

ISSN 1769 - 4000

N° 92 - SOCIAL n° 53

Sur www.fntp.fr le 4 octobre 2018 – [Abonnez-vous](#)

LOI « AVENIR PROFESSIONNEL » : DÉTACHEMENT ET LUTTE CONTRE LE TRAVAIL ILLÉGAL

L'essentiel

Le régime du détachement et les moyens de lutte contre le travail illégal ont connu de nombreuses évolutions législatives depuis 2014. En effet, chaque grande réforme du droit social a apporté son lot de mesures dans ces domaines, visant bien souvent à augmenter les sanctions et à mettre en place des procédures supplémentaires.

La loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel ne déroge pas à cette constante mais elle traduit une autre volonté législative puisqu'elle prévoit **certains assouplissements en matière de détachement** et tire les leçons des lacunes des réformes précédentes.

Par exemple, la loi renforce la définition du travail dissimulé afin que soient clairement visées des entreprises qui, en n'étant pas réellement établies à l'étranger, réalisent la majeure partie de leur activité en France. A l'inverse, la loi prend acte, pour certains détachements, des **lourdeurs administratives** et met donc en place des procédures allégées.

Pour autant, la loi reprend des mécanismes déjà bien connus, comme celui du devoir de vigilance du maître d'ouvrage ou du donneur d'ordre à l'égard de son cocontractant étranger, en prévoyant une vérification supplémentaire et en doublant le montant des sanctions administratives.

L'arsenal juridique ne devrait toutefois se stabiliser que d'ici quelques mois, le temps pour le gouvernement de transposer, par ordonnances, la **nouvelle directive relative au détachement des travailleurs dans l'UE** du 28 juin 2018.

Sauf disposition contraire, les mesures détaillées dans le présent bulletin sont entrées en vigueur le 7 septembre 2018.

TEXTES DE RÉFÉRENCE :

Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, JO du 6 septembre 2018

Contact : social@fntp.fr



NOUVEAUX AMÉNAGEMENTS AU RÉGIME DU DÉTACHEMENT

Précision dans la définition du salarié détaché

Le détachement se définit comme le fait pour une entreprise établie hors de France d'y envoyer temporairement ses salariés pour la réalisation d'une mission, à condition qu'il existe une vraie relation de travail entre le salarié et son employeur. Cela signifie donc que le salarié travaille habituellement pour cet employeur hors de France.

Cette précision n'était toutefois pas apportée par le Code du travail.

Le législateur a souhaité la mentionner à l'article L.1261-3, qui indique désormais qu' « *[e]st un salarié détaché au sens du présent titre tout salarié d'un employeur régulièrement établi et exerçant son activité hors de France et qui, travaillant habituellement pour le compte de celui-ci **hors du territoire national**, exécute son travail à la demande de cet employeur pendant une durée limitée sur le territoire national dans les conditions définies aux articles L. 1262-1 et L. 1262-2.* ».

L'objectif de cet ajout est essentiellement de mettre l'accent sur la nécessité pour l'entreprise étrangère d'employer, au préalable, les salariés qu'elle souhaite détacher **dans son lieu d'établissement**.

Extension du délit de travail dissimulé

Le travail dissimulé désigne le fait pour une entreprise soit de dissimuler son activité économique (non déclaration au RCS et aux organismes fiscaux et sociaux), soit de dissimuler totalement ou partiellement le travail de ses salariés (non déclaration des salariés via une DPAE, non-paiement des heures supplémentaires ou paiement en liquide...).

Dans l'hypothèse du détachement licite, l'activité de l'entreprise n'a pas à être déclarée en France, de même que les salariés, qui continuent en principe de relever des organismes sociaux du pays d'origine.

Toutefois, lorsqu'une entreprise exerce en réalité des activités permanentes en France ou n'a pas d'existence véritable là où elle prétend être établie, elle se retrouve dans une situation où **elle aurait dû déclarer son activité et ses salariés en France. Il y a donc travail dissimulé**.

Afin de rendre cette situation plus visible, et sans doute plus facilement caractérisable, le Code du travail envisage un 3^{ème} cas de travail dissimulé :

- l'entreprise étrangère exerce des activités relevant uniquement de la gestion interne ou administrative dans son pays d'établissement (c'est la coquille vide) ;
- l'entreprise exerce une activité en France de façon habituelle, stable et continue.

Si un inspecteur du travail constate l'existence d'une de ces situations, il peut dresser un procès-verbal pour travail dissimulé à ce titre.

Assouplissements pour les entreprises étrangères réalisant certains types de détachement

- Les entreprises étrangères réalisant certains types de détachement bénéficient d'allègements voire de la suppression de plusieurs formalités :
 - Les entreprises réalisant du **détachement pour compte propre** n'ont plus l'obligation :
 - d'effectuer une déclaration préalable via SIPSI ;
 - de désigner un représentant en France.

En cas d'accident du travail, c'est donc à l'entreprise étrangère (et non plus à son représentant) d'effectuer une déclaration à la Direccte.

A NOTER : ce type de détachement correspond à des situations dans lesquelles il n'existe aucun cocontractant en France (l'entreprise envoie des salariés réaliser de la prospection commerciale ou assister à des conférences/réunions...). Le législateur a donc estimé qu'il n'y avait pas lieu de conserver ces formalités administratives. Néanmoins, le noyau dur des règles de droit social français demeure applicable aux salariés détachés pour compte propre. L'entreprise étrangère est également tenue de conserver sur le lieu de mission des salariés, l'ensemble des documents requis par les articles L.1263-7 et R.1263-1 du Code du travail (bulletins de paie, relevés d'heures, chiffre d'affaire en France et à l'étranger, formulaire A1,...) et de déclarer elle-même un accident du travail à la Direccte compétente.

- Les entreprises réalisant **des détachements (prestation de service ou intragroupe) de courte durée ou dans le cadre d'événements ponctuels ET qui exercent une activité visée par un arrêté ministériel** sont :
 - dispensées de réaliser la déclaration préalable via SIPSI ;
 - dispensées de désigner un représentant en France.

L'arrêté ministériel déterminera les activités concernées et la durée maximale d'activité en France sur une période de référence (*par exemple, 1 semaine d'activité sur une période de 6 mois consécutifs*), tandis qu'un décret précisera dans quelle mesure ces entreprises pourront bénéficier d'assouplissements quant à la liste des documents à conserver sur le lieu de travail des détachés (nature des documents qui doivent être traduits en français et modalités de conservation en France).

Ces dispositions n'entreront en vigueur qu'après la parution d'un arrêté ministériel et d'un décret.

- Une ou plusieurs entreprises (ou un organisme mandaté) **réalisant des détachements récurrents en France** (prestation de service et intragroupe) pourront saisir la Direccte en vue de bénéficier d'aménagements :
 - à la réalisation de déclarations préalables via SIPSI ;
 - à la désignation d'un représentant en France ;
 - à la conservation, sur le lieu de travail des détachés, des documents obligatoires.

La Direccte n'autorisera les aménagements **que si l'entreprise fournit des éléments garantissant qu'elle respecte le noyau dur de règles (légalles et conventionnelles) applicables aux détachés en France.**

Ils seront valables **pour une durée maximale d'un an**. En cas de demande de renouvellement, l'entreprise devra apporter les mêmes garanties que pour la demande initiale.

L'existence d'aménagements n'empêche pas la Direccte de demander à tout moment la communication des documents obligatoires. Par ailleurs, si elle constate des manquements au noyau dur des règles ou que les modalités des aménagements ne sont pas respectées, ils sont suspendus.

Un décret doit déterminer la nature des aménagements accordés, la loi n'apportant aucune précision à ce stade. **Cette mesure n'est donc pas encore entrée en vigueur.**

A NOTER : la loi ne règle pas le sort des donneurs d'ordre et maîtres d'ouvrage qui ont contracté avec une entreprise bénéficiant d'aménagements. En principe, ils doivent se faire remettre copie de la déclaration préalable et de la désignation d'un représentant au préalable. Mais, en l'absence de tels documents, que devront-ils solliciter ? La référence à l'arrêté ministériel (détachement de courte durée ou pour des événements ponctuels) ou une copie la notification de la Direccte (détachements récurrents) suffiront-elles ?

Vigilance accrue à l'égard des amendes administratives

L'amende administrative permet de sanctionner une infraction constatée par un inspecteur du travail sans passer par la voie judiciaire (en clair, il n'y a pas de procès). **Cela permet donc une sanction plus rapide et plus efficace.**

En matière de détachement, un certain nombre de délits sont sanctionnés par des amendes administratives.

C'est par exemple le cas lorsque l'entreprise étrangère n'a pas réalisé de déclaration préalable au détachement ou lorsqu'elle ne respecte pas les règles de droit social applicables en France (non-paiement du salaire minimum conventionnel).

- Le législateur met l'accent sur **les amendes administratives par le biais de 5 mesures** :
 - **leur montant est doublé** : de 2 000 € il passe à **4 000 €** (et de 4 000 € il passe à **8 000 €** en cas de récidive **dans un délai de 2 ans**, contre 1 an auparavant) ;
 - leur paiement doit être vérifié par le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage avant de contracter avec un prestataire qui effectue du détachement ;
 - la Direccte peut, sur la base d'un rapport motivé d'un inspecteur ou contrôleur du travail, **suspendre la prestation de service d'une entreprise étrangère (2 mois renouvelables)** qui ne s'est pas acquittée de ses amendes, avant même que la prestation ne démarre (à la réception de la déclaration via SIPSI, l'inspection du travail pourra effectuer des recoupements).
Dans ce cas, la relation de travail des salariés détachés est protégée car cette suspension n'entraîne ni rupture ni suspension du contrat de travail, ni aucun préjudice pécuniaire pour ces derniers ;
 - si cette suspension n'est pas respectée, une amende complémentaire de 10 000 € par salarié (maximum) peut être prononcée ;
 - l'inspection du travail peut enjoindre à une entreprise étrangère de payer son/ses amende(s) administrative(s) et en informer le DO/MO ;
 - si l'entreprise s'oppose en justice au paiement de l'amende, **cela n'a plus pour effet d'en suspendre le paiement.**

Ces nouvelles mesures appellent plusieurs précisions.

▪ **Quels manquements sont concernés ?**

- non-respect d'une mesure de suspension de la prestation en cas de manquement grave à certaines règles de droit du travail (repos quotidien, paiement du SMIC ou minimum conventionnel...) vis-à-vis des salariés détachés ;
- absence de déclaration préalable de détachement et de désignation d'un représentant en France par une **entreprise étrangère** ;
- non-respect par **l'entreprise étrangère** de l'obligation d'adresser une déclaration de l'accident de travail d'un salarié détaché à la Direccte compétente ;
- non-tenu des documents obligatoires en cas de détachement (bulletin de paie, relevés d'heures, chiffre d'affaires...) ;
- non-réalisation par le **MO ou DO** d'une déclaration subsidiaire de détachement ;
- non-réalisation par le **MO ou DO** d'une déclaration d'accident du travail d'un salarié détaché à la Direccte compétente ;
- non-respect par le **maître d'ouvrage** de l'obligation d'affichage sur les grands chantiers de bâtiment et de génie civil de la réglementation applicable aux salariés détachés ;
- non-respect par le **maître d'ouvrage**, de l'obligation de vérifier que l'ensemble des sous-traitants directs et indirects et les entreprises de travail temporaires liés à eux ont bien effectué une déclaration préalable de détachement, lorsqu'une de ces entreprises ne s'est pas acquittée de cette formalité ;
- méconnaissance par une **entreprise étrangère** qui intervient en France avec **des intérimaires détachés** de l'obligation mentionnée à l'article L.1262-2-1, IV du Code du travail¹.

▪ **Comment le DO/MO peut-il s'assurer du paiement effectif des amendes ?**

- la loi est muette sur ce point et ne renvoie à aucun décret ;
- au cours des débats parlementaires, un amendement avait été introduit pour permettre cette vérification via la remise d'une attestation sur l'honneur de l'entreprise étrangère ;
- en l'absence de précision, cette vérification peut donc s'effectuer par tous moyens ;
- Il paraît recommandé d'obtenir a minima une attestation sur l'honneur et, dans l'hypothèse où le cocontractant a effectivement été pénalisé, un document officiel pouvant attester de ce paiement.

REMARQUE : des précisions de l'administration seraient les bienvenues sur ce point. Un système qui transiterait par la déclaration SIPSI, générant automatiquement une attestation de non-condamnation ou de bon paiement pourrait être imaginé.

¹ « L'entreprise utilisatrice établie hors du territoire national qui, pour exercer son activité sur le territoire national, a recours à des salariés détachés mis à disposition par une entreprise de travail temporaire également établie hors du territoire national, envoie aux services de l'inspection du travail du lieu où débute la prestation une déclaration attestant que l'employeur a connaissance du détachement de son salarié sur le territoire national et a connaissance des règles prévues au présent titre VI ».

RENFORCEMENT DES DISPOSITIFS RELATIFS À LA LUTTE CONTRE LE TRAVAIL ILLÉGAL

Augmentation des amendes administratives pour les entreprises en dehors de tout lien avec le détachement

- **L'augmentation des amendes administratives** concerne également des manquements commis par des entreprises vis-à-vis de leurs salariés en dehors de tout cas de détachement. Sont visés les manquements, constatés par un agent de contrôle :
 - aux dispositions relatives aux durées maximales du travail ;
 - aux dispositions relatives aux repos quotidiens et hebdomadaires ;
 - à l'établissement d'un décompte de la durée de travail des salariés ;
 - aux dispositions relatives à la détermination du SMIC ou du minimum conventionnel ;
 - aux dispositions prises pour l'application des obligations de l'employeur relatives aux installations sanitaires, à la restauration et à l'hébergement prévues par le Code du travail ainsi qu'aux mesures relatives aux prescriptions techniques de protection durant l'exécution des travaux de bâtiment et génie civil pour ce qui concerne l'hygiène et l'hébergement.

L'amende est appliquée autant de fois qu'il y a de salariés concernés et n'est prononcée qu'en l'absence de poursuites pénales pour les mêmes chefs d'accusation et si l'inspection du travail n'a pas adressé d'avertissement à l'entreprise.

Le délai permettant d'apprécier l'existence d'une situation de récidive est également porté à **2 ans**, contre 1 an auparavant.

La loi a supprimé l'effet suspensif des recours à l'encontre de ces amendes afin d'en assurer l'effectivité.

Évolution du droit de communication de l'inspection du travail (en attente de décrets)

- **Le droit de communication des agents de contrôle est ouvert aux documents et données dématérialisés**

Jusqu'à présent, la loi ne visait l'accès qu'à des « documents » d'ordre comptable ou professionnel, ce qui pouvait plutôt renvoyer à des documents « papier ». Compte tenu de l'évolution des modes de communication, une clarification a semblé nécessaire. Les agents de contrôle **auront désormais accès aux données informatisées, dont ils pourront demander la transcription et la copie**. Il peut s'agir de logiciels, de bases de données stockées...

Ils pourront en obtenir copie immédiate, sur tout support.

- **Le droit de communication des agents de contrôle peut s'exercer vis-à-vis de tiers et n'est pas limité par le secret professionnel**

Véritable nouveauté de la loi, les agents de contrôle pourront, **dans le cadre de leur mission**, solliciter des informations auprès des personnes/organismes suivants, sans se voir opposer le secret professionnel :

- personnes versant des honoraires ou des droits d'auteur ;
- employeurs et débirentiers ;
- personnes ayant la qualité de commerçant ;
- personnes versant des revenus de capitaux mobiliers ;
- artisans ;
- agriculture ;
- membres de certaines professions non commerciales ;
- institutions et organismes versant des rémunérations ou répartissant des fonds ;
- coopération administrative ;
- personnes effectuant des opérations d'assurance ;
- entrepreneurs de transport ;
- dépositaires de documents publics ;
- sociétés civiles ;
- formules de chèques non barrées ;
- opérations de transfert de fonds à l'étranger ;
- opérateurs de communications électroniques ;
- fabricants et marchands de métaux précieux ;
- agences immobilières ;
- concepteurs et éditeurs de logiciels de comptabilité ou de caisse.

Ce droit de communication s'exerce quel que soit le support utilisé pour conserver les données, et peut donner lieu à la prise d'extraits ou de copies.

Lorsqu'une demande est faite auprès d'un opérateur de télécommunications, elle ne peut porter que sur la recherche de l'identité d'une personne proposant un travail, une prestation ou une activité pouvant constituer du travail illégal.

Une nouvelle « liste noire »

Mise en place en 2014 suite à la loi Savary, la liste noire visait à permettre à un juge, dans le cas où une amende était prononcée pour travail dissimulé, à diffuser sur un site internet dédié le nom de la personne morale ou physique responsable, pendant une durée d'au maximum 2 ans.

La FNTP n'avait pas accueilli cette mesure très favorablement, estimant qu'elle pourrait, si elle était réellement mise en œuvre, constituer une forme de double peine pour certaines entreprises déjà condamnées.

D'après l'étude d'impact, **seules 4 condamnations** ont fait l'objet d'une mesure de diffusion depuis l'entrée en vigueur du dispositif...

Pour rendre cette mesure plus efficace et peut être plus dissuasive, elle est désormais obligatoire mais ne concerne que **des délits de travail dissimulé d'une particulière gravité**. Sont visées, les condamnations pour :

- travail dissimulé à l'égard d'un mineur, de personnes vulnérables ou en état de dépendance ;
- travail dissimulé commis en bande organisée.

La condamnation sera visible pendant un délai maximal d'un an sur un site internet dédié.

Par ailleurs, le juge dispose du pouvoir de ne pas ordonner la diffusion, selon la personnalité de l'auteur et les circonstances de l'infraction.