mise à disposition et prêt de main-d'œuvre : la main-d'œuvre extérieure importée dans l'entreprise », Dr. Ouv. 2013, p. 173.

(23) Articles L. 2314-18-1 et L. 2324-17-1 du Code du travail.

(24) H. Guichaoua, « La fraude à la prestation de services et au détachement de salariés sur le territoire français : panorama de la jurisprudence française », Dr. Ouv. août 2012, p. 543.

(25) Notamment l'article L. 8241-2 du Code du travail, issu de la loi *Cherpien*.

par rapport à l'effectif permanent de cette entreprise. Pourtant, la quasi-totalité des situations de mobilité internationale intragroupe du salarié, quelle que soit sa qualification ou sa position hiérarchique, se traduit par une opération de mise à disposition du salarié auprès de la structure d'accueil en France. Celle-ci va, en effet, l'intégrer dans ses effectifs, son organisation, son fonctionnement et son organigramme ; le salarié va occuper un vrai poste de travail et un emploi et sera soumis aux règles de vie de l'entreprise d'accueil, à qui il rendra compte. Sauf cas particulier, le salarié en mobilité n'exerce pas son activité en *free lance*, en rapportant exclusivement à l'entreprise d'envoi. La discrétion des textes a progressivement suscité des effets d'aubaine et des pratiques en marge de la légalité.

A. L'optimisation de la mobilité internationale intragroupe

L'optimisation de la mobilité internationale intragroupe à des fins de dumping social, assimilable à du travail illégal, résulte de la conjonction de plusieurs facteurs et comportements.

1. La mobilité internationale intragroupe « historique » concernait, on l'a vu, un salarié ayant une position de cadre, voire de cadre supérieur, ou un salarié justifiant d'une expertise spécifique et recherchée dont ne dispose pas l'entreprise d'accueil.

Dans le silence des textes, des groupes envoient en France du personnel d'exécution, des manœuvres, des ouvriers, des réparateurs de palettes en bois, des conducteurs de camion, des caristes, etc. À quand la distribution de prospectus dans les boîtes aux lettres ?

2. Ces salariés sont rarement payés au-dessus du SMIC (26), ne bénéficient, bien entendu, d'aucune mesure sociale ou fiscale attractive d'accompagnement pour eux (ni, *a fortiori*, pour leur famille qui reste dans le pays d'envoi). Ces pratiques modifient de façon radicale le niveau traditionnel des qualifications professionnelles des salariés en mobilité.

3. La mobilité internationale intragroupe a toujours été pensée pour la gestion de la carrière individuelle d'un salarié de haut niveau, dans l'intérêt commun du groupe et du salarié. C'est parfois une étape ou un passage obligé pour l'évolution de son parcours professionnel. Cette affectation en France peut s'accompagner d'une promotion ou d'une majoration conséquente de sa rémunération. La mobilité permet

au salarié de s'approprier la culture et l'esprit de l'entreprise d'accueil.

L'optimisation actuelle de la mobilité internationale intragroupe est à l'opposé de cette perspective. Il s'agit d'envoyer travailler simultanément en France, à moindres frais et de façon collective, des dizaines de salariés, comme simple force de travail, sur des chantiers ou dans des entreprises industrielles. On retrouve également ces pratiques dans le secteur des services informatique. La valorisation de la carrière individuelle de ces salariés est totalement absente de l'utilisation de ces flux de main-d'œuvre.

4. Ces flux de main-d'œuvre transnationaux sont systématiquement introduits et utilisés en France sous le régime du détachement ; aucun de ces salariés n'est, en effet, directement embauché par l'établissement français du groupe qui les accueille. Tous ces salariés possèdent, bien entendu, leur certificat de détachement, que le groupe s'est empressé d'obtenir avant leur arrivée en France ; aucune cotisation sociale n'est donc payée en France, car l'objectif recherché de cette optimisation est principalement cette finalité.

5. Bien que le détachement soit, par nature, temporaire, les textes en vigueur ne fixent ni l'objet, ni la durée maximale du détachement du salarié en mobilité intragroupe (27) ; le caractère temporaire de ce détachement, qui ne s'inscrit pas dans une prestation internationale de services, est laissé à l'entière appréciation du groupe, sans grand risque de censure directe par le juge. Cette main-d'œuvre en mobilité internationale peut donc rester travailler en France pendant une durée conséquente, sans enfreindre une quelconque norme impérative. Le salarié en mobilité est un salarié de fait sur un emploi précaire, mais sans motif et sans terme précis. Le groupe y trouve une souplesse totale de gestion de sa main-d'œuvre.

Ce laxisme des textes aurait pu « assécher » les tentatives de contournement juridique par les entreprises. Pourtant, tel n'est pas le cas, les montages suivants aux relents frauduleux étant relevés :

– Les textes ne fixent pas le nombre ou le pourcentage de salariés simultanément détachés en mobilité intragroupe dans une même entreprise d'accueil. On voit ainsi des entreprises d'accueil fonctionner avec un effectif de 80 % de salariés détachés au titre de cette mobilité. L'effectif permanent de l'entre-

(26) Les contrôles faits par l'inspection du travail attestent que de nombreux salariés détachés ne perçoivent pas le SMIC, ni, *a fortiori*, les minima conventionnels, malgré les exigences de la loi. V. pour l'appréciation du salaire minimal, Cass. Soc. n° 13-19095 du 13 novembre 2014, RJS mars 2015, n° 71, avis H. Liffra.

(27) Excepté la directive du 15 mai 2014 précitée qui, dans les limites inhérentes à cette catégorie d'instrument communautaire, ne concerne, en toute hypothèse, que les ressortissants des pays tiers.

prise d'accueil se réduit aux dirigeants sociaux et à du personnel de secrétariat.

- Certaines mobilités sont assorties, de surcroît, de variantes qui accentuent l'effet d'aubaine du groupe. Les salariés en mobilité intragroupe sont embauchés exclusivement pour venir travailler en France, ou sont rattachés de façon fictive à une troisième entité du groupe dans un pays tiers, pour pouvoir obtenir un certificat de détachement du pays de domiciliation de cette dernière entité ; enfin, il arrive que des salariés intérimaires soient envoyés en France au titre de la mobilité intragroupe par l'entreprise utilisatrice originelle appartenant au groupe.
- L'optimisation sociale est parfaitement atteinte lorsque, de surcroît, l'existence du groupe (28) résulte d'un montage commercial de circonstance et réfléchi. Le groupe est alors constitué ou aménagé à cette seule fin. Dans cette organisation, le groupe est formé de deux entités. L'une est créée *ad hoc* en France et prend les marchés et les contrats, mais sans avoir d'effectif salarié ou avec un effectif salarié symbolique ; l'autre est établie hors de France, mais n'a pas les marchés et les contrats. Elle dispose par contre des effectifs requis, en volume et en qualification, embauchés localement ; elle les met à la disposition de l'entité française créée à cet effet, sous le régime du détachement intragroupe. Il n'est plus rare de constater ces pratiques sur les chantiers du bâtiment et des travaux publics ou dans les transports routiers de marchandises.

Les conséquences dommageables de ces pratiques sont nombreuses. Les salariés, indûment détachés, sont privés d'un emploi durable au sein d'une entreprise française et du statut social y afférent. L'entreprise obtient des marchés et fonctionne avec un effectif très réduit de salariés en emploi direct ; elle ne supporte pas les charges et les salaires du personnel qu'elle emploie de fait et génère de la concurrence déloyale à l'égard de ses concurrents. L'entreprise, avec un effectif salarié sous-déclaré, ne franchit pas les seuils sociaux et ne dispose pas des institutions représentatives du personnel. Elle dégage sa responsabilité en cas d'accident du travail survenant à un salarié en mobilité, puisqu'il n'est pas officiellement le sien. Les organismes de protection sociale sont privés des cotisations sociales relatives à l'emploi de cette main-d'œuvre couverte par des

certificats de détachement. Les donneurs d'ordre français recourent sciemment à ces coquilles vides ou sans consistance pour leur confier cependant de gros marchés, à moindre coût. Le marché du travail français n'est pas sollicité.

B. Les réponses du juge national français

Malgré l'absence de textes spécifiques appropriés pour prévenir, voire lutter contre ces dévoiements de la mobilité internationale intragroupe, le recensement des décisions rendues par le juge français permet d'apporter des réponses à ces formes de dumping social et de travail illégal.

1. L'encadrement de la mobilité internationale intragroupe par le juge national français

Il arrive qu'un salarié en mobilité intragroupe sur des fonctions d'expert, exerce son métier en totale indépendance à l'égard de l'entreprise d'accueil, qui se limite alors à l'héberger physiquement, en lui fournissant un bureau ; mais une telle situation reste exceptionnelle et ne correspond pas à celle d'un envoi collectif et groupé en France de personnel d'exécution ou de production.

L'établissement français est une entité juridiquement constituée, la plupart du temps immatriculée au Registre du commerce et des sociétés, et juridiquement différente de l'entreprise d'envoi. Le groupe n'ayant pas, en tant que tel, de personnalité juridique, le salarié en mobilité va donc travailler pour le compte d'une autre entreprise, ce qui génère une novation de son contrat de travail dès lors qu'un nouveau lien juridique se crée.

Cette novation, due à sa mobilité et à sa mise à disposition, doit être expressément acceptée par le salarié (29). Son refus de mobilité ne justifie pas une sanction disciplinaire (30). Le contrat de travail initial du salarié ne peut d'ailleurs contenir une clause de mobilité générale dans le groupe, acceptant par avance un changement d'employeur (31). Compte tenu de cet encadrement jurisprudentiel, l'article L. 8241-2 du Code du travail précité a prévu l'accord exprès du salarié pour être mis à la disposition d'une autre entreprise (32).

Dès lors que la mobilité internationale intragroupe se traduit par une opération de mise à disposition du salarié auprès de l'établissement d'accueil, avec

(28) Dans ces montages, le groupe peut se réduire à des petites structures sans particulière envergure financière et consistance économique.

(29) Cass. Soc. n°08-42485 du 13 mai 2009, *Groupe Rohm and Haas*.

(30) Cass. Soc. n°10-27749 du 16 mai 2012, *Nature et Découverte*.

(31) Cass. Soc. n°0744200 du 23 septembre 2009, *Renault France Automobile*, Dr. Ouv. 2010, p.21, A. Chirez « Le changement « volontaire » d'employeur : une novation exigeant l'acceptation expresse du salarié en cours de contrat », *idem* p. 17.

(32) L'expression « mise à disposition » est clairement mentionnée dans l'article L. 8241-2 du Code du travail.

transfert de la subordination juridique (33), l'établissement d'accueil devient son employeur. Cette analyse vaut, y compris lorsque les liens avec la société-mère n'ont pas été rompus ou que l'établissement français n'est pas le seul véritable employeur (34).

Le transfert de la subordination juridique dans le cadre d'une mise à disposition du salarié dans une entreprise d'accueil ou utilisatrice concerne également la mise à disposition illégale, lors d'une opération de marchandage ou de prêt illicite de main-d'œuvre, y compris à caractère transnational (35).

Par une autre analyse complémentaire de la subordination juridique, le juge considère également que la personne qui occupe un poste de travail nécessaire à l'activité économique de l'entreprise en est son salarié (36).

Dans le même esprit, le juge ajoute que la personne dont la présence et l'activité sont d'un effet (économique) utile au bénéficiaire de la prestation relève du salariat (37).

Enfin, on peut noter que le juge communautaire reconnaît implicitement les mêmes effets à la mise à disposition d'un salarié entre deux entreprises (38).

2. Les sanctions du dévoiement de la mobilité internationale intragroupe

Les opérateurs économiques – entreprises, donneurs d'ordre et maîtres d'ouvrage – qui dénaturent et utilisent de façon abusive cette mobilité, ont pour objectif d'être moins disants et plus compétitifs, en s'affranchissant des règles sociales de base qui régissent l'emploi salarié en France. Le salarié détaché en mobilité devient l'objet d'un trafic de main-d'œuvre international, alors qu'il devrait être directement employé par une entreprise française qui a besoin de sa force de travail pour faire prospérer son

activité économique. Le montage contractuel devient un habillage commode pour frauder.

Ce trafic de main-d'œuvre international constitue une opération de marchandage et/ou de prêt illicite de personnel (39). À supposer que l'opération de mise à disposition puisse être légalisée, dans certains cas, par l'article L. 8241-2 du Code du travail précité au titre du prêt de main-d'œuvre devenu licite (40), l'infraction de marchandage, distincte, subsisterait. L'objet du trafic est la mise à disposition, à moindre coût et à flexibilité maximale, de salariés entre les deux entités du groupe. Ce trafic est assurément réalisé dans un but lucratif, au sens de la jurisprudence de la Cour de cassation (41). La législation française sur l'embauche, l'emploi et le paiement des cotisations est éludée dans sa globalité, et le préjudice subi par le salarié détaché résulte de multiples facteurs (42). Les deux entités du groupe qui sont impliquées en sont responsables, en qualité de coauteurs respectifs de ces infractions (43). Outre le marchandage et le prêt illicite de main-d'œuvre, l'entreprise française utilisatrice de ces salariés en mobilité effectue du travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié et par défaut de déclarations sociales (44). L'entreprise du groupe établie hors de France peut être mise en cause au titre de la complicité.

En effet, la qualité de salarié détaché n'est plus opposable et ne vaut plus, à deux titres. D'une part, le juge considère que le salarié, objet et victime d'une opération de marchandage et/ou de prêt illicite de main-d'œuvre, devient le salarié de fait, en emploi direct, de l'entreprise qui l'accueille, l'utilise et le fait travailler (45). La conséquence juridique reste identique, même si l'opération de mobilité ne reçoit pas ces qualifications pénales, dès lors que la mise à disposition est reconnue (46). D'autre part, le juge déclarant que la personne qui occupe un emploi

(33) Cass. Soc. n° 94-45102 du 1^{er} juillet 1997, *CEA/ARDT de Bourgogne* ; Cass. Soc. n° 92-40641 du 20 décembre 1996, *Alliance Française* ; Cass. Soc. n° 09-69-69453 du 15 juin 2010, *SHLML* ; Cass. Soc. n° 11-20145 du 20 juin 2012, *CCAS* ; Cass. Soc. n° 08-44480 du 20 janvier 2010, *Takeuchi* ; CAA Paris n° 08PA00423 du 18 octobre 2010, *Turkish Airlines* ; Cass. Soc. n° 13-21634 du 4 février 2015, *Ligue Atlantique de Football*.

(34) Cass. Soc. n° 74-40513 du 21 janvier 1976, *Time Life Press Agency*.

(35) Cass. Crim. n° 96-86679 du 4 juin 1998, *Tessandier* ; Cass. Crim. n° 05-80833 du 31 janvier 2006, *ABC* ; Cass. Crim. n° 09-88759 du 2 novembre 2010, *Tesi*.

(36) Cass. Crim. n° 95-82686 du 23 juillet 1996, *Floch* ; Cass. Crim. n° 99-80156 du 15 février 2000, *Sylvie X* ; Cass. Crim. n° 03-87916 du 26 octobre 2004, *Dominique X*.

(37) Cass. Soc. n° 71-10615 du 21 mars 1972, *PMU* ; Cass. Crim. n° 94-82372 du 30 mai 1995, *Pommier* ; Cass. Crim. n° 03-83511 du 28 octobre 2003, *Monic Bijoux*.

(38) CJUE n° C-309/09 du 10 février 2011, *Vicoplus*, considérant 31.

(39) Articles L. 8231-1 et L. 8241-1 du Code du travail.

(40) Sous réserve de respecter les conditions posées par cet article.

(41) Cass. Crim. n° 92-83381 du 23 mars 1993, *Anadon* ; Cass. Crim. n° 11-86552 du 19 mars 2013, *Armatures Services* ; Cass. Soc. n° 09-61175 du 18 mai 2011, *John Deere*.

(42) Emploi précaire et statut social français éludé, sous réserve du constat d'autres manquements à la loi française, tels qu'une rémunération non conforme ou un hébergement indigne.

(43) Cass. Crim. n° 87-81212 du 25 avril 1989, *RNUR Lubrizol*.

(44) H. Guichaoua, « Les droits du salarié victime de travail illégal », Dr. Ouv. 2013, p. 510.

(45) Cass. Crim. n° 05-80833 du 31 janvier 2006, *ABC* ; Cass. Crim. n° 96-86679 du 4 juin 1998, *Tessandier*.

(46) Cass. Soc. n° 74-40513 du 21 janvier 1976, *Time Life Press Agency* ; Cass. Soc. n° 09-61175 du 18 mai 2011.

nécessaire à l'activité de l'entreprise en est le salarié direct (47), il n'est pas contestable, dans le cadre de la mobilité dévoyée, que le salarié occupe un emploi qui ressort de l'activité normale de l'entité française et qui est lui est nécessaire (48).

La non-opposabilité de la qualité de salarié détaché et sa requalification en salarié en emploi direct en France rendent obligatoire le paiement des cotisations sociales en France, nonobstant l'existence du certificat de détachement délivré par l'institution de sécurité sociale du pays d'origine (49). La remise en cause du statut de détaché et de l'obligation de payer des cotisations sociales en France est d'ailleurs étendue par la jurisprudence à toutes les modalités de fraude au détachement du salarié (50).

Des infractions au titre de l'emploi illégal de main-d'œuvre étrangère sont susceptibles d'être également caractérisées, si le salarié en mobilité internationale intragroupe est un ressortissant de pays tiers. Ces infractions sont assorties de sanctions complémentaires spécifiques.

Les organismes de protection sociale, lésés par ces pratiques, sont légitimes à se constituer partie civile et obtenir des dommages-intérêts de la part de l'entreprise française en réparation du préjudice financier subi (51). La constitution de partie civile des organismes de protection sociale est reconnue fondée par la jurisprudence dans les affaires de fraude au détachement du salarié, non seulement au titre de l'infraction de travail dissimulé, mais également au titre des infractions de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre transnationale (52).

Le salarié en mobilité, abusivement détaché, dispose de la faculté de faire valoir ses droits devant le Conseil de prud'hommes. La défense de ses droits a vocation à être directement prise en charge par

une organisation syndicale. La loi *Savary* du 10 juillet 2014 (53) permet désormais aux organisations syndicales de saisir d'initiative la juridiction prud'homale, dès lors que le salarié détaché ou dissimulé ne s'y est pas opposé.

Enfin, le donneur d'ordre qui fait appel à une entité française qui ne dispose pas en propre des moyens humains pour réaliser le marché qu'il lui confie, et qui elle-même ne sous-traite pas ce marché, engage sa responsabilité pénale pour avoir sciemment recouru à du travail dissimulé, dans la mesure où il ne s'est pas assuré, en tant que professionnel, des conditions matérielles d'exécution de ce marché (54) (55). Une responsabilité équivalente existe si le salarié en mobilité est un ressortissant étranger qui avait besoin d'une autorisation de travail pour travailler en France.

Les animateurs du groupe qui a été organisé pour opérer en France en marge de la légalité s'exposent aussi à leur mise en cause pour entrave au fonctionnement des institutions représentatives du personnel, si les conditions d'antériorité, d'ancienneté et de seuil sont réunies (56).

Alors que des modifications législatives significatives, mais qui tardent à venir, sont encore nécessaires pour mieux appréhender les formes les plus fréquentes de fraude à la prestation internationale de services et au détachement de salarié sur le territoire français (57), les outils juridiques appropriés sont disponibles pour traiter utilement les abus croissants du recours à la mobilité internationale intragroupe dénaturée. Ce constat devrait rassurer, notamment, toutes les victimes de ces pratiques (58).

Hervé Guichaoua

(47) Cass. Crim. n° 95-82686 du 23 juillet 1996, *Floch* ; Cass. Crim. n° 99-80156 du 15 février 2000, *Sylvie X* ; Cass. Crim. n° 03-87916 du 26 octobre 2004, *Dominique X*.

(48) Cass. Crim. n° 11-88420 du 11 mars 2014, *Easyjet* et Cass. Crim. n° 12-81461 du 11 mars 2014, *Vueling*, Dr. Ouv. 2014, p. 385 et nos obs.

(49) Cass. Civ.2 n° 05-17302 du 17 janvier 2007, *Casino Ruhl* ; Cass. Civ.2 n° 05621596 du 5 avril 2007, *Serrurerie objatoise* ; Cass. Crim. n° 11-88420 du 11 mars 2014, *Easyjet*, préc. ; Cass. Crim. n° 12-81461 du 11 mars 2014, *Vueling*, préc.

(50) Pour le faux travail indépendant : Cass. Civ. 2 n° 11-14505 du 4 avril 2012, *Office du tourisme du Pays de Pamiers* ; Cass. Crim. n° 10-82636 du 1^{er} mars 2011, *Norcolor*. Pour le marchandage et le prêt illicite de main-d'œuvre : Cass. Civ. 2 n° 11-28245 du 20 juin 2013, *CL Jura*.

(51) Cass. Crim. n° 11-88420 du 11 mars 2014, *Easyjet* préc. ; Cass. Crim. n° 12-81461 du 11 mars 2014, *Vueling*, préc.

(52) Cass. 2^{ème} Civ. n° 11-28245 du 20 juin 2013 ; *CL Jura*. Cass. Crim. n° 13-84776 du 10 septembre 2014, *Pro Carrelage*.

(53) Loi n° 2014-720 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale (articles L.1265-1 et L. 8223-4 du Code du travail).

(54) Cass. Crim. n° 96-86211 du 4 novembre 1997, *Israël* ; Cass. Crim. n° 12-81088 du 13 février 2013, *SNMPPR*.

(55) M. Kocher, « À la recherche de la responsabilité du donneur d'ordre dans les relations de travail de sous-traitance : une quête impossible ? », Dr. Ouv. 2013, p. 177 ; H. Guichaoua, « La mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage au service de la lutte contre le travail illégal », Dr. Ouv. 2012, p. 763.

(56) Cass. Crim. n° 11-88420 du 11 mars 2014, *Easyjet* préc.

(57) H. Guichaoua, « La loi du 10 juillet 2014 destinée à lutter contre le dumping social : une loi timide et une occasion manquée », Dr. Ouv. décembre 2014, p. 823.

(58) Salariés, organismes de protection sociale et entreprises concurrentes.